

REVISTA

CREA



ESCUELA DE
DERECHO

CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Número 4 · Año 4 · 2003



REVISTA

CREA



ESCUELA DE
DERECHO

CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Número 4 · Año 4 · 2003



Es propiedad del autor
© Universidad Católica de Temuco
Registro de Propiedad Intelectual Nº 136.306

Dirección
Alejandra Díaz Gude

Comité Editorial
Marcela Momberg Alarcón
Rodrigo Coloma Correa
Wanda Lado Rojas

Colaboradores
Rodrigo Lillo Vera
Scarlette Lagos Fuentes
Mónica Baeza Leiva
Vivianne Monsalve Cravero

Revista CREA
Escuela de Derecho
Universidad Católica de Temuco

Diseño y Diagramación
Hardessen Graphic & Web Design
www.hardessen.cl

Impresión
Imprenta Austral, Temuco

Publicado en Temuco, Noviembre de 2003

INDICE

EDITORIAL

Alejandra Díaz	7
----------------------	---

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO INDÍGENA

El derecho indígena en los países andinos: ¿Mecanismos alternativos o jurisdicción propia? Raquel Yrigoyen	11
Haciendo algo propio usando lo ajeno: Justicia indígena y modelo municipal en Bolivia René Orellana	43

MEDIACIÓN FAMILIAR Y ESCOLAR

Mediación en ruptura de pareja Trinidad Bernal	67
Mediación familiar: "De la equivocación, al error y al aprendizaje" Marínés Suares	89
Transformarlos en respeto: La mediación escolar como excusa Carmen Romero	113

JUSTICIA RESTAURATIVA

Justicia restaurativa: La historia real Kathleen Daly	123
Justicia restaurativa en Nueva Zelanda: Práctica actual y desafíos estratégicos Vernon Jantziv	165
La influencia del «movimiento pro víctimas» en la justicia restaurativa Alejandra Díaz	198
El uso de prácticas restauradoras en América Latina Lynette Parker	217

CONCURSO DE MEMORIAS

Los recursos procesales en el arbitraje Karim Kauak	245
--	-----

El número IV de la Revista CREA constituye un nuevo esfuerzo de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco en lo que refiere a la investigación y difusión de la resolución alternativa de conflictos. En esta oportunidad se busca abrir el debate hacia la circunstancia de que en las últimas décadas ha habido en el mundo y recientemente en Chile, un surgimiento (o un re-surgimiento) en distintas áreas de la vida civil y política, de una serie de prácticas de justicia caracterizadas por plantearse como 'alternativas' al sistema de justicia tradicional o formal. Tales prácticas han recibido distintas denominaciones, tales como: resolución alternativa de disputas, resolución pacífica de controversias, justicia informal y justicia restaurativa, entre otras. Todas ellas plantean diversas interrogantes en torno al rol del Estado, la promoción y protección de los intereses y derechos de las personas que participan en estos procedimientos, y las particulares nociones de justicia que subyacen a estas prácticas, por mencionar tan sólo a algunas de dichas interrogantes. Asimismo, resulta interesante que en un determinado momento histórico los gobiernos, académicos y operadores prácticos de los sistemas de justicia hayan volcado su atención en forma creciente hacia el desarrollo de estos procedimientos más colaborativos, participativos y flexibles. Ello lleva a preguntarse acerca de cuáles son las circunstancias que han motivado el surgimiento de estas teorías, prácticas y movimientos sociales que las acompañan.

Para introducir el debate, hemos querido ofrecer una mirada hacia el desarrollo de estas prácticas en áreas tan diversas como la indígena, familiar, escolar, y penal. Es así como hemos subdividido la revista en las siguientes tres grandes áreas: 1) resolución de conflictos en el ámbito indígena, 2) mediación familiar y escolar, y 3) justicia restaurativa. Los artículos en cada una de ellas se caracterizan por abordar tanto los aspectos teóricos como prácticos, describiendo, en este último caso, programas y experiencias concretas en el ámbito internacional. Se espera que ello permita reflexionar acerca de los elementos comunes de prácticas y procedimientos aparentemente tan disímiles y regidos por principios y valores diversos, así como también, estimular a otros en la investigación de estos temas. Asimismo, presentamos un resumen de una de las tesis premiadas en el concurso de memorias realizado en el año 2001, y promovido por el Proyecto CREA¹ con el objeto de estimular la investigación sobre el tema a nivel nacional.

Quisiéramos aprovechar estas breves líneas introductorias para rendir un homenaje a Janeen Kerper, Profesora de *California Western School of Law*, San Diego, quien falleciera recientemente. Ella fue quien, en gran medida, nos embar-

có en la aventura de explorar y promover la resolución alternativa de conflictos en el marco de la realización de uno de los primeros cursos en Chile de destrezas en litigación para juicios orales, que tuvo por sede a nuestra universidad. Su gran calidad académica y su espíritu visionario —de la cual muchos abogados que hoy son fiscales y defensores en la IX Región de la Araucanía y otras ciudades de Chile pueden atestiguar— la impulsaron a advertirnos de que la formación de los abogados en destrezas en litigación oral no podría ir disociada en el futuro de un similar dominio en destrezas en mediación y negociación.

Por último, quisiéramos agradecer especialmente a los autores de los artículos que forman parte de esta revista, como también, a Scarlett Lagos, Rodrigo Lillo, Mónica Baeza y Vivianne Monsalve por el apoyo prestado en la fase de selección y revisión de trabajos. Asimismo, agradecemos a la fundación "The William and Flora Hewlett Foundation" por el financiamiento otorgado a través del Proyecto ACCESO y que ha hecho posible la presente publicación.

Noviembre, 2003

Alejandra Díaz Gude
Directora Revista CREA
Universidad Católica de Temuco

¹ El Proyecto CREA—Centro de Resolución Alternativa de Conflictos— se inició gracias al apoyo financiero recibido del Ministerio de Educación, a través del Concurso de Convenios de Desempeño para el Desarrollo de Áreas Prioritarias (MECE de la Educación Superior), y de la propia Universidad Católica de Temuco.



Resolución de Conflictos en el ámbito indígena

Raquel Yrigoyen
René Orellana



EL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS: ¿Mecanismos alternativos o jurisdicción propia?

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

Abogada, Master en sistema penal,

Especialización en Derecho Indígena

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hay una importante literatura sobre los mecanismos alternativos o informales de resolución de conflictos (MARC) que incluyen la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje. Los MARCs tienden a oponerse teóricamente a dos parámetros. De una parte, a los procedimientos formales o producidos por el Estado, de ahí el nombre de alternativos, informales o no institucionalizados. Y, de otra parte, se oponen a la idea de una respuesta violenta a los problemas o conflictos, en la medida que en general, se alude a mecanismos o procedimientos pacíficos, consensuales y de carácter reparador. La crítica central a los sistemas de justicia ordinarios se refiere a la ineficiencia, ineficacia e ilegitimidad de los mismos; el retardo, costos y formalismos de los procedimientos; la necesidad de un lenguaje especial y abogados; el olvido de las necesidades de las partes y de las víctimas en particular; la estructura de adjudicación ganador/perdedor y la incapacidad para dar respuesta adecuada a los problemas y conflictos.

Debido a las críticas, las reformas de la justicia en América Latina han incorporado en las últimas décadas formas de reconocimiento de los MARCs en dos modalidades: como formas de derivación de la justicia ordinaria (introducción de la conciliación como una fase obligatoria del procedimiento), o como una vía alterna y complementaria de la justicia administrada por el Poder Judicial. Las reformas a la justicia han estado vinculadas en América Latina a procesos de reforma del Estado, democratización e incluso pacificación, pero también han sufrido la influencia de las tendencias y programas neoliberales globalizantes referidos a la simplificación administrativa y la reducción de la intervención estatal en los servicios públicos, en algunos casos con altas dosis de autoritarismo. La influencia internacional se ha hecho sentir a través del modelo anglosajón del *common law*,



como en el caso del principio de oportunidad, y el desarrollo internacional de los MARCs.

Sin embargo, dicho marco no lo explica todo. En las críticas al sistema de justicia ordinario administrado por el Estado, han confluído los "neoliberales" y su proyecto ideológico de reducir la presencia estatal, incluido el campo de la justicia, para dejar una mayor intervención de agencias del mercado y mecanismos informales o alternativos; pero también, quienes vienen de tiendas ideológicas diversas, como la criminología crítica, el minimalismo, el garantismo y el abolicionismo, en el campo penal. Desde la perspectiva crítica se cuestiona, en primer lugar, la estructura penal como forma de encarar problemas sociales redefinidos estereotipada y limitadamente en forma de delitos, la atención exclusiva a la manifestación final y externa de problemas sociales más profundos que no son considerados por el Derecho Penal, el modelo de respuestas punitivo que no da margen para otras respuestas reparatorias y reconciliatorias, y la expropiación del conflicto que hace el Estado sin considerar necesidades de las víctimas o las partes en su conjunto. De otro lado, con relación al funcionamiento del sistema penal, se cuestiona el condicionamiento que ejercen las relaciones y estructuras sociales. La selectividad penal en la persecución de personas no tanto por lo que hacen cuanto por su ubicación desventajosa en la estructura social (que explica una mayoría de pobres y marginados en los centros de prisión), o la impunidad de agentes vinculados a los poderes fácticos, por razones económicas o políticas, o de quienes tienen un poder relativo respecto de sus contrapartes sociológicas (hombres respecto de mujeres, adultos respecto de menores, blancos y mestizos respecto de indígenas, ricos respecto de pobres, militares respecto de civiles, ciudadanos respecto de campesinos o habitantes rurales, ciudadanos respecto de inmigrantes, hispanohablantes respecto de hablantes de idiomas indígenas, alfabetos respecto de analfabetos, personas "con influencias" respecto de no influyentes). El funcionamiento del sistema penal, por ello, ha sido denunciado como mecanismo reproductor de las desigualdades sociales.

En el campo civil, se cuestiona el modelo de adjudicación perdedor/ganador del sistema de justicia ordinario que no da margen para la negociación de intereses o arreglos medios. Además, la declaración de quién tiene el derecho (en términos estrictamente legales) no necesariamente supone el arreglo del problema o conflicto, que puede estar en un punto medio, en un tema que no ha sido o no puede ser comprendido por la definición legal de la litis o en una parte que no aparece incluida en el caso. De ese modo la respuesta del sistema de justicia ordinario no necesariamente satisface las demandas que están detrás de los litigios tal como los redefinen los abogados para poder ser vistos por los jueces. Igualmente, se cuestiona que los procedimientos largos, costosos, engorrosos y que requieren de abogado hacen inclinar la balanza hacia quienes cuentan con mayor poder y recursos para accionar el sistema.

Finalmente, en el cuestionamiento del sistema de justicia administrado por el Poder Judicial han concurrido los estudiosos del pluralismo legal y la antropología jurídica al develar la coexistencia de diversos sistemas normativos, en una relación tensa y compleja con el derecho estatal, dentro del mismo espacio geopolítico en el cual éste reclama el monopolio de la producción jurídica, el uso legítimo de la fuerza y el arbitrio social de los conflictos. Aquí se encuentran sistemas con diverso grado de alcance, pretensión y origen. Como bien anota Boaventura de Sousa Santos (1994), las fuentes de la pluralidad jurídica o normativa pueden estar en situaciones de imposición colonial, la existencia de diversos pueblos indígenas u originarios, los procesos de reforma o modernización abruptos, fenómenos migratorios, diversidad religiosa, ocupacional, geográfica o por la diversa conformación de los colectivos en la estructura social. Igualmente, la pluralidad normativa puede deberse a procesos de desregulación y reforma del Estado, así como a los fenómenos de globalización y transnacionalización de la economía a través de agencias de regulación supra y trans-estatal (*lex mercatore*). Asimismo, puede deberse a la existencia de poderes fácticos, como los grupos paramilitares, la "mafia" o grupos insurrectos, con capacidad para articular el orden y sus propios sistemas de reglas y mecanismos para imponerlas. En estos casos, no sólo estamos frente a "mecanismos alternativos de resolución de conflictos" que compiten con el Estado en la esfera de la administración de justicia, sino también en el campo de la regulación de la vida social y la organización del orden.

De la gran diversidad de fenómenos que cabe incluir en el campo de la pluralidad normativa, quiero referirme al Derecho Indígena. Los sistemas normativos de los pueblos indígenas están articulados a sus sistemas culturales y a las condiciones que les han permitido sobrevivir. Estos pueblos pre-existen a los Estados actuales y han sobrevivido con profundas transformaciones debido al colonialismo, mestizaje, migración, imposiciones socio-culturales y lingüísticas y las adopciones requeridas para la resistencia. Los Estados post-independentistas construyeron a su vez la institucionalidad jurídica bajo la negación de los sistemas indígenas y con el objeto expreso de desmontar las estructuras que todavía les daban márgenes para la resistencia cultural y política, y así evitar cualquier posible sublevación. Se trataba de Estados a la imagen y semejanza de los criollos, esto es, de los descendientes de los colonizadores. Ello generó una fractura entre la población originaria y la nueva patria criolla que hacía de los indios extranjeros en su propia tierra. Los nuevos Estados republicanos, como Chile y Argentina, desconocieron los tratados que la Corona española había celebrado con los pueblos no sometidos, como los Mapuche. O, en su caso, las nuevas repúblicas andinas abolieron las protecciones colectivas que tenían los pueblos colonizados, como los territorios colectivos (reducciones o pueblos de indios) y las potestades que, aún limitadas, había reconocido la Corona a las autoridades indígenas (curacas o caciques, como autoridad política, y alcaldes de pueblos de indios como autoridad para la admi-



nistración de justicia). Se importó la idea de la identidad Estado-Nación por la cual se pretendía que el Estado representara oficialmente un solo pueblo, una sola cultura, idioma, religión, de los criollos. Y se introdujo la idea de la identidad Estado-Derecho y la aspiración napoleónica de una ley escrita y general para todos los ciudadanos, así como el monopolio estatal de la producción del Derecho y el ejercicio de la violencia legítima. Bajo la teoría de la división de poderes se estableció que sólo el Poder Legislativo podía dictar normas de cumplimiento obligatorio para los ciudadanos, el Judicial administrar justicia, y el Ejecutivo controlar el orden y hacer cumplir la ley. Por ende se proscribió las funciones políticas, normativas y jurisdiccionales, que si bien en escala menor, tenían los indígenas durante la Colonia. Así, los sistemas normativos indígenas pasaron a ser parias jurídicos, sin lugar alguno en la institucionalidad legal republicana.

A partir de la Constitución de 1920 del Perú y las reformas introducidas por el constitucionalismo social en América Latina, se empieza a reconocer la existencia comunal y derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero la ideología monista que identifica Derecho con Estado se resiste al reconocimiento del Derecho Indígena. La ideología colonial de la "inferioridad natural de los indios" y el miedo criollo a la sublevación indígena, se reciclan bajo distintos ropajes y sobreviven bajo los discursos de la evangelización y civilización primero, luego el progreso y el desarrollo, y finalmente la integración forzosa al Estado, el mercado y la cultura oficial.

Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos a lo largo de las décadas. Cabe anotar cambios importantes, en particular en la década pasada, en el contexto de la crítica a los 500 años de invasión: la discusión de reformas constitucionales y la elaboración del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas de 1989¹. El reconocimiento de los Pueblos Indígenas, y sus derechos al control de sus propias instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, sistemas jurídicos, autoridades, identidad, idiomas y cultura, y participación en los planes regionales y nacionales que puedan afectarlos, ha sido consagrado en el mencionado Convenio 169 de la OIT, pero su implementación todavía constituye una lucha aún inconclusa en América Latina. En todo caso, lo que quiero destacar es que el reconocimiento del Derecho Indígena va más allá del reconocimiento de un simple mecanismo de resolución alternativa de conflictos, pues implica potestades jurisdiccionales, normativas y ejecutivas que no pretenden los MARCs.

¹ Las ideas centrales del texto que sigue corresponden a mi tesis en elaboración para obtener el Doctorado en la Universidad de Barcelona: Estado Pluricultural, Derecho Indígena y Control penal en los Países Andinos. Construcción Histórica y Horizonte Pluralista.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

En la última década del siglo XX los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones², Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, han reconocido constitucionalmente el Derecho Indígena y han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, lo que les da un marco jurídico semejante. Quisiera destacar de estas reformas normativas el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado/Nación/República, b) los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, c) el Derecho Indígena y la jurisdicción especial. Si bien estas reformas no están exentas de contradicciones y limitaciones, cabe interpretarlas desde un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado Pluricultural. Es este marco que me permite afirmar que el reconocimiento del Derecho Indígena no sólo constituye un mecanismo alternativo de resolución de conflictos desde dos perspectivas. En primer lugar, porque no se trata de mecanismos alternos, no competitivos y complementarios a la jurisdicción ordinaria, sino que constituye una verdadera jurisdicción dentro del ámbito territorial indígena, aún en los mismos campos que antes consideraba monopólico el derecho producido por los órganos tradicionales del Estado republicano. Y, en segundo lugar, que el Derecho Indígena no sólo comprende mecanismos para la resolución de conflictos, sino también para la regulación de la vida social y el orden público en el espacio territorial indígena, con sus propias autoridades e instituciones. Ello plantea retos de articulación democrática de la diversidad más profundos que la mera coexistencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Se trata de articular órdenes políticos en un nuevo modelo de Estado Pluricultural.

El contenido y contexto de las reformas constitucionales

En la última década del s. XX se han producido reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica³. Lo central de estos cambios es que cuestionan tres herencias fundamentales de los períodos anteriores. En primer lugar, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros, esto es, como sujetos con

² Acuerdo de Cartagena, firmado el 10 de marzo de 1996. Ver www.comunidadandina.org

³ VAN COTT, Donna Lee, "Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America", en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, 1999.



derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Esto importa la ruptura de la ideología de la inferioridad y la supuesta necesidad de tutela estatal acuñada en la Colonia para legitimar la subordinación política y la explotación económica de los pueblos originarios. En segundo lugar, se cuestiona dos herencias centrales de la juridicidad republicana, los binomios Estado-Nación y Estado-Derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea, y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades, y formas de justicia.

Junto con las reformas que acogen los planteamientos pluralistas se aprecia otra tendencia internacional: la recepción del modelo socio-económico llamado "neoliberal", que se basa en promover mecanismos de desregulación para facilitar las transacciones internacionales, librándolas a las reglas de la competencia y el mercado. Se abandona la idea de un Estado proteccionista, de bienestar. Como efecto de estas políticas en varios países se ha facilitado la presencia de empresas transnacionales de extracción (forestal, petrolera, minera) en territorios indígenas, a las cuales los Estados han entregado amplias facultades, restringiendo las de los pueblos indígenas que los habitan. Los conflictos entre dichas empresas y los pueblos indígenas no se han hecho esperar.

Fundamento: Caracterización pluralista de la Nación y el Estado⁴

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las Constituciones es "reconocer", en la medida que el texto constitucional no está "creando" la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma⁵. Lo mismo, al asumir oficialmente la pre-existencia de los

⁴ Para este punto tomo y actualizo el artículo YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: "Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial En Los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en *Revista Pena y Estado* N° 4. Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 1999b.

⁵ Constitución de Colombia de 1991, Art. 7: "El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana." Constitución de Perú de 1993: Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: "A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación." Reforma a la Constitución de Bolivia de 1994: Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, [...]" Constitución de

pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. El texto del Convenio 169 de la OIT en su quinto considerando dice expresamente: *"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven."*

La Fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos

La fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene elementos y alcances semejantes, con algunas variantes a considerar. El hecho del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional⁶.

Las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunas fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto, pero en este caso prima el Convenio, como analizaré luego. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice

Ecuador de 1998, Art. 1. "El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico." Constitución de Venezuela de 1999: Artículo 100: "Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. (...)" (subrayados míos).

⁶ Algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la "creación" de muchos sistemas, pero los textos constitucionales, en primer lugar, no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social, lo que sí permite crear puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo.



la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, debe interpretarse tal Convenio conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el Art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales -políticos-) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el Derecho Indígena.

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

Art. 8, 2: *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

Art. 9, 1: *En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros."*

Objeto de reconocimiento

Lo primero que se desprende del Convenio 169 de la OIT y los textos constitucionales de los países andinos (PA) es que hay un reconocimiento de tres contenidos mínimos:

- a) el sistema de normas o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas (en los casos de Perú y Bolivia),
- b) la función jurisdiccional especial (JE) o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la JE de modo autonómico, y
- c) el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

Antes de la reforma constitucional, la normativa de los diferentes países andinos sólo permitía la costumbre como una fuente secundaria del derecho, a



falta de ella y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus propias autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley⁷.

En este sentido se pronuncian los constitucionalistas Bernal y Rubio. El reconocimiento de la jurisdicción especial *"permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al Poder Judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del Poder Judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del Art. 139"*⁸. Por lo tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen estas funciones jurisdiccionales, los tribunales ordinarios deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio⁹. En todo caso, tendría que probarse que se trata de hechos que están fuera de la competencia de la jurisdicción especial (por ejemplo, cuando los hechos no se realizaron dentro de su ámbito territorial).

La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *Notio, iudicium, Imperium* o *coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*Notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*Coercio* o *Imperium*)¹⁰. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de Jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas.

⁷ En el caso del Perú, este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente: que el reconocimiento del pluralismo legal permitía la aplicación del *derecho consuetudinario* aún en contra de la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no sólo legal. (Diario de Debates CCD, 12.4.1993 y 23.6.1993).

⁸ BERNAL, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, Constitución y Sociedad ICS, 1999, p. 682.

⁹ *"También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, los tribunales ordinarios deberán inhibirse, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo (149)".* RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Lima, PUCP, 1999, p. 208 (negrita nuestra).

¹⁰ Ver: SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., *La Jurisdicción Especial Indígena*, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp.130-131, quienes a su vez citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción. Tomo XVII, pp. 538-9, SA. Buenos Aires.



Los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial (dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho) no constituyen, por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no lo son la captura, trabajo comunitario, prisión, embargo, impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por propio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho, del derecho de los pueblos y comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales. El ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito, pues no sólo no está prohibido, sino que su ejercicio está legitimado y protegido. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial¹¹. Ello incluye claramente no sólo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional¹².

¹¹ "Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuantes ante las autoridades judiciales de la comunidad, [tener] sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo. Además de los límites que se derivan de los derechos humanos, la Corte no ha señalado otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los indígenas en este aspecto. Véase Sentencias SR-349 de 1996, T-523 de 1997, y SU-510 de 1998." (SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 143). "En el caso de los pueblos indígenas, el derecho de administrar justicia también incluye el derecho de utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal". Al respecto, la Corte, mediante "sentencia T-349 de 1996... protegió la sanción del cepo... (y) la sentencia T-523 de 1997 ... protegió la sanción del 'fuate'... bajo la consideración de que no constituyan trato cruel inhumano ni degradante". (SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 142). Esta facultad también incluye el derecho de "impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión de su territorio)" (Sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998), entre otros tipos de medidas y sanciones (SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 119).

¹² SAN MARTÍN, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. 1., Lima, Ed. Grijley, 1999.

Sujeto titular del derecho

El Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los "pueblos indígenas", mientras que en los textos constitucionales de los PA se mencionan "pueblos", "comunidades", "comunidades campesinas y nativas" y "rondas campesinas". El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los Pueblos Indígenas -en general- tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú). El concepto de **pueblo** es más comprehensivo que el de *comunidad* pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estando reconocidas, que no estuviesen tituladas propiamente como indica la ley. Este concepto de pueblo también incluye organizaciones supracomunales, grupos étnicos extensos, federaciones o los llamados "pueblos no contactados", al margen de su estatuto legal¹³.

Para los efectos de la definición de "pueblo indígena" ha de considerarse el derecho de autodefinición que consagra el Convenio 169 (Art. 1, inc. 2). Si bien el término "pueblo" es más amplio que el de "comunidad" ello no significa que no deban reconocerse estos derechos cuando sólo hay comunidades y no pueblos indígenas con todos sus componentes. Cabe recordar que justamente la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios. En algunos casos tal impacto incluye la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (por la expansión de las haciendas durante la república), las estructuras de poder supracomunal, y el hecho mismo de autodenominarse indígenas, por la connotación negativa que le fue asignada. El término "indígena" fue exitosamente sustituido por el de "campesino" en varios países a partir de mediados de siglo hasta la fecha (Perú, Bolivia, y otros países de Latinoamérica como Guatemala durante la reforma agraria de 1952). Es necesario tener en cuenta que los pueblos y culturas indígenas no son estáticos, mientras que los conceptos tienden a serlo. Las culturas y formas de organización social se transforman y recrean

¹³ El art. 1, inc. 1, literal b) del Convenio 169 establece que el mismo se aplica "a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas." (sn).



constantemente. Por lo tanto, hay muchos colectivos que tienen una identidad propia y diferenciada del resto de la sociedad nacional, con su propia cultura legal e instituciones, con herencia andina y también de otras fuentes, pero que ya no hablan idiomas indígenas ni mantienen elementos tradicionales que se considera parte de una identidad indígena estereotipada¹⁴.

Las autoridades indígenas

Las cartas constitucionales mencionan la potestad de las autoridades de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas para ejercer funciones jurisdiccionales o de justicia. Las cartas de Colombia, Perú, Ecuador simplemente hablan de "autoridades", en cambio la Constitución de Bolivia es más explícita al indicar "autoridades naturales", así como la de Venezuela, que habla de "autoridades legítimas". La referencia a las "autoridades de los pueblos o comunidades indígenas" alude a los individuos o colectivos (asambleas, cuerpos colegiados) que según los sistemas indígenas tienen potestad para gobernar, resolver conflictos o regular la vida social. Y ello incluye la potestad de los pueblos y comunidades indígenas a tener su propio sistema institucional para el autogobierno, la organización del orden social y resolución de conflictos, lo que llamaríamos la justicia o función jurisdiccional. Este derecho, a contar con sus propias autoridades significa que las mismas son nombradas o designadas bajo las reglas indígenas y tienen las atribuciones que dichos pueblos les asignan. El Convenio 169 de la OIT se refiere al reconocimiento de las "instituciones" de los pueblos indígenas, lo cual incluiría no sólo autoridades específicas sino también la forma de organización institucional. Aquí cabe incluir también a los sistemas institucionales que son "apropiados" por los pueblos indígenas, no obstante tener un origen foráneo. Las prácticas estatales que implican el nombramiento o imposición de determinadas personas, indígenas o

¹⁴ La Constitución del Canadá de 1982 ofrece un interesante ejemplo de cómo otorgar derechos a colectivos que no entran propiamente dentro de la categoría "indígena" pero que tienen herencia indígena e identidad diferenciada del resto de la sociedad nacional. Este es el caso de los Métis, un colectivo mestizo constituido a partir del mestizaje de miembros de las Primeras Naciones, Inuit y europeos, pero con una identidad propia y que reclamaba la aplicación de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas. En 1982 se hizo una enmienda a la Constitución del Canadá a fin de que se incluyera a los "Métis" entre los pueblos aborígenes del Canadá y les reconociera derechos que corresponden a dichos pueblos (Sección 35,2), no obstante no ser un pueblo indígena propiamente. El criterio utilizado es que los Métis mismos consideran que tienen una identidad cultural propia y distinta al resto, que no es ni indígena, ni occidental. BORROWS, John y ROTMAN, Leonard, *Aboriginal Legal Issues*. Markham, Ontario, Butterworths, 1998, pp. 465-497.

no, para que sean autoridades de pueblos o comunidades indígenas devienen incompatibles con el derecho mencionado. Esto además, constituiría una violación del derecho a "la propia vida cultural" (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al derecho de autoidentificación (Convenio 169 de la OIT), y a las normas constitucionales que reconocen autonomía organizativa de las comunidades y pueblos indígenas.

Competencias

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las Constituciones de Colombia y Perú comparten, grosso modo, los mismos criterios teniendo como base la competencia territorial. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de una competencia con relación a "conflictos internos" sin precisar si es en razón de territorio, persona o materia. La Constitución de Venezuela limita la competencia territorial y personal. Analizaré el alcance de las mismas teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT.

1. Competencia territorial

En principio, el Convenio 169 de la OIT (arts. 13-15) reconoce a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva. Se trata del lugar que ocupan o utilizan de algún modo para realizar actividades que les permitan su reproducción material y cultural. Por lo tanto, tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio es parte de la definición propia de los derechos territoriales. La competencia sobre el territorio, sin embargo, es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extra-territorial.

En las Constituciones de Colombia y Perú, el criterio fundante de la jurisdicción indígena es la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina. En estos países, la Constitución y leyes reconocen un espacio territorial/tierras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.

En Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar, en concordancia con los derechos territoriales reconocidos por el Convenio 169 de la OIT que, en tanto se otorga funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da por lo menos dentro de los territorios que dichos pueblos o comunidades ocupan o utilizan



de alguna manera. La Constitución de Venezuela señala de modo expreso que las autoridades indígenas tienen competencia para aplicar "sus instancias de justicia" dentro de su hábitat. Pero adicionalmente incluye una limitación en la competencia personal que luego comentaré.

Cabe distinguir entre la competencia territorial para conocer casos y para la validez de las decisiones del derecho, y la jurisdicción indígena¹⁵. El Derecho Indígena y la jurisdicción especial tienen competencia respecto de los hechos, casos situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas¹⁶. Pero la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional¹⁷.

Para dar contenido al concepto de "ámbito territorial" es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como "*la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera*" (Art. 13, 2) e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive "*las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*" (Art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas. Adicionalmente, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra. Incluso, como el caso de la Constitución del Perú de 1993, se permite la venta de tierras comunales sin que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos¹⁸. Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera. En tal espacio, por ende, es donde

¹⁵ Tomo esta distinción de SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 132.

¹⁶ La Corte Constitucional de Colombia ha sustentado el mismo criterio: "En la sentencia ST-496 de 1996 (...) se afirma que uno de los elementos de este fuero es (...) de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)". SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 132.

¹⁷ "Por otro ha indicado que la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena. Véase Sentencia ST-349 de 1996. (SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 133).

¹⁸ En el Perú, las rondas campesinas de estancias y aldeas tampoco tienen tierras de propiedad común pero sí tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo al límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas).

se aplica el derecho y la justicia indígena/comunal. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente de que el término territorio no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena¹⁹ o a "aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales" (Sentencia T-384 de 1994)²⁰.

Un comentario sobre el caso venezolano. El texto de la Constitución de Venezuela es el único que expresamente reduce la competencia territorial a la competencia personal al indicar en el Art. 260 que: "Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, [...]"

Parecería desprenderse de este artículo, entonces, que la jurisdicción indígena sólo podría ver casos dentro de su territorio o hábitat que afecten a sus miembros, mientras que no podría hacerlo, ni aún dentro de su hábitat, cuando ello afecte a terceros, es decir personas no indígenas. Aquí hay dos principios en pugna. Uno alude a la idea que un sistema legal se aplique a quienes participan de los marcos sociales y culturales del mismo. Sin embargo, este principio puede ser contestado con otro: la necesidad de fortalecer y garantizar apropiadamente el conjunto de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas y que están consagrados en varios artículos de la Constitución. Aquí se hace necesario una interpretación sistemática. Si los terceros realizan hechos o actos dentro del hábitat indígena que no afectan en modo alguno los bienes o derechos indígenas, pues no tendría sentido que el derecho y la jurisdicción indígena entren a regir, pero en el caso que tales terceros afecten o comprometan de algún modo bienes, derechos o intereses relevantes de los pueblos indígenas o sus miembros, tales pueblos tienen derecho de intervenir para proteger dichos derechos. La propia Constitución de Venezuela, en los artículos 119 y 121 les reconocen el derecho a la "existencia y organización propia"²¹, así como el derecho a sus tierras origina-

¹⁹ "Así por ejemplo en la sentencia T-254 de 1994, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad." SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 133.

²⁰ SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 133.

²¹ Constitución de Venezuela, "Artículo 119, sobre el derecho a la existencia y organización propia. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá



rias, cultura, forma de organización, usos y costumbres. Por lo tanto, si terceros entran a los territorios o hábitat indígenas y realizan hechos o actos que afectan o comprometen de algún modo la existencia, costumbres, derechos o bienes colectivos de los pueblos indígenas o sus miembros, los mismos tienen válidamente el derecho de intervenir y defender sus derechos. Ello no obsta, sin embargo, a que se conciban mecanismos específicos para resolver conflictos interculturales y que no se violen los derechos humanos.

Adicionalmente, cabe una competencia extra-territorial para el caso de indígenas que realizan hechos fuera del ámbito territorial indígena, que analizaré luego.

2. Competencia material

La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente la misma, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e, incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los PA ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el Derecho Indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial o justicia se imparte de conformidad con "sus normas y procedimientos" (Constitución Colombiana), "derecho consuetudinario" (C. Peruana), "costumbres y procedimientos" (C. Boliviana), "costumbres o derecho consuetudinario" (C. Ecuatoriana) o "tradiciones ancestrales, y propias normas y procedimientos" (C. Venezolana), es decir, de acuerdo al sistema jurídico del pueblo o comunidad indígena que se trate. Como cada sistema jurídico tiene su propio modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, le corresponde al mismo definir qué hechos sociales les parecen relevantes como para ameritar su intervención. Es más, la propia construcción de los hechos relevantes está condicionada culturalmente, y no necesariamente coincide o corresponde a las categorías del derecho oficial, si bien para efectos comparati-

al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley."

"Artículo 121, sobre el derecho a la identidad étnica y cultural indígena

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones." (subrayados míos).



vos se puede utilizar sus categorías. Esta amplitud de materias también está contemplada en el Convenio 169, que menciona, ilustrativamente, materias referidas a la propiedad y manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica. En síntesis, los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo a sus normas y procedimientos²².

Una nota con relación a la Constitución venezolana. Esta carta señala que *la aplicación en su hábitat de instancias de justicia es "con base en sus tradiciones ancestrales"*. No cabe desprender de ello que los pueblos indígenas estén sujetos al pasado y no puedan innovar. Por ello es necesario subrayar, para efectos de una interpretación sistemática, que el reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena que hacen la Constitución y el Convenio 169 de la OIT no se refiere a normas, tradiciones o costumbres o procedimientos específicos, sino a la potestad de auto-regularse y resolver los conflictos sociales que consideran relevantes.

En síntesis, la JE tiene competencia para ver hechos que considera relevantes para sí, estén o no tipificados por el derecho oficial, sean considerados leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que la jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho²³. El constitucionalista peruano Marcial Rubio aclara este punto al analizar el alcance del Art. 149 de la Constitución del Perú de 1993: *"La función jurisdiccional será ejercida de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere decir esto que aplicarán las costumbres del lugar (...). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan la ley porque son llamadas por*

²² Algunos proyectos de ley de desarrollo constitucional de varios países (como Perú, Argentina, México) pretenden reducir la competencia material de los pueblos indígenas a casos de menor cuantía o gravedad, o sólo a casos civiles o donde se juegan bienes negociables y no públicos, o que corresponderían al derecho penal. Sin embargo, esta limitación no tiene fundamento legal alguno ni en las cartas constitucionales ni en el Convenio 169 de la OIT que menciona expresamente la materia penal.

²³ BERNALES, Enrique: op cit.; RUBIO CORREA, Marcial, op. cit.; SAN MARTÍN, op. cit.; PEÑA, Antonio "La otra Justicia: A propósito del Artículo 149 de la Constitución Peruana", en *Desfaciendo Entuertos*, Lima, N° 3-4 Octubre, 1994; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *De la Criminalización de la diferencia cultural a la legitimación de un orden pluralista (Perú, Países Andinos)*, tesis Master en Sistema Penal y Problemas Sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1995; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario", Lima, CEAS y *Desfaciendo Entuertos*, 1995b; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos", en *Desfaciendo Entuertos* N° 3-4 Octubre 1994, pp. 19-26.



*ella (...) pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro derecho), y que son precisamente aquellas para las que sirve esta autorización.*¹²⁴

El penalista César San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (también llamada comunitaria, indígena o tradicional) constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir²⁵. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo competencia a la JE inclusive en casos de homicidios (Sánchez et. al., 2000, p. 132). Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo viese conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los *indios* sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley.

3. Competencia personal

La competencia personal sólo ha sido mencionada expresamente en una Constitución. De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a *todas* las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, pues lo que rige es el criterio de competencia territorial. En Bolivia depende de lo que establezcan "*sus costumbres y procedimientos*". Y en Ecuador depende de lo que defina su propio derecho como "*asunto interno*", pues hay casos en los que las comunidades y pueblos indígenas consideran un asunto como propio o interno cuando se ha realizado en su territorio o afecta personas o bienes indígenas, aún cuando en tales casos participen personas

²⁴ RUBIO CORREA, Marcial, op. cit.

²⁵ "*Las infracciones penales son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, que es la básica o común. Esta jurisdicción conoce todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la jurisdicción tutelar [menores]. En segundo lugar, la jurisdicción militar [...]. En tercer lugar, la jurisdicción tradicional, dedicada a la aplicación del derecho penal consuetudinario para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial*" (SAN MARTÍN, César, op. cit., pp. 90-91). (negrita nuestra).

no indígenas. En casi todos los países las comunidades son mixtas, las tasas migratorias son altas y las relaciones interétnicas son frecuentes y complejas.

El derecho al propio Derecho tiene dos fundamentos. Uno, podríamos calificarlo como cultural, el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Otro, podríamos calificarlo como político. Se trata de la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el que garantiza su reproducción como colectivo y los derechos de sus miembros. Este segundo fundamento permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indígenas) cometan hechos dañinos dentro de tales, bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas. En general, los hechos dañinos realizados dentro de comunidades indígenas por agentes no indígenas suelen quedar sin reparación alguna, pues aquellos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales. Además, la intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas ha mellado los sistemas jurídicos indígenas, afectando con ello la vida comunitaria misma. Los textos constitucionales de los PA muestran una clara vocación para proteger la existencia biológica y cultural de los pueblos indígenas, así como para fortalecer el Derecho Indígena. Y el Convenio 169 de la OIT señala entre sus considerandos "las aspiraciones de los Pueblos Indígenas a controlar sus instituciones". En esta línea, es consistente que el Derecho Indígena sea fortalecido afirmando su aplicación sobre el territorio/hábitat indígena tanto respecto de indígenas como no-indígenas, con el objeto de proteger los bienes y derechos indígenas. Esto permitiría fortalecer la vida comunitaria indígena y evitar la intervención o presencia de policías, jueces u otros agentes del derecho estatal, que secularmente han debilitado a las comunidades y pueblos indígenas. Esta a su vez es la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. En síntesis, apegándonos al objetivo constitucional de reconocer y fortalecer la jurisdicción especial dentro de su ámbito territorial, no encontramos argumentos para, a priori, sustraer de la misma a no-indígenas que realizan hechos susceptibles de juzgamiento dentro del ámbito territorial comunal²⁶.

²⁶ Este punto es materia de discusión en la jurisprudencia colombiana así como en otros países, y se busca tener en cuenta si los extraños conocen o no las costumbres indígenas. En términos prácticos, las comunidades aplican algunas reglas a extraños, especialmente en lo que se refiere a reparación de daños, pero no otras que dependen de la participación en la cultura de la comunidad. La pertenencia cultural es un criterio importante para el juzgamiento de cualquier persona, de un pueblo indígena o no, pero ello no debe utilizarse como pretexto para que los extraños busquen eximirse de su responsabilidad ante hechos o daños causados en pueblos /comunidades indígenas/ campesinas.



Otro tema de cuestionamiento con relación a la competencia personal es sobre la voluntariedad u obligatoriedad del sistema para los indígenas. Es decir, si los indígenas que no desean ser sometidos a su jurisdicción están obligados a la misma o pueden recurrir a otra. Los textos de las diferentes constituciones andinas establecen claramente que la potestad para aplicar el Derecho Indígena y la jurisdicción especial o justicia indígena es de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, que reside en tales pueblos y sus órganos de decisión colectiva. No es una atribución de los individuos de decidir si se someten o no al derecho y la justicia indígenas. Como todo sistema jurídico, también los sistemas jurídicos indígenas tienen campos de intervención obligatoria, cuando se afecta bienes que el sistema considera de interés público, y campos de intervención facultativa, librada a la acción de los individuos o familias, pero el sistema en su conjunto es obligatorio y se impone sobre los individuos, de otro modo se debilitaría la vigencia misma del sistema. El Convenio 169 de la OIT señala el derecho de los pueblos indígenas (PI) de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (Art. 9,2). Ello establece, de una parte, el derecho de los miembros de PI ante el Estado, de ser juzgados por los métodos de sus propios pueblos y no por el derecho estatal. Pero al ser una atribución de los PI como colectivos y no de los individuos, no es facultativo de las personas en tanto individuos, y por lo tanto no están en condiciones de huir legalmente de su sistema cuando no les "conviene" reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales -los pueblos- sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es consistente en este punto, al sostener que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene (para huir de una sanción). La JE incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma²⁷.

Otro tema es el de la competencia personal respecto de indígenas fuera del territorio/hábitat indígena. Aquí aplicaría el fundamento cultural del derecho. Cuando se trata de situaciones o hechos que sólo afectan a indígenas, aunque se realicen fuera del territorio comunal (por ejemplo, un conflicto de pareja o familiar o

²⁷ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia. Para garantizar la potestad coactiva de la jurisdicción especial indígena (*ius imperium*) ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para capturar a quienes salieron del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de una sanción: Sentencia ST-349 de 1996. Ver: SÁNCHEZ, Esther; JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 142.

una sucesión), es claro que el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo del mismo sigue rigiendo en tales personas. En estos casos dependería de la jurisdicción indígena si interviene o no. En estos casos, cabe hacer un paralelo con el derecho internacional pues hay situaciones civiles e, incluso penales, en las que los sistemas nacionales rigen extra-territorialmente para definir derechos y obligaciones o sanciones, como las relaciones de familia, sucesión, y algunos tipos de delitos. Insisto que esto depende de la decisión de los órganos indígenas de aceptar intervenir o no. En caso fuese parte de la práctica jurídica de un determinado pueblo o comunidad, bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la jurisdicción especial estuviese dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse.

En los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria por haber ocurrido los hechos fuera del ámbito territorial indígena y afectar bienes o derechos de terceros, la misma, de todos modos, está obligada a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción. Esto podría dar lugar incluso a la exención o atenuación de pena, cuando los hechos no son considerados reprobables dentro de la cultura indígena que se trate²⁸. Aquí operan dos principios. De una parte no se puede condenar a una persona que no se ha podido motivar en contrario por tener tales hechos como aceptables dentro de su cultura. En segundo lugar, cuando se trata de hechos que son valorados culturalmente de modo distinto por diversas culturas, la igual dignidad de las culturas no justificaría que una orientación cultural criminalice una práctica que es culturalmente aceptada por otro pueblo. En todo caso, aquí cabe una vasta tarea de diálogo y acuerdo intercultural.

Límite o marco: Derechos Humanos

El Convenio 169 (Art. 8,2) sólo establece como límite del derecho consuetudinario la no violación de derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que no se condice con el texto ni el espíritu del Convenio 169, ni los principios de interpretación sistemática, teleológica y progresiva.

²⁸ Como lo contempla el art. 15 del Código Penal peruano de 1991, bajo la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. Y también lo establece el Convenio 169 de la OIT (arts. 9 inc.2; 10 y 12).



La Constitución peruana en su art. 149 establece un límite semejante al del Convenio 169 al indicar que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales especiales debe hacerse de conformidad con el derecho consuetudinario "siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona". Los textos constitucionales de los demás países andinos suelen ser más restrictivos. Las cartas de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela limitan el reconocimiento de la jurisdicción especial (Colombia) o justicia indígena (Bolivia), funciones de justicia (Ecuador) o instancias de justicia (Venezuela) al respeto de la Constitución y las leyes. La de Venezuela añade además el orden público. En tal supuesto, es obvio que el margen del derecho y la jurisdicción especial indígena sería sumamente limitado. Dado que tal limitación es menos ventajosa para los pueblos y comunidades indígenas que la previsión del Convenio 169 de la OIT, regiría la norma que concede más derechos y ventajas a los dichos pueblos, como señala el Art. 35 del Convenio 169 de la OIT, con fuerza legal en todos los países andinos. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha dejado sentado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso²⁹.

Aparte, líneas arriba he argumentado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, investigaciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimas y legales, no implican la comisión de delitos o violación de derechos humanos *per se*. Si una medida es violatoria de derechos humanos debe ser analizada en sí misma, pero no lo es el mero hecho del ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas/comunitarias.

Interpretación Intercultural de los Derechos Humanos

En las diferentes cartas constitucionales de los PA, el Estado reconoce el carácter pluricultural de la Nación/Estado/República y, consecuentemente, el derecho a la diversidad cultural. Además, reconoce el pluralismo legal, con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial indígena/campesina (con sus autoridades jurisdiccionales y derecho). Por lo tanto, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad.

²⁹ Ver: SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, UNC y UNIJUS, 1998; y SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000.

Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia, cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la propia JE. Y en ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de DDHH dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional-.

En caso de posibles conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos y fundamentales, el Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse **procedimientos adecuados** para resolver dichos conflictos (Art. 8,2). Estos procedimientos no han sido establecidos y deberían crearse en consulta con los pueblos indígenas (Art. 6 del Convenio). El objetivo de los mismos sería garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento del derecho a la diversidad que hacen las diferentes cartas de los PA. Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre JE y derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia o violación de derechos (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes)³⁰. El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan verdaderamente en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado Pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo, la negociación. En este sentido se pronuncia Will Kymlicka, uno de los máximos exponentes de la teoría de la ciudadanía multicultural, al sostener que en situaciones de multiculturalidad con presencia de pueblos indígenas, minorías nacionales o culturas societales con un nivel de autogobierno, el sometimiento de los mismos a un marco de derechos humanos no significa necesariamente que deban responder a una ley nacional ni a sus tribunales, sino que podrían crearse tribunales con participación equitativa

³⁰ En otros trabajos he planteado esta propuesta (YRIGOYEN FAJARDO; Raquel, op. cit. 1995; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit. 1994; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el derecho Indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999a; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit., 1999b). La conformación de estos tribunales mixtos no excluye el apoyo de peritos antropológicos o comunitarios. Una propuesta semejante ha sido planteada por las Rondas Campesinas en su Encuentro Regional (2000) y Nacional (2001).



tanto de la jurisdicción federal (nacional estatal) como de dichos pueblos indígenas o minorías³¹.

La Coordinación

Las diferentes cartas establecen que debe haber una ley de coordinación entre la JE y el sistema jurídico nacional (Colombia), poder judicial (Perú) o sistema de justicia nacional (Venezuela). Ecuador y Bolivia utilizan el término de "compatibilización"³². En primer lugar, cabe subrayar que se trata de una ley de "coordinación" y no de "reglamentación" como algunos han entendido erróneamente. Y la vigencia de la jurisdicción especial no está supeditada a esta ley, como ha esclarecido reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuya Constitución es fuente de las demás constituciones andinas³³. En segundo lugar, cabe subrayar que la palabra "coordinación" establece una relación horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación. Lo que se busca es establecer un sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre la JE y la jurisdicción ordinaria en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo. En tercer lugar, y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y JE. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervigilar a las autoridades de la jurisdicción especial. En cuarto lugar, la ley también tendría que regular mecanismos adecuados de coordinación

³¹ Kymlicka cuestiona el supuesto que los pueblos indios tengan que someterse a la Constitución o a tribunales federales, compuestos exclusivamente por jueces no indios. Sugiere que se podría "acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos (...), en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas". (KYMICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 232-3).

³² Planteo algunos contenidos posibles de una ley de Coordinación en YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit., 1994; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit., 1999b.

³³ "El derecho a administrar justicia dentro de su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (...) se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido". Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997. SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C., op. cit., 2000, p. 142. Esto también es sostenido por RUBIO CORREA, Marcial, op. cit., BERNALES, Enrique, op. cit., YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit., 1994, YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit., 1995.



directa entre la JE y diversos entes públicos como la Policía, el Ministerio Público, los gobiernos locales, los Registros Públicos (por ejemplo para registrar decisiones de la jurisdicción especial que modifican registros de la propiedad o el estado civil). En quinto lugar, se debería articular de modo sistemático la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción indígena y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En sexto lugar, la ley debería hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que no son claros en la Constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos, sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Finalmente, la condición de legalidad y legitimidad de la ley es que la misma tendría que ser consultada con los pueblos indígenas según lo ordena el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, como un primer paso en la construcción del Estado Pluricultural.



BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES ELECTRÓNICAS

ALERTANET Portal de Derecho y Sociedad/ Portal on Law & Society.
www.derechoysociedad.com

BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Constitución y Sociedad ICS, 1999.

BORJA, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

BORROWS, John y ROTMAN, Leonard. *Aboriginal Legal Issues*. Markham, Ontario, Butterworths, 1998.

CLAVERO, Bartolomé, Ama Llunku, Abya Yala. *Constituyente Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*, México: Siglo XXI, 1994.

COMENARES, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1993), Actas del Debate. 29a. "P" Sesión permanente (vespertina) 20-7-1993 (referentes a los artículos 88 y 89, sobre tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas).

HURTADO POZO, José. "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", en *Revista Derecho* N° 35, Lima, Facultad de Derecho, PUCP, 1995.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

MARZAL, Manuel. *Historia de la Antropología Indigenista*, México y Perú. Lima: PUCP, 1986.

MESA DE PLURALIDAD JURÍDICA Y DERECHOS ÉTNICOS. "Pluralidad Cultural y Derechos Étnicos. Propuesta de reforma constitucional", en *Desfaciendo Entuertos*, N° 3-4, 1994.

PEÑA, Antonio. "La otra Justicia: A propósito del Artículo 149 de la Constitución Peruana", en *Desfaciendo Entuertos*, Lima, N° 3-4 Octubre 1994.

Revista América Indígena. Vol. LVIII N° 1-2, correspondiente al año 1998. "Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en América Latina", México, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Indigenista Interamericano.

ROLDÁN, Roque. *Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*, Bogotá: OIT y Tercer Mundo Editores, 2000.



ROLDÁN, Roque y TAMAYO, Ana María. *Legislación y derechos indígenas en el Perú*, Lima: CAAAP y COAMA, 1999.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Lima, PUCP, 1999.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, UNC y UNIJUS, 1998.

SÁNCHEZ, Esther, JARAMILLO, Isabel C. *La Jurisdicción Especial Indígena*, Santa Fe de Bogotá, 2000.

SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*, Vol. I., Lima, Ed. Grijley, 1999.

SANTOS, Boaventura De Sousa. *La Globalización del Derecho*, Bogotá, ILSA, 1998.

SANTOS, Boaventura De Sousa. entrevista en: *Desfatiendo Entuertos* N° 3-4 Octubre. pp. 27-31, 1994.

SANTOS, Boaventura De Sousa. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Bogotá, ILSA, 1991.

VAN COTT, Donna Lee. "Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America", en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, 1999.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Tratamiento Judicial de la Diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú", en *XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*. Arica: Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá, pp. 272-285, 2000a.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Un balance de la post-reforma: Constitución Pluralista, Judicatura Monista", en *Institute of Latin American Studies, University of London*, Abril, 2000b.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el derecho Indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999a.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la jurisdicción especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en *Revista Pena y Estado* # 4, Buenos Aires, Editorial el Puerto, 1999b.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Control Penal y Diversidad Étnico-cultural" en Diego, María et al (coord.): *Conflicto Social y Sistema Penal*. Salamanca: COLX y Universidad de Salamanca, 1996.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *De la Criminalización de la diferencia cultural a la legitimación de un orden pluralista (Perú, Países Andinos)*, tesis Master en Sistema Penal y Problemas Sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1995.



YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario", Lima, CEAS y *Desfaciendo Entuertos*, 1995b.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos", en *Desfaciendo Entuertos* N° 3-4 Octubre 1994, pp. 19-26.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Las Rondas Campesinas de Cajamarca. Una aproximación desde la antropología jurídica*, Lima, PUCP, Facultad de Derecho, 1993.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Pluralidad Jurídica y Propuestas de Reforma Constitucional", en *Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*. Cajamarca, CEAS, Obispado de Cajamarca y CEAS, 1992.

Reconocimiento del Pluralismo Legal y Derecho Indígena en los Países Andinos

Puntos de comparación	Convenio 169 OIT	Constitución Política de la República de Colombia de 1991	Constitución Política de la República del Perú de 1993	Reformas a la Constitución Política de la República de Bolivia de 1994	Constitución Política de la República de Ecuador de 1998	Constitución Política de la República de Venezuela de 1999
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.	- Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; - Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multitétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)	Artículo 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. (...)
2. Texto de Reconocimiento del pluralismo legal. a) El Derecho Indígena o Consuetudinario, b) La Jurisdicción Indígena y c) La institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art. 9, 1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art. 171: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

3. Objeto de reconocimiento y respeto.	1. Costumbres propias/derecho consuetudinario. 2. Instituciones propias. 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades y RC/PI, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades naturales de comunidades/PI. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.	1. Normas y procedimientos, y tradiciones ancestrales. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Aplicación de instancias de Justicia.
4. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
5. Competencia Territorial.	No se menciona expresamente.	-Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	-Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas/ y PI.	-Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	No se indica, pero se habla de "conflictos internos" (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).	-Dentro de su hábitat.
6. Competencia Material.	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros".	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	-Todas, no se limita.
7. Competencia Personal.	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Cabe entender que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino/ indígena.	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de "conflictos internos" (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).	-Que sólo afecten a sus miembros (PI).

8. Límite.	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.
9. Ley de Coordinación o Compatibilización.	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional. -No hay ley, pero sí jurisprudencia.	La ley de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) los juzgados de Paz y Poder Judicial. -Aún no se da ley.	Ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los poderes del estado. Hay varias normas, pero no ley específica.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.	La ley determinará la forma de coordinación de: a) esta jurisdicción especial con b) el sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.
10. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Señala dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama jurisdicción especial. No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.	-Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección Primera: De las Disposiciones Generales.
11. Ratificación del Convenio 169		Ratificado en 1991.	Ratificado en 1993 (depósito en 1994).	Ratificado en 1992.	Ratificado en 1998.	Incorporado al derecho interno. Sin depósito internacional.



HACIENDO ALGO PROPIO USANDO LO AJENO: JUSTICIA INDÍGENA Y MODELO MUNICIPAL EN BOLIVIA¹

René Orellana H.

Sociólogo, investigador del Centro de Comunicación y
Desarrollo Andino (CENDA), Cochabamba, Bolivia.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo plantear algunas interrogantes respecto a la construcción de estructuras jurisdiccionales en el ámbito comunal indígena, particularmente sobre la forma en que las organizaciones indígenas y campesinas diseñan sus cuerpos institucionales para resolver conflictos, así como el conjunto de instrumentos, prácticas y procedimientos que ponen en ejecución estos cuerpos. Cuando nos referimos a cuerpos institucionales estamos hablando de estructuras de cargos, de un conjunto de autoridades a las -La autoridad que resuelve conflictos en las comunidades Guaraníes en el chaco boliviano se denomina Corregidor, quien ejerce jurisdicción en un territorio denominado capitánía, cuya máxima autoridad indígena es el Capitán. Los indígenas Yuracarés de la región amazónica sur-central de Bolivia, tienen como máxima autoridad política-étnica y también jurisdiccional, al Corregidor, siendo éste el representante de su estructura territorial indígena básica denominada Corregimiento. La unión de corregimientos conforma el territorio yuracaré cuya máxima autoridad es el Cacique².

¹ El presente artículo es una parte de la investigación realizada por el autor para su tesis doctoral con el apoyo de la Fundación holandesa WOTRO y el Centro de Comunicación y Desarrollo Andino (CENDA).

² ORELLANA, René, "Escenarios Locales de Resolución de conflictos: Derecho consuetudinario y recursos naturales", en *América Indígena, Volumen LVIII*, Nros. 1-2, Ene.-Jun. 1998, México.



- En gran parte de la región andina de Bolivia, el Corregidor aparece también como autoridad comunal de resolución de conflictos. En Raqaypampa (ubicada al sud del departamento de Cochabamba) el Corregidor tiene como ayudante al Cabo; en la misma región indígena, cada sindicato-comunidad tiene como autoridad jurisdiccional al Secretario de Justicia, cuyo ayudante se denomina Milicia. En comunidades indígenas de Ayopaya (nor-oeste de Cochabamba), encontramos al Corregidor como autoridad comunal, con su ayudante denominado Alcalde Comunal o también Alcalde de Estado³.
- En comunidades aymaras, por ejemplo en los ayllus de la Marka Yaku (ubicados al sud-este del departamento de La Paz) encontramos, además del Corregidor, a las siguientes autoridades: Alcalde Mayor, Alcalde Ordinario, Regidor (ayudante del Corregidor), Justicias Primera y Justicias Segunda; todos ellos conforman un cuerpo de autoridades denominados Kimsa Kawiltu (este último término se deriva de la palabra Cabildo)^{4,5}.
- En el ayllu aymara-quechua Laymi Puraka (sud del departamento de La Paz) conformado por dos cabildos llamados juch'uy ayllu, encontramos, además del Corregidor (que articula los ayllus), a los Alcaldes Mayores, al Segunda Mayor (autoridad que resuelve conflictos)⁶.
- En comunidades indígenas quechuas de Tapacarí (oeste del departamento de Cochabamba) encontramos, además del Corregidor, al Alcalde de Campo, ambos con funciones jurisdiccionales⁷.
- En comunidades aymaras de Achacachi (La Paz) encontramos al Agente Cantonal, el mismo que también observamos en comunidades indígenas de Raqaypampa; autoridad que tiene funciones jurisdiccionales.

Una pregunta sugerente que emergería después de observar este panorama, sería la siguiente:

¿Dónde está la tradición, aquello que llamamos étnico, indígena, originario, etc.?

³ ORELLANA, René, *Combinaciones y mixturas. Discurso jurídico e interlegalidad en la justicia indígena. Casos Raqaypampa y Rinconada*. Tesis para optar al grado de Ph.d. en Antropología Jurídica, Universidad de Ámsterdam, borrador enero 2003: 147.

⁴ Es notable el hecho que el Corregidor y el Alcalde Municipal (autoridad ejecutiva del gobierno municipal) posesionan al kimsa kawiltu (ORELLANA, René, 2003, op. cit.).

⁵ FERNÁNDEZ, Marcelo, *La Ley del Ayllu. Práctica de Jacha Justicia y Jisk'a Justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras*, Ed. PIEB, La Paz, Bolivia, 2000: 149.

⁶ *Ibidem*, op. cit.: p. 239 y ss.

⁷ LEON, Rosario, *Justicia Comunitaria. Los quechuas de Tapacarí*, Ed. Ministerio de Justicia y derechos Humanos-Banco Mundial, 1997, La Paz, Bolivia: p. 42 y ss.

La interrogante parece obvia, porque los denominativos observados no aluden precisamente a una tradición, digamos, autóctona-autogenerada.

Lo real es que esto es parte de lo indígena, de aquello que denominamos étnico. Estas autoridades con denominativos no "originarios", son componentes de estructuras institucionales intercomunales con funciones de administración de justicia y resolución de conflictos. Muchas de ellas tienen origen colonial y fueron impuestas por las reformas toledanas, existiendo hoy en día con gran vitalidad en los cuerpos de autoridades, asimilados y funcionalizados a los proyectos indígenas; otras son el resultado de procesos revolucionarios, como el de 1952 (los Milicias, por ejemplo), de reorganización social con base en formas orgánicas adquiridas de movimientos de trabajadores urbanos (el sindicato, sus secretarios generales y de justicia), o de la experiencia cuartelaria, de la que también se importan o prestan partículas jerárquicas (el Cabo, por ejemplo, o el Cornetero en el norte de Ayopaya)⁸.

Pero, los casos citados nos invitan a hacernos algunas preguntas adicionales, ya en términos de investigación:

¿Cómo se construyen las estructuras de autoridades denominadas hoy en día indígenas?

¿Estas estructuras, reivindicadas como factores identitarios, son "inventadas" socialmente usando elementos de los diferentes órdenes estatales por los que las comunidades transitaban en la historia, asimilándolos e incorporándolos a proyectos sociales de construcción étnica?

¿Esta construcción de estructuras orgánicas y jurisdiccionales en comunidades indígenas es el resultado de procesos históricos en los que órdenes estatales impusieron coactivamente la creación de ciertas autoridades con ciertas competencias y jerarquías?

¿Esta construcción histórica de estructuras con instituciones impuestas concluyó con los órdenes autoritarios coloniales y republicanos, o sigue desarrollándose en

⁸ Otras fuentes más recientes en la construcción de redes de cargos, son los funcionarios estatales y de ONGs; es ya común en muchas comunidades indígenas que se incorporen autoridades nuevas a instancias o por influencia de éstas; citemos algunos ejemplos: el Secretario de Medio Ambiente (en comunidades quechuas de Rinconada-norte de Ayopaya), el Secretario de Género (en comunidades indígenas chiquitanas de Lomerío, en el oriente boliviano) o el Secretario de Organización Territorial de Base-OTB (denominativo creado por la Ley de Participación Popular para referirse a todas las organizaciones locales) en sindicatos campesinos quechuas de los valles de Cochabamba.



procesos más complejos de adopción-asimilación, previa negociación, en el nuevo orden político llamado hoy en día democrático?

¿Qué procesos actuales se están gestando en los que las políticas estatales de ordenamiento territorial (creando unidades territoriales administrativas y por tanto autoridades locales con competencias novedosas) están implicando la introducción de cambios en las estructuras y dinámicas organizativas indígenas en el ámbito jurisdiccional?

¿Cómo están respondiendo las organizaciones indígenas y campesinas ante estos procesos de intervención-transformación estatal?

¿Sus proyectos territoriales-étnicos autonómicos están siendo destruidos por estas políticas estatales, o se están generando procesos de asimilación y reinención, similares a los que se han desarrollado a lo largo de la historia indígena desde las reformas toledanas?

Intentaremos responder, modestamente en este corto artículo, algunas de tantas interrogantes que abundan en medio de un proceso tan complejo y rico a la vez, recurriendo a un caso observado en un territorio indígena andino correspondiente al pueblo indígena Raqaypampeño, ubicado en el sur de Cochabamba. Procuraremos retratar un proceso de asimilación de una autoridad nueva (el Subalcalde) introducida a partir de la aplicación del nuevo modelo municipal, vigente en Bolivia desde 1994 con la creación de los Distritos Municipales Indígenas.

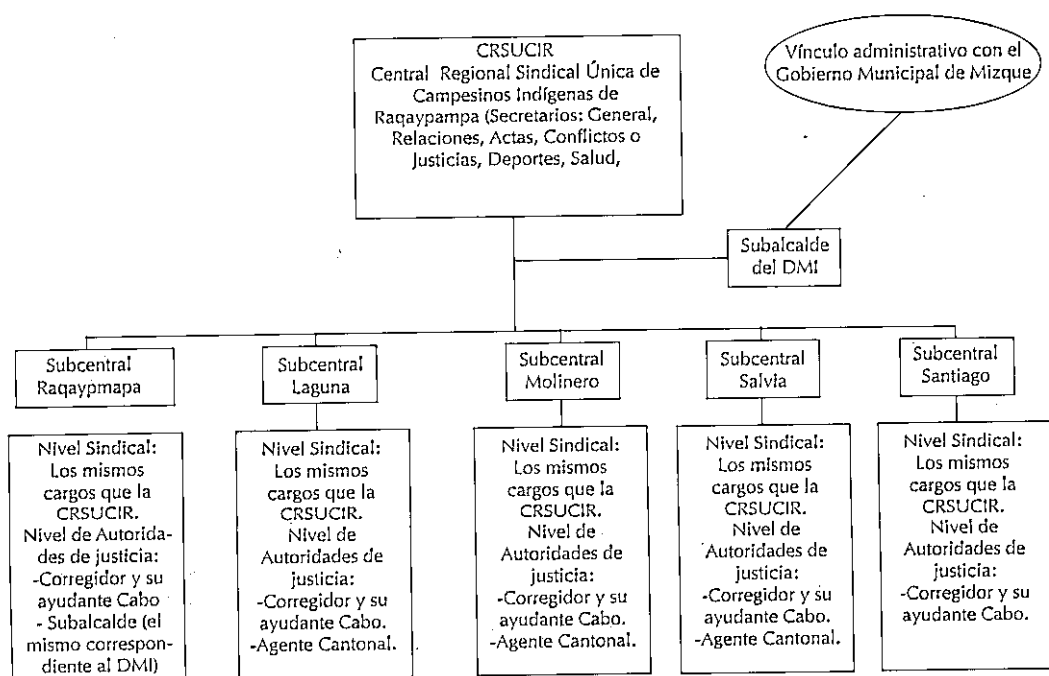
II. MODELO MUNICIPAL Y PUEBLOS INDÍGENAS

El 20 de abril de 1994 se promulgó en Bolivia la Ley 1551, de Participación Popular (LPP). Esta norma introdujo modificaciones sustanciales en el modelo de administración pública, promoviendo la descentralización administrativa del país a través de la figura del municipio urbano-rural. Con el fin de profundizar más aún la descentralización administrativa, la norma mencionada estableció que cada municipio debía subdividirse en distritos municipales, teniendo cada uno como autoridad al Subalcalde. El Subalcalde sería una autoridad administrativa dependiente jerárquicamente del Alcalde Municipal, elegido y designado por éste último⁹.

⁹ El Alcalde (quien antes de ser designado como tal, es un concejal del municipio) es elegido por los concejales municipales, quienes a su vez son elegidos por sufragio directo universal cada cinco años por los votantes del municipio.

Uno de los criterios para la creación de distritos es el de unidad socio-cultural, lo cual implica que los territorios indígenas pueden constituirse en distritos municipales indígenas. Entre las atribuciones del Subalcalde está la de supervisar la infraestructura y el equipamiento desconcentrado del municipio y la prestación de servicios públicos, coordinar, participar y supervisar la ejecución de planes operativos anuales distritales y administrar recursos económicos asignados al distrito, es decir, se trata de funciones básicamente administrativas.

ORGANIGRAMA



Raqaypampa

El territorio indígena raqaypampeño está ubicado en las alturas del municipio de Mizque, el mismo que tiene como sede al pueblo del mismo nombre; pueblo que fue tradicionalmente la sede de grupos de poder articulados a economías feudales en el pasado. Raqaypampa tiene una población aproximada de 12.000 habitantes; las comunidades se organizan en 42 sindicatos indígenas-campesinos¹⁰, los cuales se agrupan territorialmente en 5 subcentrales sindicales (Laguna Grande, Salvia, Molinero, Santiago y Raqaypampa), aglutinadas en la Central Regional Sindical Unica de Campesinos Indígenas de Raqaypampa (CRSUCIR).

Cada sindicato tiene autoridades políticas y también jurisdiccionales; cada subcentral tiene un Corregidor y un Agente Cantonal (autoridad de origen colonial que en el período republicano tuvo funciones de administración municipal; hoy en día, con la nueva legislación, tiene también funciones de apoyo a las acciones y planes municipales). Desde el día en que se introdujo la figura del Subalcalde, la CRSUCIR decidió que éste tendría su sede en una de las subcentrales: Raqaypampa, cuyo pequeño caserío da el nombre precisamente al pueblo indígena. De modo que por decisión unánime, eliminaron a uno de los 5 agentes cantonales y pusieron en su lugar al Subalcalde, aunque éste tiene competencias sobre todo el territorio raqaypampeño (es decir, sobre las 5 subcentrales).

El territorio indígena de Raqaypampa fue declarado Distrito Municipal el 7 de julio de 1997, eligiéndose al primer Subalcalde el año 2000. La elección del subalcalde fue controversial e inédita porque se trataba de la primera autoridad de este tipo en el territorio indígena. La CRSUCIR decidió elegir a esta autoridad a través de un examen de competencia. De modo que los postulantes, indígenas todos, fueron sometidos a un examen; el ganador fue finalmente posesionado por el Alcalde¹¹.

Para sorpresa nuestra, el Subalcalde, que fue legalmente diseñado para ser un brazo administrativo municipal terminó siendo, por decisión social, otro tipo de autoridad, con funciones adicionales asignadas por el colectivo. En una visita realizada a la oficina de esta autoridad en una ocasión, pude observar que esta figura recientemente insertada por el Estado en ese territorio, puso en práctica funciones y competencias que el Estado no le había asignado.

¹⁰ Esta doble identidad fue adoptada formalmente para tramitar el cambio de personalidad jurídica con el fin de acceder a derechos establecidos en la legislación para pueblos indígenas. Los raqaypampeños se denominan indistintamente indígenas o campesinos.

¹¹ Un año después, un ampliado de la CRSUCIR resolvió que el Subalcalde debía ser elegido en el Congreso, en el que participan delegados de sindicatos.

Una visita con sorpresas

El jueves 23 de noviembre de 2000, como todos los días de feria comercial en el pueblo de Raqaypampa, el Subalcalde, después de cobrar sentaje a los comerciantes y tasas de "exportación" de cereales, abrió su oficina para atender conflictos¹².

Su oficina está ubicada a la entrada del pueblo, sobre el camino principal y tiene una placa en la puerta que dice "Honorable Alcaldía Municipal de Mizque. Subalcaldía de Raqaypampa". Dentro la oficina hay una mesa y varias sillas dispuestas frente a ella.

Al medio día se presentaron varias personas para poner en consideración un conflicto que había sido infructuosamente atendido en la Subcentral Laguna, pero al no poder resolverlo, fue derivado al Subalcalde. Los disputantes traían un "Memorandum" manuscrito, el cual decía lo siguiente:

"Laguna Grande, 22 de noviembre de 2000

Informe para Raqaypampa

Señor Subalcalde..., pasaron a arreglar a Raqaypampa porque no se puede resolver en Laguna Grande, primer demandante N.N y su hijo N.N, por favor quisiéramos que soluciones esta problema.

Señor Subalcalde..., tiene que presentar los demandantes para el día jueves a las horas 12:00 en punto del medio día."

(Firman: Agente Cantonal y Dirigente de la Subcentral Laguna. Al centro un sello que dice: Honorable Alcaldía Municipal. Provincia Mizque. Agente Cantonal Laguna Grande.)

Se trataba de una persona que había cometido varios robos de ganado afectando a diferentes personas, entre ellas a su padre. El caso había sido presentado ante el Agente Cantonal de la Subcentral Laguna, autoridad que, según las entrevistas realizadas, tiene competencias para resolver conflictos resultantes de deudas comerciales, problemas de compra-venta, daños causados por ganado en plantaciones y robo de ganado. El Agente Cantonal de Laguna, no pudiendo resolver el

¹² Todos los Agentes Cantonales y el Subalcalde de Raqaypampa cumplen como una de sus funciones principales, la tarea de organizar las ferias comerciales, ordenar los puestos de venta, estableciendo posiciones para los vendedores según el tipo de mercancía, cobrar una suerte de tasa por la instalación de un puesto de venta y una tasa a los intermediarios que se hacen presentes en camiones para comprar cereales y papa, producidos por los indígenas. El Subalcalde cobra una tasa a cada camión, entregando como constancia un talonario, que tiene un ribete con el nombre de Alcaldía Municipal de Mizque.

conflicto, decidió, junto a los dirigentes de la Subcentral Laguna, derivarlo al Subalcalde.

Varias personas entraron en la oficina del Subalcalde junto a los que portaban el Memorando, los cuales presentaron dos casos de robo de ganado cometidos por la misma persona. Por un lado, se presentó el padre (un anciano, visiblemente delicado), el hermano y la hermana de este último, acusando al susodicho de haber robado un toro de su padre.

Por otro lado, se presentó un hombre, que acusaba al abigeatista de haber robado un toro a su suegro. Este hombre había presentado la denuncia ante el Corregidor de la Subcentral Novillero (la cual no pertenece a la CRSUCIR y forma parte de otra estructura socio-territorial indígena) y en la ciudad de Aiquile (capital de la provincia del mismo nombre y colindante con el municipio de Mizque), muy cercana al pueblo de Novillero. El toro había sido encontrado por el hombre en cuestión en Novillero y después de enterarse del nombre del autor, lo había buscado insistentemente. Finalmente, habiéndose enterado que éste se haría presente en la Subalcaldía de Raqaypampa, aprovechó la oportunidad para darle encuentro en ese lugar con la intención de "agarrarlo".

Todas las partes ingresaron en la oficina y se sentaron frente al Subalcalde. Este último se posicionó en su escritorio, con su "ayudante" (el ex-Agente Cantonal de la Subcentral Raqaypampa) al lado. El ayudante tenía el libro de actas abierto y un lapicero en mano.

Atrás habían dos filas de asientos que fueron ocupadas por distintas personas que entraron y salieron después de un corto tiempo. Otras personas se asomaron a la puerta durante la sesión para escuchar y observar el proceso, y después continuaron su camino rumbo a la plaza, donde se había instalado la feria.

El hermano del abigeatista, habiéndose enterado del robo del toro por referencias de su padre, presentó denuncias ante el Corregidor de la Subcentral Novillero, donde hizo decomisar al toro, después que el mismo había sido vendido. Posteriormente, siendo el deseo del padre (víctima del robo), que el caso sea considerado por las autoridades indígenas, lo presentaron ante el Agente Cantonal de la Subcentral Laguna. Allí, no pudo ser resuelto, debido, aparentemente, a la actitud renuente del acusado para asistir a las sesiones y al deseo de las partes afectadas de pasar el caso a una autoridad superior. El hijo manifestó, sin embargo, al padre, su decisión de llevar el caso ante las autoridades policiales de Mizque, ante lo cual, el padre expresó su desacuerdo. De ese modo, el caso fue presentado al Subalcalde.

Con la finalidad de garantizar la presencia del autor del robo en la sesión de tratamiento del caso, el hermano fue a buscarlo personalmente, amenazándolo con traer policías de Mizque si él no se dirigía en su compañía a Raqaypampa.

Todos estos pasos previos, que hacen a la recurrencia a distintos niveles judiciales (primero el Corregidor de Novillero, después el Agente Cantonal de La-

guna), fueron explicados por el hermano del acusado durante la sesión. El hermano habló con dureza sobre la prácticas habituales de robo de ganado del demandado y volvió a manifestar que quería llevar el caso ante las autoridades policiales de Mizque. Luego, el Subalcalde dio la palabra al padre, quien en un estado de profunda tristeza, explicó, interrumpiendo sus palabras con llanto, cómo había sido el robo del toro y la forma irrespetuosa e insultante en que el autor le había tratado cuando él lo había recriminado.

Durante las declaraciones, el acusado se mantuvo en silencio, con la cabeza gacha. No hizo ninguna manifestación verbal, ni intentó dar alguna explicación o al menos disculparse. En algún momento, cuando el padre, sollozando, relató la forma en que el autor del robo le había respondido cuando él le pidió explicaciones, diciéndole que ese toro era su herencia y que él podía hacer lo que quería, el Subalcalde entró en estado de ira, se irguió, miró al demandado y le dijo "¡Al calabozo, carajo!". Éste se levantó obediente, salió de la oficina, detrás del Subalcalde. Este último abrió el candado de la puerta ubicada al lado de la oficina, lo hizo entrar y volvió a asegurar el candado¹³.

Un silencio sucedió a este acto intempestivo. El Subalcalde volvió a entrar en la oficina; nadie se había movido de sus lugares. Dijo que eso no podía ser, que un hijo no podía faltar así el respeto a su padre y volvió a dar la palabra al padre, quien continuó una serie de relatos sobre el comportamiento del acusado.

El otro hijo de la víctima del robo, hermano del abigeatista, manifestó, por su parte, que prefería que el caso pase a la policía de Mizque. El Subalcalde, también planteó que debido a que el acusado era un ladrón reincidente y con varias acusaciones en la región, quizás era mejor tratarlo en Mizque o en Aiquile, con la policía. Después de un debate que se extendió casi hasta las 14:00, el Subalcalde decidió castigar al demandado con 24 horas de calabozo.

Se elaboró un acta en la cual se establecía la sanción de 24 horas de encierro y el pago de 250 Bs. al hermano, como una forma de reposición de los gastos efectuados por éste durante sus investigaciones y viajes a Novillero.

Subalcalde: ¿Autoridad Jurisdiccional?

La figura del Subalcalde es muy nueva en la estructura de autoridades de la CRSUCIR. Es más, aún no están claras sus funciones y al momento de realizar la investigación, el debate sobre la asimilación de esta nueva autoridad en el esquema organizativo sindical, político y jurisdiccional, estaba en estado candente. Uno

¹³ La sede del Subalcalde, así como la de todos los sindicatos, de las subcentrales y de la central, tiene un cuarto oscuro sin ventanas, diseñado y construido premeditadamente como calabozo.



de los temas más espinosos de este debate era cómo definir o trazar las fronteras decisionales entre la autoridad pública llamada Alcalde y su "subalterno", el Subalcalde¹⁴. Es decir, cómo supeditar política y sindicalmente al Subalcalde a las decisiones y autoridades de la Central Sindical Única de Campesinos Indígenas de Raqaypampa (CRSUCIR), arrancándolo de una situación de sumisión respecto del Alcalde Municipal.

Parte de este difícil e inconcluso proceso de asimilación de esta nueva autoridad, fue la decisión de sustituir al Agente Cantonal de la Subcentral Raqaypampa con el Subalcalde.

El Agente Municipal Cantonal, o simplemente Agente Cantonal, es una autoridad establecida en la Constitución Política del Estado. Se trata de un cargo electo, es decir, elegido en las elecciones municipales en las listas plurinominales de los partidos políticos. Según la Constitución, debe existir un Agente por cada Cantón. La CRSUCIR tiene un territorio que corresponde a un sólo cantón, por tanto, en teoría (según la Constitución), debería tener un sólo Agente; sin embargo, existen 4, y antes de la creación del Subalcalde, existían 5, es decir, uno por cada Subcentral Sindical Indígena-Campesina. Aquí tenemos ya una evidencia de la forma en que esta figura fue internalizada en el orden indígena, apropiada y transformada.

Como parte de esta apropiación y transformación, que tiene connotaciones racionales -en la medida en que es decidida en eventos sindicales en los que se propone, discute y aprueban los niveles, autoridades y competencias de lo que denominan "conducto regular"¹⁵-, las comunidades decidieron que el Agente Cantonal se constituya en una autoridad jurisdiccional, con competencias territo-

¹⁴ Esta figura de supeditación administrativa y laboral del Subalcalde está establecida en la Ley 2.028 de Municipalidades.

¹⁵ Los raqaypampeños denominan "conducto regular" al procedimiento de tránsito de casos de conflicto desde niveles inferiores hasta los superiores, según las competencias materiales de las autoridades componentes de la estructura interna. Cuando se trata de un conflicto de tierras, el conducto regular es el siguiente: primero es atendido por el dirigente (los dirigentes de todos los niveles se denominan también Secretario General) del sindicato correspondiente a la comunidad, si no es resuelto ahí o los disputantes deciden "pasar" a otro nivel, el caso es tratado por el dirigente de la Subcentral y finalmente por el dirigente de la Central Regional. Cuando se trata de abigeatos, deudas, conflictos menores, primero se trata con el Secretario de Justicia del sindicato, luego se "pasa" al Agente Cantonal de la Subcentral a la que está afiliado el Sindicato y finalmente al Subalcalde. Cuando se trata de agresiones físicas, divorcios, robos, insultos, entre otros, primero se recurre al Secretario de Justicia del sindicato, luego al Corregidor de la Subcentral correspondiente. Según el orden concebido por los dirigentes, en los últimos casos, si las autoridades mencionadas no pueden resolver un conflicto, deben pasarlo a la Central Regional.

riales (cada uno en el territorio de su Subcentral) y materiales (comercio, daños a plantaciones producidos por ganado, robos de ganado, entre otros).

Este proceso de adquisición transformada del Agente Cantonal, ha terminado por darle a esta autoridad dos facetas: i) extensión del brazo administrativo municipal con funciones regulatorias (controlando los mercados, cobrando tasas, etc.) muy útiles y necesarias en las dinámicas intercomunales; y ii) autoridad jurisdiccional indígena.

Si bien, según establece la Constitución, los Agentes Cantonales se eligen en listas electorales presentadas por los partidos, en los hechos no se sabe, es decir, los propios comunarios no saben quién es el Agente Cantonal oficialmente elegido por los procedimientos legales; porque, además, dichos procedimientos no son reconocidos como prácticas legítimas de elección de autoridad. Cada Subcentral elige a los Agentes de listas de dos personas (llamadas por ellos "ternas") presentadas por cada comunidad o sindicato afiliado a la respectiva Subcentral. La elección se realiza en un ampliado de cada Subcentral, por votación, levantando la mano. Exactamente el mismo procedimiento se sigue con los Corregidores¹⁶.

Antes de la creación de la figura del Subalcalde, todos los Agentes Cantonales tenían la misma jerarquía para tomar decisiones. Sustentamos esta conclusión no sólo en testimonios de entrevistas, sino en el hecho que en la revisión de las actas no encontramos antecedentes de pase de casos a los ex-Agentes Cantonales de Raqaypampa por parte de otros Agentes de otras Subcentrales.

Esta figura ha cambiado al aparecer el Subalcalde, porque se lo asume no sólo como la autoridad administrativa del Distrito, sino también como una extensión del Municipio, y eso le da un carácter muy parecido al del Corregidor (personaje que formalmente es una extensión de la prefectura departamental), quien es definido por los dirigentes como "autoridad política", diferente de las "autoridades orgánicas" (los dirigentes sindicales).

En el caso que hemos visto, la situación jerárquica del Subalcalde en la resolución de conflictos en el ámbito de las competencias de los Agentes Cantonales, parece estar promoviendo una nueva conducta de resolución, por tanto, un patrón de delegación de casos que antes no existía, hacia un nivel superior que está sobre las Subcentrales. Situación que no acontece con el Corregidor, puesto que no exis-

¹⁶ En una entrevista, el Subalcalde nos decía lo siguiente: "Antes se elegía al Agente Cantonal mediante la terna, traíanlos de los sindicatos para elegir; ahora en este año, porque la Ley dice, tiene que ser escritos en las cortes departamentales, para que sean Agentes Cantonales, de los cantones; pero aquí dicen: no, no. Sigue están eligiendo las bases, traen las ternas de cada sindicato a uno y de ahí quien sale con más voto... Pero Subcalde también, no estamos escritos ni en Corte ni ninguna parte porque de cada Subcentral nos hemos venido a un examen de competencia para que quién lo tiene más puntaje."



te un sólo Corregidor sobre los otros Corregidores de Subcentral, y, por tanto, no existe una delegación del Corregidor de una Subcentral al de otra¹⁷.

En el proceso que hemos relatado, podemos evidenciar esta percepción de jerarquía a través del "memorandum" de pase. Aquí tenemos, por tanto, el primer impacto de un proceso de apropiación transformada de una figura estatal creada por la Ley de Participación Popular (LPP): la creación de un nivel judicial superior, en el que se tratan casos no resueltos en el nivel inferior. Ciertamente la LPP no se había propuesto realizar esta transformación, pero la dinámica social se ha encargado de ello, como ha sucedido y sucede en muchos procesos de implementación de normas estatales.

En síntesis, lo que se inaugura con este proceso es: i) la creación de un nivel judicial; ii) la creación de una práctica jurídica procedimental en proceso de patronización; iii) la recomposición de la estructura jerárquica de autoridades jurisdiccionales; y iv) la creación de nuevos términos de relacionamiento de esta red jurisdiccional (pero también administrativa-municipal) con la estructura política-sindical y las autoridades oficiales estatales, entre ellas, el gobierno municipal.

Este proceso, rico en su complejidad, implica una producción jurídica no-estatal, pero con el Estado; es decir, la creación de un nivel judicial -con sus prácticas y procedimientos jurisdiccionales, por tanto, con su discurso jurídico- que no es estatal, en la medida en que la LPP no creó a los Subalcaldes como autoridades jurisdiccionales, pero que se realiza aceptando, o usando de manera transformada, la nueva institucionalidad estatal creada para la figura de los Distritos Municipales Indígenas.

Patrones procedimentales y socialización del "conducto regular"

Los procesos de patronización para la delimitación de competencias y procedimientos son aparentemente largos, porque no sólo hacen a las prácticas de resolución desarrolladas por los oficiales, es decir, por las autoridades indígenas oficializadas, sino también a las prácticas sociales de recurrencia a uno u otro nivel según ciertos patrones convenidos y a la definición de estrategias para tratar y resolver los problemas y conflictos, teniendo en mente una imagen del tablero: quiénes resuelven qué, cómo se acude a ellos, qué pasos se deben seguir, por

¹⁷ Otro aspecto llamativo se observa en el memorandum de pase, el cual nos revela que, en casos graves, pueden reunirse para tomar una decisión, las tres autoridades de una jurisdicción, independientemente de sus competencias: el Agente Cantonal, el Corregidor y el Dirigente de una Subcentral. Esta innovación -vamos a llamarla así- está motivada por la gravedad de los casos y la imposibilidad de una sola autoridad para controlarlos.

dónde hay que comenzar, si la gravedad del caso amerita resolverlo en un nivel o en otro, cuáles son las ventajas (para el demandante y el demandado) de acudir a una autoridad o a otra en términos de costos de multas o dureza de sanciones, etc. O para decirlo más claramente: qué competencias tiene el Subcalde, el Corregidor, el Agente Cantonal, los Secretarios de Justicia, los Dirigentes Sindicales; a quién se acude primero, cuáles son las ventajas de resolverlo con uno o con otro. En fin, todas las preguntas que se debe hacer un disputante al momento de trazar su estrategia de resolución.

Las estrategias de resolución y la recurrencia a niveles judiciales, implican que los disputantes tengan más o menos claras (en la mente) las reglas de juego, lo cual implica también, que dichas reglas hayan sido socializadas. La socialización de éstas supone un largo proceso en términos de tiempo, pues, aunque sean racionalmente convenidas en reuniones sindicales y aprobadas como resoluciones de ampliados o congresos, no significa que los casi doce mil indígenas que ocupan el territorio de la CRSUCIR, sepan al día siguiente los pasos que deben seguir para resolver un conflicto. Aquí es cuando las autoridades entran en juego, explicando el "conducto regular", socializándolo. Pero muchas veces ni siquiera ellas tienen claras las reglas, porque estamos hablando de alrededor de 42 Secretarios de Justicia (uno por cada comunidad afiliada a la CRSUCIR), 42 dirigentes (sin contar al resto de su "mesa directiva") con funciones de atender conflictos de tierras, 4 Agentes Cantonales (que se renuevan con cierta periodicidad), 1 Subcalde, 5 Corregidores, 5 Secretarios Generales (uno de cada Subcentral) y 5 Secretarios de Conflictos de Subcentrales (sin contar al resto de su mesa directiva), un Secretario General y su Secretario de Conflictos de la CRSUCIR.

Por tanto, el proceso de creación de hábitos o patronización de prácticas y procedimientos de resolución de conflictos no parece ser tan inmediato, y debe tener, seguramente, un plazo considerablemente largo.

La incorporación del Subcalde está siendo cuidadosamente diseñada en los eventos orgánicos en los que se delibera sobre problemas existentes y se establece la asignación de la resolución de los mismos a las funciones de éste. La estructura orgánica, a través de ampliados y congresos, va prescribiendo el rol que jugará esta nueva autoridad; y ésta, presente en los eventos, toma nota minuciosamente de sus funciones y procura convertirlas en orden vivido. Otorgándole nuevas funciones, la estructura étnica funcionaliza a esta autoridad a los fines comunales, aunque en permanente tensión con las autoridades municipales. El Subcalde es pues, todavía, una figura institucional cuya conquista implica duras negociaciones con las autoridades del gobierno municipal de Mizque, tensos pugilatos en los que la autoridad elegida debe hacer sentir a los últimos que no es su empleado y que tiene mandatos concretos prescritos por las comunidades. Veamos algunos de ellos escritos en resoluciones de congresos:



"El mejoramiento de la vida en los pueblitos, los embanderamientos generales está en manos del Subalcalde..."

"...Las chicherías pueden ser controladas a través del Sub-alcalde según las normas que van a trazar en la Sub-alcaldía."

"...las demandas leves se tiene que atender en sus sindicatos, en su peor caso se puede pasar a la Sub-alcaldía bajo un informe de sus autoridades sindicales." (Octavo Congreso, Subcentral Raqaypampa, 17,18-6-01, pág. 23).

A la autoridad se le asigna, en consecuencia, un rol jurisdiccional, se la incorpora en el cuerpo de "autoridades judiciales" con las competencias que ya tienen los agentes cantonales pero dándole cierta jerarquía sobre ellos e incrementando una cuota de poder en la resolución de conflictos; a saber, el Subalcalde, con la última resolución citada, se posiciona en un nivel privilegiado en la escala del conducto regular. A diferencia de los Corregidores -quienes sólo pueden atender casos ocurridos en la jurisdicción territorial de su Subcentral-, el Subalcalde puede recibir casos no resueltos por los sindicatos y por los agentes cantonales correspondientes a diferentes Subcentrales, por lo que se coloca en un nivel, digamos, de apelación, al que pueden recurrir los disputantes de todas las Subcentrales. Cuando hablamos de casos de conflicto nos estamos refiriendo a los siguientes: abigeatos, conflictos comerciales, deudas, daños a plantaciones por invasión de ganado y otros de carácter administrativo comercial. Es perceptible, sin embargo, el hecho que estas competencias han sido recientemente asignadas y su patronización dependerá del proceso de socialización que desarrollará el propio Subalcalde, los Agentes Cantonales y las autoridades sindicales, quienes además de informar a los afiliados las recientes resoluciones adoptadas por los congresos, promoverán la internalización del esquema de autoridades en la conciencia de las personas, coaccionándolas en algunos casos, al no recibir un conflicto en particular porque no cuenta con el respectivo "memorandum de pase," o porque no ha transitado previamente por el conducto regular.

Dado que el comercio es una de las actividades que genera conflictos de pequeña escala, el Congreso prescribe nuevas obligaciones para el Subalcalde.

"El Sub-alcalde tiene que controlar las balanzas de los comerciantes, también las romanas. Los falsos instrumentos del peso se debe decomisar." "...las vendedoras de frutas tienen que ser controladas porque están vendiendo frutas podridas, en primer lugar notificadas, en segundo lugar decomisadas." (Octavo Congreso, Subcentral Raqaypampa, 17,18-6-01, pág. 23)

Lo interesante de estas resoluciones es que no sólo prescriben competencias, sino, incluso, el procedimiento a seguir cuando los vendedores engañan a las

personas. Para estas situaciones se establece inicialmente una notificación y después el decomiso de la mercancía. El patrón procedimental de control y regulación prescrito es ciertamente coactivo. Se ha desarrollado al respecto una notable formalidad en la ejecución de estas funciones administrativas en los días de feria comercial; y fueron los Agentes Cantonales quienes construyeron los detalles procedimentales e introdujeron las prácticas escritas en estos actos regulatorios. El cobro a los comerciantes por usar un espacio del lugar previsto para la feria, el cobro de una suerte de impuesto, denominado exportación, a los intermediarios mayoristas que vienen desde las capitales de provincia (Aiquile y Mizque) o de la ciudad de Cochabamba a comprar productos a los Raqaypampeños, con gran formalidad.

Estos hábitos de regulación desarrollados por los agentes cantonales, y ahora por el Subalcalde, son discursivamente respaldados, según referencia del propio Subalcalde, por una disposición legal que, hasta donde sabemos, no existe. Pero toda esta práctica está mediatizada además por la documentación escrita. Cada cobro se respalda con una "papeleta". Originalmente, las papeletas eran selladas por la Alcaldía de Mizque; el sello y el membrete impreso en la misma, le daba a la alcaldía -en la percepción simbólica raqaypampeña- el derecho de quedarse con una parte de los cobros. La CRSUCIR determinó que estas formalidades impresas serían llenadas con simbologías propias y a costo de la autoridad competente en la estructura prescrita, con lo cual se asume que el monto se queda en la jurisdicción indígena. Las fronteras se van cerrando con estas decisiones y procedimientos, y la autonomía se maximiza. Esta práctica regulatoria con el cobro de ciertas tasas o impuestos señalan el grado de apropiación que ha desarrollado la estructura indígena de lo ajeno.

Codificando prácticas para delimitar fronteras

Poco después de posesionado el Subalcalde, a finales del año 2000, la CRSUCIR promovió la elaboración de un Reglamento del Distrito Municipal Indígena, a ser aprobado por el Concejo Municipal de Mizque; en este Reglamento, el procedimiento de elección del Agente Cantonal y del Subalcalde fue precisamente uno de los elementos de confrontación que provocó desentendidos. El Reglamento fue un instrumento que la CRSUCIR vio importante para garantizar legalmente el respeto de ciertas fronteras y la no funcionalización del Subalcalde en calidad de empleado del Alcalde, respetando más bien la sujeción del primero a la estructura indígena raqaypampeña.

La aprobación de este Reglamento, que tomó casi un año desde la primera propuesta presentada por la CRSUCIR -elaborada en base a una serie de eventos comunales realizados durante varios meses en la región-, tuvo varios contratiem-



pos e implicó finalmente un proceso de negociación de cada uno de los artículos. En una sesión pública del Concejo Municipal de Mizque realizada el 20 de diciembre de 2001 en la Subcentral Santiago (perteneciente a la CRSUCIR), los Concejales manifestaron su desacuerdo con el hecho que el Agente Cantonal sea elegido por las comunidades. Obviamente, en su orden concebido, inspirado por la LPP, la Ley 2028 de Municipalidades y el Régimen Municipal de la Constitución Política del Estado, no podían entender que el Agente Cantonal había sido funcionalizado e integrado a la estructura de autoridades¹⁸. A pesar de insistentes objeciones planteadas por los Concejales (la mayor parte de ellos habitantes del pueblo, de origen criollo y no indígena), se introdujo la figura del Agente Cantonal en el Reglamento como integrante del cuerpo de autoridades indígenas, añadiéndose, sin embargo, la del Agente Municipal Cantonal, aunque en los hechos no existe en Raqaypampa¹⁹. Los dirigentes raqaypampeños cedieron en este aspecto porque, a pesar de haberse identificado dos figuras (una estatal y otra comunal) con similar denominativo, en el orden vivido sólo existe la figura comunal, la otra quedó como una imagen virtual para satisfacer la obsesión legalista de los concejales.

"ARTÍCULO QUINTO.-(...) La Subalcaldía es una entidad pública compuesta por el Subalcalde y personal administrativo y técnico dependiente de la misma, debiendo a ese efecto coordinar sus labores con los Agentes Municipales legalmente constituidos en procesos eleccionarios en el Distrito Municipal Indígena para el componente de los objetivos de este ente de carácter edilicio. Dichas actividades no son excluyentes de la participación de los AGENTES CANTONALES, autoridades originarias éstas que en aplicación del derecho consuetudinario son elegidas según usos y costumbres de Raqaypampa."

ARTÍCULO OCTAVO.- Son atribuciones del Subalcalde del Distrito Municipal Indígena de Raqaypampa, las siguientes: (...)

¹⁸ Esta misma percepción y preocupación se ha expresado en algunos diagnósticos de aplicación de la LPP realizados con enfoques metodológicos contruidos desde el modelo municipal. En un estudio de comunidades aymaras hecho en el altiplano del departamento de La Paz, por ejemplo, los analistas se intrigarón porque los agentes cantonales de Achacachi y Huarina, así como el Subalcalde de esta última localidad, no se sentían parte del órgano municipal sino, más bien, de las comunidades, confrontándose abiertamente con el primero (BLANES, José, *Mallkus y alcaldes. La Ley de Participación Popular en comunidades rurales del altiplano paceño*, Ed. PIEB-CEBEM, La Paz, Bolivia, 2000: 51).

¹⁹ El Reglamento fue finalmente aprobado, con 28 artículos, por Resolución de Concejo Municipal N° 029/2001. Hasta finales de 2002, este distrito indígena era el único de todo el país que contaba con una norma reglamentaria.

2.- Ejecutar coordinadamente con los Agentes Municipales, Agentes Cantonales Originarios, organizaciones, comunidades y otras formas asociativas los proyectos, programas....

9.- Apoyar y facilitar el ejercicio de las facultades de resolución de conflictos por parte de Agentes Municipales, Cantonales, Corregidores, Dirigentes de Sindicatos, Secretarios de Justicia y otros establecidos según usos y costumbres."

"ARTÍCULO DÉCIMO.- (...) II. El Agente Cantonal como autoridad originaria será elegida según los usos y costumbres de Raqaypampa, sus competencias específicas están determinadas por el Derecho Consuetudinario del Distrito Municipal Indígena."

Con respecto al Subalcalde, se estableció en el Reglamento su sujeción social al Congreso de la CRSUCIR (aunque legalmente está vinculado al Alcalde de Mizque).

Conquista de espacios estatales y refuerzo de la identidad

Los espacios estatales, digamos más bien autoridades o instituciones del aparato público, tienen una enorme cuota de poder reconocida por las comunidades indígenas. El sólo hecho de ser reconocidas por el Estado les asigna un status con una fuerte tendencia a sobreponerse al status de otras autoridades, y, por tanto, a las instituciones de la estructura integradora indígena o étnica²⁰. La presencia de una autoridad pública nueva o antigua, pero con vínculos cada vez más rígidos con la estructura estatal, pone en riesgo la estabilidad de la estructura institucional étnica, por ello hay que someterla, y esto no pasa solamente por la subordinación subjetiva de la persona en ejercicio de la investidura en cuestión, sino por la inclusión transformada de la figura estatal en una estructura independiente con una autonomía concebida. Ese proceso vivieron los Agentes Cantonales y los Corregidores, aunque el conflicto de poderes persiste por el carácter estatal de las figuras institucionales y por los permanentes vínculos que los órganos estatales (por ejemplo, la Prefectura o el Gobierno Municipal) van tejiendo con cierto vigor.

La subsunción de estas autoridades o terminales estatales pasa, por tanto, por la conquista política de ellas, integrándolas en su orden jerárquico y prescribiéndoles misiones y roles, además de someterlas (o intentar hacerlo, como orden concebido) a procesos de control de coherencia.

Por otro lado, conquistar estos espacios político institucionales estatales, tiene la ventaja, en la percepción política de los dirigentes, de sumar cuotas de

²⁰ BARTH, Frederik, *Introducción a Los grupos étnicos y sus fronteras. Organización social de las diferencias culturales*, Barth (comp.), Fondo de Cultura Económica, México, 1976: 20.



poder, de cerrar un poco más las fronteras, de disminuir la porosidad de su orden jurídico y político, de maximizar gradualmente la autonomía con materiales simbólicos e institucionales del Estado, es decir, construir autonomía, estructurando su ego étnico con materiales del propio Estado. Estos elementos refuerzan el status de la identidad y son escudos discursivos con los que los comunarios se oponen a la presencia de externos.

La conquista de espacios y reconocimiento legales tiene efectos simbólicos de gran resonancia en la construcción de la personalidad colectiva. El uso de personalidades jurídicas permite además la autoreferenciación, usando referentes externos en el relacionamiento con una diversidad de entidades foráneas, entre ellas el Estado y sus órganos locales. Por otra parte, permite independizar la identidad local (los raqaypampeños y su propia Central Regional) de otras identidades genéricas de agregación de egos locales débiles o difusos. Las personalidades jurídicas dan instrumentos simbólicos a la estructura, para que sus autoridades se relacionen con externos con cierto resaltamiento del ego colectivo.

La preocupación que se despertó en las autoridades sobre la figura del Subalcalde, se debe a que éste es un punto de contacto entre dos redes institucionales (la estatal y la indígena). Su accionar puede abrir vasos comunicantes o cerrar fronteras, es decir, funcionalizar un elemento considerado importante en la estructura de poder del gobierno municipal, lo que equivale a desestabilizar la estructura y someter nuevamente a Raqaypampa al poder de las autoridades de la tradicional sede de los grupos feudales: el pueblo de Mizque; o, por el contrario, puede demarcar fronteras, permitiendo integrar esta figura estatal como una conquista simbólica, usada luego como instrumento para maximizar la autonomía.

El Subalcalde es un nudo en la red de contactos, al que se le ha prescrito resistir la asimilación o subsunción funcional y demarcar la autonomía. Para que la prescripción (orden concebido) sea realidad (orden vivido), el Subalcalde tiene que gestionar hábilmente los vínculos de articulación con la absorbente institucionalidad municipal, sin dejar de tener clara su posición jerárquica inferior sujeta a la CRSUCIR y el directorio de ésta. El Subalcalde, más que el Corregidor o el Agente Cantonal, desarrolla intensos actos de vinculación con el Estado; para no permitir que acabe como una terminal de éste, la estructura orgánica prescribe su perfil y decide construir un campo normativo común, una suerte de tratado de respeto mutuo entre el gobierno municipal y la CRSUCIR, a saber: el Reglamento del Distrito Municipal. Éste se constituye en un área de vínculos legales, para regular el contacto entre una estructura étnica que procura maximizar la autonomía y una estructura estatal que la interviene. Aquí, en la reglamentación-codificación, preñada de una tecnología lingüística positivista, la estructura étnica no se deprecia, procura convertir y funcionalizar ese campo interlegal en una fuente de materiales normativos para su proceso de etnogénesis, ya maduro, pero siempre en desarro-

llo; alimentándose de este campo²¹; sin dejar de vigilarlo. La reglamentación es un discurso que -como construcción cultural deliberada-, al circular, construye instituciones y acciones sociales. La codificación delimita el campo de tensiones y las reglas de juego en su interior.

Lo que ha sucedido aquí es la conquista jurídica de un espacio estatal. En un tire y afloje, han ganado más los indígenas porque el diseño legal del Subalcalde ha sido distorsionado respecto de las prescripciones establecidas en la Constitución, la LPP y la Ley de Municipalidades.

III. CONCLUSIONES

Retomando las interrogantes sugeridas en la introducción del presente artículo, intentaré formular algunas posibles respuestas a la luz del estudio de caso desarrollado en páginas anteriores.

Lo que llamamos órdenes jurídicos indígenas, sistemas comunales de administración de justicia o derecho consuetudinario, en fin, es, como ya lo han dicho muchísimos autores, el resultado histórico de múltiples mutaciones, una agregación de cambios resultantes de la interacción entre los órdenes jurídicos comunales y de éstos con el Estado. Las comunidades indígenas no parecen haber sido simples receptoras pasivas de la influencia estatal y sus modelos de estatización de espacio y sociedad, tampoco parecen haber sido mundos cerrados, que a la manera de totalidades autosuficientes construyeron muros externos para autogenerarse, resistiendo obsesivamente al Estado.

Allí donde las comunidades no pudieron tender puentes de concertación y negociar su autonomía -viéndose más o menos obligadas a internalizar redes institucionales de control con enorme poder de vinculación sumisa de los dispositivos locales a los centros de poder político, como en el caso de las reformas toledanas²² y del orden administrativo y judicial creado por la República²³-, las nuevas estructuras de cargos fueron lenta y dificultosamente funcionalizadas a proyectos de vocación autonómica.

²¹REGALSKY, Pablo, *Etnicidad y clase: El Estado boliviano y las estrategias andinas de manejo de su espacio*, Tesis presentada a la Universidad de Newcastle Upon Tyne para obtener el grado de MPhil, 2000: 14.

²² Las ordenanzas de Toledo instruyeron que en cada pueblo, reducción o "común", debían existir 2 alcaldes, 4 regidores, 1 alguacil, 1 corregidor, 1 escribano, 1 procurador de cabildo, entre otros (FERNÁNDEZ, Marcelo, op. cit.: p. 17).

²³ Sobre este tema son notables las investigaciones de CHENAUT, Victoria, "Orden jurídico y comunidad indígena en el porfiriato", en *Pueblos indígenas ante el Derecho*, Ed. CIESAS-CEMCA, México, 1995 y SIERRA, Teresa, "Articulaciones entre Ley y Costumbre: Estrategias



A la sombra del poder coactivo de un estado colonial y republicano inventor, algunos pueblos se reconfiguraron, construyendo sus estructuras de autoridades y sus identidades colectivas, reforzadas por redes orgánicas de acción social, usando los materiales valóricos, procedimentales e institucionales del propio Estado. Es decir, fueron construyendo cuerpos jurisdiccionales y políticos fuera del Estado, con elementos del Estado, para luego oponerse y resistir al Estado (en ámbitos relacionados, por ejemplo, con el control de recursos naturales, espacio y territorio). Un proceso semejante sólo puede ser el resultado de una hábil gestión social de la interacción.

En el período actual, llamado democrático, el Estado es mucho más creativo, innovador y ambicioso en su intención de ampliar la cobertura institucional de control de espacio, recursos y sociedad, a través de ingeniosos modelos de descentralización, que aunque interesantes y bien intencionados (en el marco de sus principios), tienen en algunos casos, efectos de depreciación de los espacios autonómicos indígenas y campesinos. En un escenario semejante, muchos pueblos indígenas parecen poner en práctica su astucia y capacidad política para procesar la intervención estatal, presionando y conflictuando a veces, negociando otras, y mutando siempre los modelos estatales en el ámbito local, en silencio, bajo la mirada distraída de un Estado que, por ejemplo en Bolivia, celebra con algarabía la eficacia de su proyecto, al ver Subalcaldes, corregidores y agentes cantonales por aquí y por allá, haciendo, aparentemente, lo que les ha dicho que hagan.

El caso de Raqaypampa, sobre el que hemos reflexionado rápidamente, nos da muestras de la enorme capacidad que tienen algunos pueblos indígenas para reinventarse usando al otro, interactuando con el otro, negociando y administrando la cerrazón, flexibilidad y porosidad de sus fronteras, según las circunstancias, pero con un orden concebido en la cabeza, que busca independizar ciertos campos decisionales, como el de la administración de justicia y la resolución de conflictos.

jurídicas de los Nahuas", en *Pueblos indígenas ante el Derecho*, Ed. CIESAS-CEMCA, México, 1995. La primera, pone en evidencia las nuevas autoridades y funciones en la administración de justicia de comunidades indígenas Totonacas en Papantla (México) creadas en el Profiriatto por la Ley Orgánica de Tribunales del Estado de Veracruz, articulando autoridades [que luego fueron comunales] como el Teniente de Justicia (herencia también de los cuerpos de cargos indios creados en la colonia junto a Alguaciles y Alcaldes), con el Estado. La segunda, en un estudio sobre estrategias jurídicas de los Nahuas, en el norte de Puebla (México), señala que la interacción con el Estado, introdujo en el ámbito comunal autoridades vinculadas a la estructura judicial del municipio y del ministerio público.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTH, Frederik, *Introducción a Los grupos étnicos y sus fronteras. Organización social de las diferencias culturales*, Barth (comp.), Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- BLANES, José, *Mailkus y alcaldes. La Ley de Participación Popular en comunidades rurales del altiplano paceño*, Ed. PIEB-CEBEM, La Paz, Bolivia, 2000.
- CHENAUT, Victoria, "Orden jurídico y comunidad indígena en el porfiriato", en *Pueblos indígenas ante el Derecho*, Ed. CIESAS-CEMCA, México, 1995.
- FERNÁNDEZ, Marcelo, *La Ley del Ayllu. Práctica de Jacha Justicia y Jisk'a Justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras*, Ed. PIEB, La Paz, Bolivia, 2000.
- LEON, Rosario, *Justicia Comunitaria. Los quechuas de Tapacaré*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Banco Mundial, 1997, La Paz, Bolivia.
- ORELLANA H., René, *Combinaciones y mixturas. Discurso jurídico e interlegalidad en la justicia indígena. Casos Raqaypampa y Rinconada*. Tesis para optar al grado de Ph.d. en Antropología Jurídica, Universidad de Ámsterdam, borrador enero 2003.
- ORELLANA H., René, "Escenarios Locales de Resolución de conflictos: Derecho consuetudinario y recursos naturales", en *América Indígena*, Volumen LVIII, Nros. 1-2, Ene.-Jun. 1998, México.
- ORELLANA H., René "Repensando proposiciones y conceptos sobre el derecho consuetudinario", en *Artículo Primero* N° 7, Santa Cruz, Bolivia, 1999, Ed. CEJIS.
- REGALSKY, Pablo, *Etnicidad y clase: El Estado boliviano y las estrategias andinas de manejo de su espacio*, Tesis presentada a la Universidad de Newcastle Upon Tyne para obtener el grado de MPhil, 2000.
- SIERRA, Teresa, "Articulaciones entre Ley y Costumbre: Estrategias jurídicas de los Nahuas", en *Pueblos indígenas ante el Derecho*, Ed. CIESAS-CEMCA, México, 1995.





Mediacion Familiar y Escolar

Trinidad Bernal
Marinés Suarez
Carmen Romero



MEDIACIÓN EN RUPTURA DE PAREJA

Dr^a Trinidad Bernal Samper

Directora del Centro de Resolución de Conflictos Apside,
del Programa de Mediación y del Anuario de
Psicología Jurídica del Cop de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

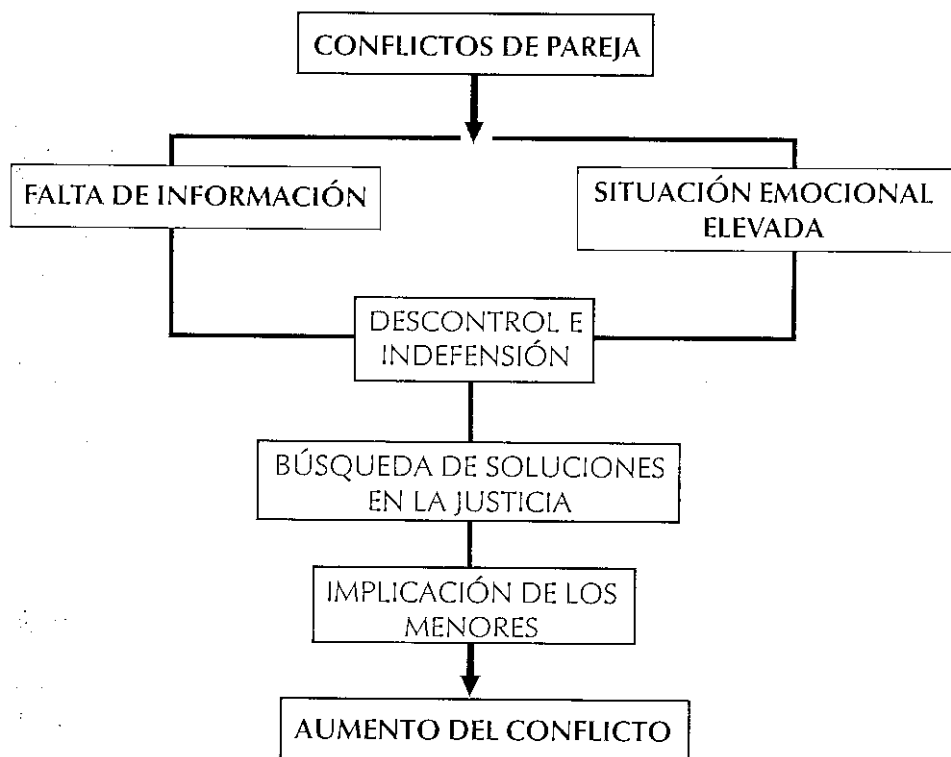
La mediación existe porque existe el conflicto. El conflicto es una realidad de la vida humana. Ha existido y existirá siempre. Allí donde estén dos o más personas en interacción pueden producirse discrepancias que dan lugar al conflicto, generando tensiones y enfrentamientos que aumentan en función de la duración del mismo, destruyendo o deteriorando las relaciones y provocando luchas interminables. Los datos de la vida real y la investigación psicológica indican que nos sentimos más felices cuando no estamos en conflicto, cuando estamos de acuerdo con los que nos rodean. ¿Por qué entramos en el conflicto?. El problema está en que hemos aprendido a dicotomizar las cosas, y eso indica que si la interpretación del otro es correcta la mía no lo es, y difícilmente pensamos que ambos podemos tener algo de razón. La diferente forma de entender un mismo acontecimiento y la no aceptación de las diferencias de opinión muestran una interpretación exclusiva de la realidad, donde se considera al otro equivocado, por lo que se justifica la defensa de la propia postura.

El conflicto de pareja, como todo tipo de conflicto, presenta un coste emocional que se intensifica en función de la duración del mismo. La expresión de este conflicto adquiere distintas manifestaciones que se relacionan con el tipo de problemas y el estilo de interacción. Cuando las parejas rompen su relación dicen sentirse confusas y con dificultad para controlar la situación conflictiva en la que se encuentran¹. La confusión se acrecienta, no sólo por las opciones encontradas de separarse o no hacerlo, sino también por la falta de información respecto a los pasos a realizar para comenzar a resolver el problema. La falta de información y el alto nivel emocional de la pareja ante la ruptura inducen a que ésta pida ayuda a la justicia, con la esperanza de que resolverá sus problemas con equidad, viéndose



involucrada en un sistema combativo que no resuelve sus problemas, sino que los incrementa al trasladar el conflicto personal al campo legal, implicando a los menores en el conflicto. (Figura I)

Figura I



¹BERNAL, Trinidad, "Pautas contextuales en la expresión emocional en la pareja", en *Revista de Psicología General y Aplicada*, 6, Madrid, 1986, pp. 1215-1228.

II. LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA

La mediación es una técnica pacífica de resolver conflictos donde el protagonismo lo tienen las partes, cambiando el rol de los actores intervinientes en la situación conflictiva. Este mayor protagonismo de las personas en la resolución de sus propios conflictos, eleva la satisfacción psicológica de los participantes, acrecienta su autoestima y fomenta comportamientos de ayuda a los demás, básicos para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria². Para alcanzar este protagonismo los ciudadanos deben de aprender una serie de habilidades y destrezas sociales y emocionales que les capaciten para manejar los conflictos de forma adecuada.

Junto con esta relevancia de los propios interesados, la mediación conceptualiza el conflicto desde una óptica positiva de manera que promueve un cambio en la interpretación de la situación, que genera alternativas conducentes a salir del conflicto, y donde los intereses de ambas partes son tenidos en cuenta en base a una interpretación comprensiva de la situación. Finalmente, la mediación proporciona un contexto pacífico y neutro donde pueden, las partes, sentarse a dialogar el cómo resolver sus diferencias, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo la puerta para que puedan seguir relacionándose en el futuro³.

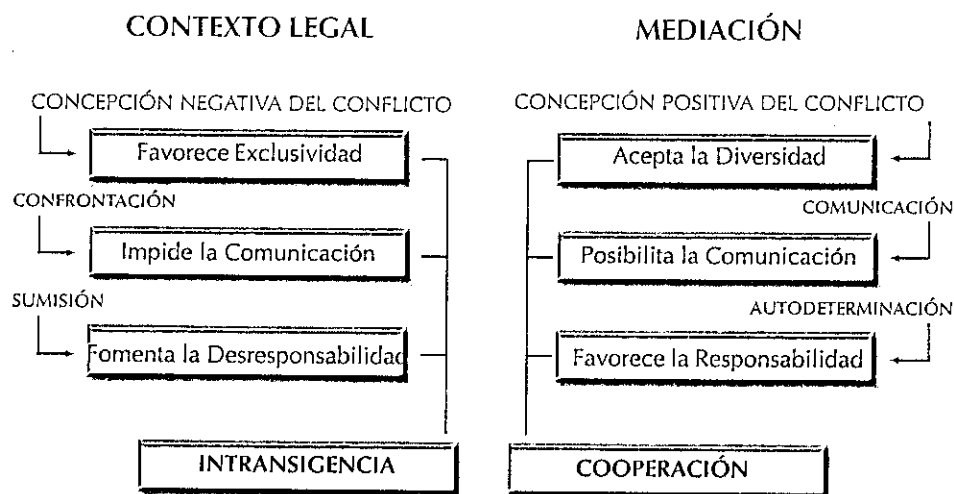
La mediación, si se compara con el procedimiento legal, se caracteriza por tres elementos favorecedores de la cooperación (Figura II). En primer lugar ofrece una concepción positiva del conflicto, aceptando la diversidad como promotora de soluciones creativas; favorece la comunicación entre las partes, proporcionando herramientas adecuadas para ello, así como un lugar neutral y privado donde sea más fácil realizar esta comunicación; finalmente potencia la participación de las partes en el desarrollo del proceso de solución de conflictos, fortaleciendo la responsabilidad. Estos elementos, favorecedores de la cooperación, contrastan con los utilizados en el contexto legal que conducen a un comportamiento destructivo e intransigente.

² BERNAL, Trinidad, "La mediación como alternativa extrajudicial", en *Mediación: una alternativa extrajudicial. Monográfico sobre Mediación*. C.O.P. de Madrid, 1995.

³ BERNAL, Trinidad, *Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, ed. Segunda, Colex, 2002.



Figura II ⁴



Ruptura de pareja y mediación

Las parejas con problemas disponen de diferentes maneras de solucionarlos: evitar el problema, con la idea de que el tiempo todo lo cura o que vendrán tiempos mejores, sin darse cuenta que ese continuar en la situación conflictiva incrementa el conflicto. Hablar entre ellos y acordar cambios que les ayuden a salir del conflicto, empresa un tanto difícil por el deterioro de la comunicación y la intensidad emocional que presentan las parejas en esta situación. Acudir a un tercero que les oriente, bien planteando la ruptura (abogado), bien con la expectativa de mejorar la relación de pareja (psicólogo).

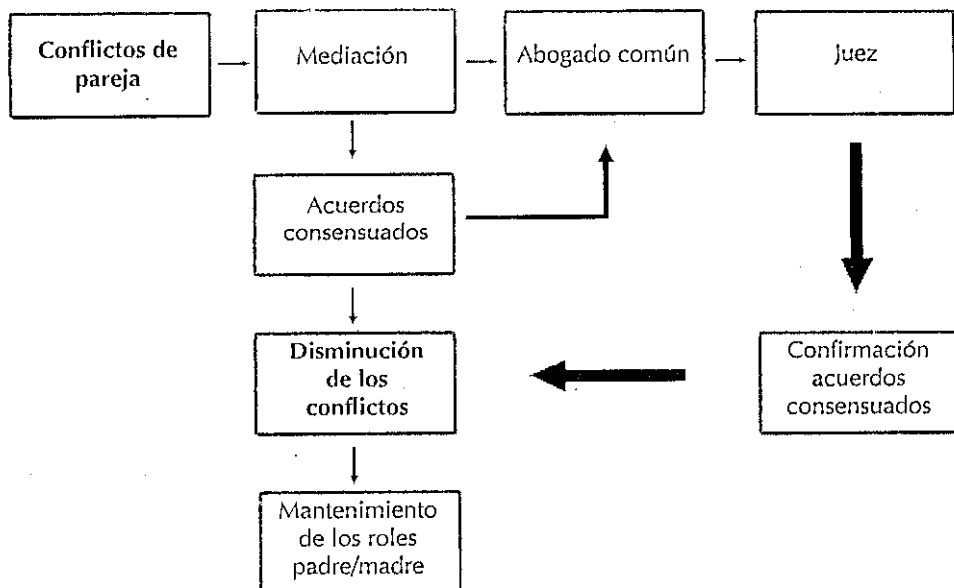
Acudir a terapia suele obedecer al hecho de querer arreglar las dificultades para seguir estando juntos, o de querer aclarar las dudas respecto a la separación. Decidir concluir la relación es otra manera de terminar con el conflicto. Ambas fórmulas pueden ser una solución, aunque igualmente pueden concluir a una vuelta al conflicto, bien porque la terapia no tenga éxito, bien porque la forma de separarse no ayude a terminar el conflicto. Lo que no constituye una fórmula para solucionar el conflicto es permanecer en él sin promover ningún cambio, acción que suele ser usual en las parejas.

⁴ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1995.

Cuando hablamos de aplicar la mediación a los conflictos de pareja nos referimos a la opción de concluir con la relación de pareja, utilizando una manera de hacerlo que no incremente el conflicto, sino que le ayude a separarse bien. Esto significa que es necesario la decisión de separarse para poder utilizar la mediación.

La mediación plantea una forma nueva de intervenir, donde la filosofía de base está en la preparación de la pareja para que ésta resuelva por sí misma las discrepancias mantenidas en relación a su ruptura, tomando aquellas decisiones que considere menos perjudiciales para ella y para sus hijos. La mediación así entendida ofrece un ambiente pacificador, adecuado para que las negociaciones se produzcan sin enfrentamientos, modificando el papel de los actores que intervienen en este contexto social: el papel principal lo tiene la pareja, cuando antes era mera espectadora. Los mediadores ponen sus conocimientos al servicio de la pareja, favoreciendo la postura activa de la misma y no contribuyendo al enfrentamiento. El juez no entra a decidir la mejor opción para cada uno de los desacuerdos, sino que acepta la decisión consensuada presentada por la pareja en su convenio, disminuyendo el conflicto. El propio contexto judicial se modifica, posibilitando una tramitación amistosa, y evita las disputas que conlleva el procedimiento contencioso. Todo esto favorece el mantenimiento de los acuerdos a través del tiempo (Figura III).

Figura III ⁵



Implantación y desarrollo de la mediación en España

La mediación aplicada a los conflictos que surgen en el divorcio ha recibido el nombre de "mediación familiar", ya que hace referencia a los procesos de familia en donde se resuelven legalmente estos temas. Sin embargo, el término "familiar" es inadecuado para referirse a los casos de ruptura, ya que suscita dudas acerca de cuál es el objetivo de la mediación. Si mediar para solucionar los problemas de relación, confundiéndolo con un proceso de terapia de pareja, o mediar en diferentes problemas familiares que surgen entre padres e hijos o entre parientes, confundiéndolo con un proceso de terapia familiar⁵.

El término "mediación para la separación y el divorcio" me pareció más clarificador para designar el trabajo mediado realizado con parejas que van a iniciar su ruptura. Sin embargo, estos términos legales dejan fuera a las parejas de hecho, que aunque no necesitan regular sus lazos matrimoniales, si necesitan acordar la situación de los hijos comunes. Por ello, el término que mejor se adecua a estos casos es el de "mediación en ruptura de pareja", nombre con el que se designa el programa que se expone mas adelante.

La historia de la mediación familiar en España se sitúa a principios de los noventa⁷, pero los antecedentes de la misma se pueden encontrar a principios de los ochenta en la práctica privada con parejas que inician su ruptura, interviniendo desde un enfoque interdisciplinar, aunando los conocimientos psicológicos y jurídicos en esta temática que hasta el momento había sido tratada desde una óptica exclusivamente legal⁸. Esta intervención está precedida por una serie de investigaciones del impacto de la ruptura en la pareja⁹ y que se fue completando con otras relacionadas con la forma de actuar de los psicólogos en los procedimientos de familia¹⁰ y la actuación de los abogados en este mismo contexto¹¹.

⁵ BERNAL, Trinidad. *La Mediación en los Procesos de Separación y Divorcio*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1992.

⁶ BERNAL, Trinidad, op.cit., 2002.

⁷ BERNAL, Trinidad, "La Mediación familiar: situación en España", en *Infancia y Sociedad* Nº 16. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, 1992^a.

⁸ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992; BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992^a.

⁹ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1986.

¹⁰ BERNAL, Trinidad, "Dificultades de la intervención psicológica en los procedimientos matrimoniales", *Anales 1er Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica*, Santiago de Chile, Septiembre, 1995^a.

¹¹ BERNAL, Trinidad, "Actuación de los abogados en los procedimientos matrimoniales", *Anuario de Psicología Jurídica*. C.O.P. Madrid, 1995b.

El resultado de todas estas investigaciones y de la experiencia profesional con parejas fue la realización de la tesis doctoral de la autora de este artículo, donde se presentó el diseño del Programa de Mediación y se probó su efectividad para las situaciones de ruptura, así como una clara ventaja respecto a la vía judicial¹².

A principios de 1990, el actual Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales propone utilizar este programa para una población amplia de ámbito estatal. Se realizan ciertas modificaciones, en base a la experiencia privada, teniendo en cuenta el colectivo al que iba a ser dirigido, y ese mismo año, la Dirección General de Protección Jurídica del Menor aprueba el primer Programa de Mediación como experiencia piloto en España¹³.

El programa está dirigido por Trinidad Bernal, realizado por el equipo del Centro de Resolución de Conflictos Apside, promocionado por la Asociación "Atención y Mediación a la Familia en Proceso de Cambio" y subvencionado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se aprueba en Septiembre de 1990, poniéndose en marcha en Madrid. Tiene ámbito estatal, por lo que pueden acceder parejas de toda España, circunstancia que se cumple hasta que, con el paso del tiempo, comienza a extenderse la mediación a otras Comunidades.

En el proceso de democratización creciente y de descentralización de la sociedad española, las distintas Comunidades se van responsabilizando de la atención social, de salud, educación, etc. de la población a su cargo. A partir de 1998, la Recomendación Nº R (98) 1 del Consejo de Europa sobre los beneficios de la mediación y la necesidad de su uso y extensión, hace que las Comunidades se interesen por el programa de "mediación en ruptura de pareja". Tras una reunión con los representantes de las mismas, donde se expone el programa y sus resultados, algunas de las Comunidades deciden implantar este programa, contando con el asesoramiento y formación impartida por el Centro Apside. Este es el caso de la Comunidad de Castilla la Mancha, donde se pone en marcha el programa de mediación en las ciudades de Albacete, Toledo, Cuenca, Ciudad Real y Guadalajara. Igualmente ocurre en la Comunidad de Extremadura, en la ciudad de Mérida. Otras comunidades están actualmente interesadas, como Andalucía, País Vasco y Murcia. El programa también funciona en diferentes ayuntamientos, habiendo preparado al equipo de mediadores y supervisado el trabajo realizado¹⁴. En estos momentos otros Países están interesados en la puesta en marcha de este Programa, como son Chile, Colombia y Paraguay.

¹² BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992.

¹³ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992ª.

¹⁴ BERNAL, Trinidad, "Busquemos un sitio para la Mediación", Anales del IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica. Madrid, 2001.



Programa de mediación en ruptura de pareja

El Programa de Mediación en ruptura de pareja está dirigido a parejas casadas y no casadas que hayan decidido romper su convivencia. Este es el requisito prioritario, contar con la decisión de al menos un miembro de la pareja, ya que la mediación no promueve la ruptura, sino que ayuda a la pareja a que las acciones encaminadas a completar su decisión puedan realizarse con menos conflicto, posibilitando la continuidad de las funciones parentales después de la ruptura de pareja. Este Programa se oferta como una alternativa extrajudicial al procedimiento contencioso, tratando de separar los problemas interpersonales de aquellos otros relacionados con la regulación de las condiciones de vida futura de todo el núcleo familiar. Para llevar a cabo esta regulación se diseñan unas sesiones preparatorias, que tienen como objetivo paliar las condiciones emocionales y de falta de información con las que las personas acuden a separarse, es decir, se les ofrece información (legal y psicológica) y habilidades mínimas para que puedan llevar sus propias negociaciones en presencia del mediador, que se encarga de canalizar el intercambio informativo de las partes y aunar las discrepancias para que éstas alcancen acuerdos consensuados y solucionen el conflicto¹⁵.

En el esquema I se puede observar el diseño del programa. Está constituido por una serie de fases que conducen, de forma lógica, hacia una consecución de acuerdos. El orden en el que se suceden estas fases no es estático ya que, dependiendo de la pareja, puede ser necesario volver a reconsiderar aspectos ya tratados en la fase inicial, o ampliar y discutir cuestiones informativas cuando se está negociando. Esto indica que el programa es dinámico y que, aunque en principio sigue el orden expuesto en el esquema, las fases y el cómo se trata cada una de ellas se adaptan a las características de pareja con la que se está interactuando.

La fase de *recepción* tiene como objetivo general ver si se adecua la problemática presentada al programa, informando del contenido del mismo para que los miembros de la pareja por separado juzguen si responde o no a sus expectativas. La manera de alcanzar dicho objetivo es consiguiendo un clima adecuado para que la intensidad emocional disminuya y las parejas estén en mejor disposición para recibir la información sobre qué es la mediación y cómo puede ayudarlas y ofrecer datos personales de la relación de pareja y del proceso de ruptura que ayuden al mediador a diseñar un espacio en el que ambos intercambien información y negocien los asuntos relativos a su ruptura. Esta primera entrevista se realiza con cada uno de los miembros de la pareja, con el fin de que puedan exponer su propia versión de los hechos sin interferencias de la otra parte.

¹⁵ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992; BERNAL, Trinidad, op. cit., 2002.

La fase de *información* se realiza con ambos miembros de la pareja. Además de resolver dudas planteadas en la primera entrevista, se ofrece una información legal y psicológica para que puedan manejar mejor su situación. Esta información se construye en base a la obtenida por separado en la primera fase, y sirve para iniciar un intercambio de opinión entre las partes acerca de cómo ven cada una la situación conflictiva y cómo piensan que pueden resolverla. Esta interacción verbal añade información sobre la dinámica de la pareja y también sobre aspectos en los que ésta coincide.

La fase de *información a los hijos* es optativa, por lo que sólo si los padres acceden, tiene lugar el encuentro con los menores. El objetivo de esta fase está en dar a conocer a los hijos qué es lo que sus padres hacen en mediación; cómo intentan conseguir acuerdos, aunque elementos emocionales les dificulten pensar con racionalidad. También se les explica cómo pueden ellos ayudarles, no interviniendo en el conflicto que éstos mantienen, y no tomando partido por ninguno. Si los hijos tienen suficiente edad, resulta útil preguntarles su parecer respecto a los acuerdos de sus padres, pudiendo matizarlos en función de sus estudios, amistades y actividades. Finalmente, si presentan ideas equivocadas o sentimientos negativos en relación a la separación, se intenta corregirlos o modificarlos.

La fase de *negociación individual* tiene como fin modificar percepciones equivocadas y manejar las emociones intensas, además de desbloquear las negociaciones conjuntas. Las negociaciones individuales también las podemos utilizar en momentos posteriores de la negociación, cuando ésta sufre un bloqueo, resultando útil un encuentro privado con cada miembro de la pareja para que reconsidere su conducta.

La fase de *negociación conjunta* consiste en una serie de entrevistas diseñadas para ir tratando los desacuerdos de uno en uno, siguiendo un orden decreciente en cuanto a la conflictividad percibida por las partes. Los pasos realizados siguen una estrategia de solución de problemas¹⁶. El primer paso consiste en definir claramente el problema, de forma objetiva y sin establecer juicios de valor. Se ayuda a las partes a definirlo conjuntamente y a percibir la zona común de acuerdo. Una vez que las partes coinciden en cuál es el problema, se promueve la generación de ideas, sin entrar a valorarlas, sólo se estimula la cantidad. De estas alternativas se valoran las consecuencias positivas y negativas para cada uno de los miembros de la familia, y se elige aquella opción que proporcione beneficios para todos los miembros de la familia.

La fase de *resolución* consiste en la elaboración del Convenio Regulador donde quedan reflejados los acuerdos por escrito. Tras la lectura individual del

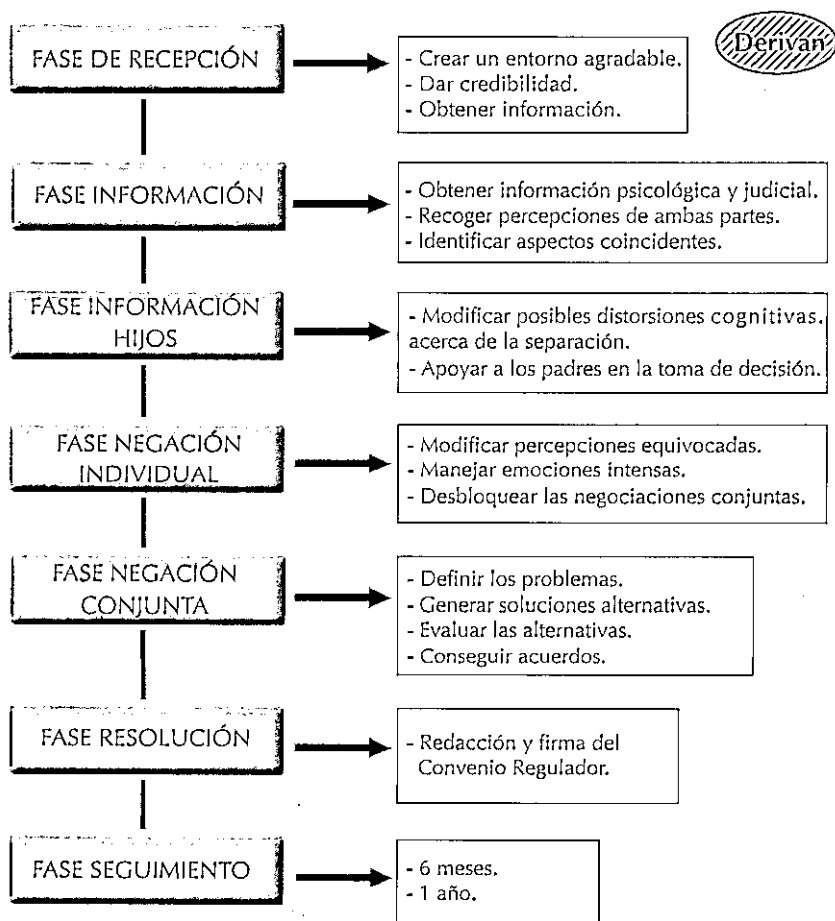
¹⁶ D'ZURILLA, T.J. y GOLDFRIED, M.R., "Problem Solving and Behavior Modification", *Journal of Abnormal Psychology*, 1971, p. 78.



documento y corrección de los errores observados por las partes, se revisa el contenido del Convenio con la pareja a la vez que se resuelven las dudas planteadas. En esta fase, la comunicación entre la pareja es más tranquila y las conductas menos agresivas, señal del comienzo de ajuste a la nueva situación.

PROGRAMA DE MEDIACIÓN

Esquema 1



Cada fase presenta características propias en cuanto a objetivos, procedimientos, duración y profesionales que intervienen, tal y como se expone en el cuadro 1.

Cuadro 1 ¹⁷

Fase	Objetivo	Profesional	Procedimiento	Material	Tiempo
Recepción Telefónica	Contacto persona que demanda.	Secretaria	Contacto telefónico y dar cita.	Libro de citas.	15
Recepción Demandante	Crear un entorno agradable. Recoger información. Informar sobre el programa.	Mediador	Percepción-interacción adecuada. Dar recibir información.	Cuestionario de recepción.	1-1,15h.
Recepción Cónyuge	Crear un entorno agradable. Recoger información. Informar sobre el programa.	Mediador	Percepción-interacción adecuada. Dar recibir información.	Cuestionario de recepción.	1-1,15h.
Información (Ambos)	Aceptación de la Mediación. Corregir información inadecuada. Disminuir la situación emocional.	Mediador	Explicar las reglas de la Mediación. Escuchar versiones de las partes y remodelar. Dar información Psicológica y Jurídica.	Pautas- padres. Doc. informati. Normas mediar.	1,30h.
Información (Hijos)	Conocimiento del Programa. Evitar-problemas emocionales unidos a la separación. Apoyo a sus padres en proceso de mediación.	Mediador	Información P. M. Aportaciones al C.R. Resolver dudas.	Cuestionario para hijos.	1h.
Negociación Individual	Modif. Percepciones equivocadas. Manejar emociones intensas.	Mediador	Identificar los puntos erróneos. Escucha activa. Temas en común.	Ventilar emoción. Normas comunic. Expresión sentim.	1,30h.
Negociación	Mejorar comunic. Identificar problema. Generar opciones. Evaluar las opciones. Conseguir acuerdos.	Mediadores	Pautas de comunicación efectiva. Pasos en la solución de problemas. Separar a las personas del problema. Descubrir intereses y necesidades.	Pautas-mediador. Tipo de preguntas. Tipo de comunicación. Pautas de comportamiento.	1,30-2h.
Resolución	Concretar acuerdos. Anticipar problemas futuros.	Mediador	Valoración de costo-beneficio. Elaboración acuerdos. Aclarar acuerdos. Firma de acuerdos.	Desglose de gastos. Convenio Regulador.	

El programa tiene como objetivos:

- Preparar un contexto adecuado para que la pareja negocie sus desacuerdos, evitando los enfrentamientos y su incidencia en los menores.
- Proporcionar información legal y psicológica, para que la pareja pueda tomar sus propias decisiones.
- Conseguir acuerdos consensuados duraderos que permitan prevenir los incumplimientos.
- Fomentar la coparentalidad.

Una vez aprobado el Programa de Mediación por el Ministerio de Asuntos Sociales, desde la Dirección de Protección Jurídica del Menor, comenzamos los preparativos para la puesta en marcha del mismo. El lugar donde se llevó a cabo esta experiencia fue el Centro de Psicología Apside. La puesta en marcha del Programa comprendió tres momentos distintos: preparación, implantación, y evaluación externa del Programa.

La fase preparatoria abarca desde primeros de septiembre de 1990 hasta primeros de febrero de 1991. Durante estos meses se elaboran los criterios para su puesta en marcha, los aspectos técnicos del programa, y la preparación de la campaña de divulgación.

Respecto al primer punto, se establecen las relaciones entre Apside y la Asociación, asumiendo los aspectos técnicos la primera, mientras que la Asociación se encarga de la campaña de divulgación, relaciones con el Ministerio, y de la evaluación externa del programa, a petición de Apside. Igualmente se marca un objetivo general: "Dar a conocer la mediación como medida extrajudicial de resolver los conflictos relativos a la pareja", se planifica una secuencia temporal límite hasta finales de septiembre de 1991, fecha en que se recogen los datos para su evaluación. En este punto también se estudia la forma de implantar el Programa, por lo que Apside y la Asociación mantienen varias reuniones para preparar un bosquejo de lo que más tarde sería la campaña divulgativa.

El segundo punto de la fase preparatoria comprende el diseño del Programa. Se concretan los objetivos generales y los que corresponden a cada una de las fases, así como la metodología de trabajo. En lo que respecta a la preparación del material, se elabora un cuestionario de recepción donde se recoge información de cada una de las partes por separado. El cuestionario comprende datos personales y sociológicos, datos de opinión y expectativas ante la mediación, datos sobre la relación de pareja, valoración subjetiva de cómo se sienten ante la situación de

¹⁷ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992.

ruptura, así como el grado de conflicto esperado respecto a conseguir acuerdos. Además, se diseña una serie de documentos relativos a cada una de las fases: contenidos de la fase de información, pautas para padres, bases para la entrevista con los hijos, reglas de la mediación, aceptación del programa, recomendaciones para negociar, solución de problemas, fase de resolución, y material para el seguimiento¹⁸.

En esta fase se cuenta con mi experiencia como psicóloga especializada en terapia de pareja y formada en derecho de familia y mediación, asumiendo una doble función en el equipo de trabajo, el de mediadora y directora del mismo. Las cuatro personas seleccionadas para completar dicho equipo son: un psicólogo (experto en relaciones interpersonales, y que completa su formación en temas legales), un abogado con larga experiencia en derecho de familia, y sensibilizado a temas psicológicos (pareja, familia), formándose ambos profesionales en técnicas de mediación. Además, se contrata a dos administrativos preparados en atención telefónica especializada, instruidos en aspectos legales y psicológicos básicos de la ruptura, de forma que pudieran atender telefónicamente a los posibles clientes y preparar el archivo en función de las fases del programa. El equipo inicial cuenta con tres mediadores (dos psicólogos y un abogado), dos administrativas, un director del programa y asesoramiento metodológico. En estos momentos el equipo está compuesto por cinco mediadores, una administrativa, una directora de programa y el asesoramiento del Centro Apside.

El tercer punto de la fase preparatoria comprende a la organización de la campaña divulgativa, elaborando el diseño del folleto. El contenido de este comienza con una justificación del programa basada en el coste emocional y económico de la ruptura para la pareja y sus hijos. Se presenta al organismo subvencionador y a las entidades promotoras del Programa piloto. A continuación se define qué es mediación, a quién va dirigida, qué objetivos se pretenden, qué resultados pueden esperarse de su uso, quienes forman el equipo, requisitos de acceso al Programa, y dónde deben dirigirse para su primera cita. Una vez concretado el folleto, se eligen los profesionales de interés para dicha campaña y se elaboran los contenidos informativos a resaltar en los medios de comunicación.

El segundo momento comprende lo que es la implantación del programa. Consiste en un acto donde se presenta el Programa a los medios de comunicación, mediante una rueda de prensa. La organización corre a cargo del gabinete de prensa del Ministerio de Asuntos Sociales. El acto tiene lugar el 7 de febrero de 1991 y está presentado por D. Juan Mato, director general del Menor y la Familia, D. José Luis Fernández, presidente de la Asociación, y Trinidad Bernal como directora del Centro Apside. El impacto de esta única rueda de prensa en los medios se traduce en treinta y tres programas de radio, diecisiete artículos de prensa, y doce entrevis-

¹⁸ Todo este material se adjunta en el Anexo del libro reseñado, BERNAL, Trinidad, op. cit., 2002.



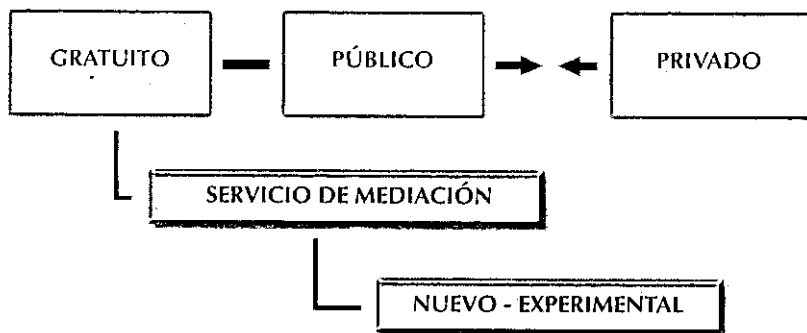
tas en televisión. El impacto del Programa en el sector académico y profesional es muy elevado, recogiendo 508 entrevistas telefónicas y personales, prueba del interés que ha suscitado este Programa en este sector.

El tercer momento de la puesta en marcha del Programa comprende la evaluación externa realizada a los seis meses de su funcionamiento. La evaluación corre a cargo de "Iniciativas Culturales" y tiene como objetivo ofrecer información sobre sus resultados, así como sobre el proceso de puesta en marcha y el sistema de funcionamiento. Información que servirá para la posible generalización del Programa a otras ciudades y a otros contextos. Los resultados giran en torno a tres aspectos:

1. *Encuadre institucional y carácter del servicio*

El atributo de gratuidad es lo que más destacan los usuarios. Los usuarios, aun teniendo información, no consiguen hacerse una imagen coherente del servicio. La gratuidad y su difusión por los medios de comunicación incitan a pensar en un servicio de carácter público, aunque la infraestructura y el trato otorgado por los profesionales, llevan a considerarlo en un servicio privado. Para los usuarios es un servicio nuevo y desconocido hasta el momento, y se muestran sorprendidos por la existencia del mismo. Los profesionales preguntados lo incorporan como programa experimental y piloto y dicen: "A ver qué resultados da y si se consolida". Se tiene la idea de que es un nuevo servicio a la comunidad, propio de una sociedad moderna y relacionado con "calidad de vida".

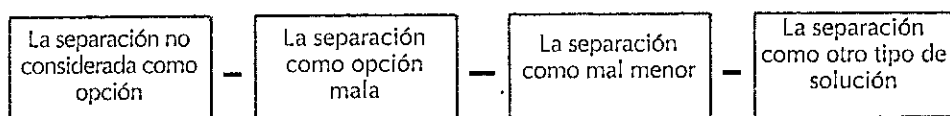
Figura IV



2. Cambio de actitud ante la separación

Al comienzo de la evaluación se constata cómo las parejas expresan el alto significado emocional de la ruptura. Se habla de sentimientos de fracaso, culpa, agresión y tensión, y aunque se hace con cierta normalidad, existe un halo de tragedia y conflicto. Cuando estas parejas terminan el programa se ve la desdramatización que ha supuesto el uso de la mediación: "me han ayudado a entender la ruptura de otra manera", "es mejor separarse que estar mal en la relación", "es una solución". En segundo lugar la vivencia personal también cambia: "antes la culpa creía que era toda mía, ahora no, te rompen esquemas", "antes ni le hablaba, ahora mantengamos un mínimo de relación". Se ha observado una tendencia al cambio en las personas que han usado el servicio de Mediación.

Figura V



3. Los profesionales del equipo

Otro elemento que destaca en la evaluación es la valoración positiva de los profesionales, la cual conforma sustancialmente la imagen del servicio para los usuarios. "La percepción de los profesionales, por parte de los usuarios, se estructura en torno a los siguientes ejes:

Trato personal: Es especialmente valorado: "se interesan por uno", "es un trato humano", "inspiran confianza", "se esfuerzan por animarte". En una situación difícil desde un punto de vista emocional, estas características cobran un especial relieve y se valoran muy positivamente.

Interprofesionalidad: Se percibe a los diferentes roles profesionales, aun cuando a menudo son intercambiables.

Competencia/autoridad: "Conocen muy bien el tema", "dan seguridad", "aportan soluciones", "esta tarea requiere paciencia y especial habilidad".

Facilitadores de la comunicación: La percepción de imparcialidad y las intervenciones dirigidas a un tipo de intercambio racional, son valorados positivamente y, en especial, para las parejas que tienen dificultades en sus posibilidades de comunicación.

Amabilidad/simpatía: El tono amable y cálido genera unas condiciones adecuadas para establecer un buen "rapport", necesario para la negociación de los acuerdos."



Conclusiones generales

Con esta evaluación externa, se llega a la conclusión de que el Programa ha cumplido los objetivos propuestos:

- Poner en marcha el Servicio de Mediación Familiar, una experiencia sin referencia previa en el marco del Estado español.
- Darse a conocer a la sociedad, con un fuerte impacto en los medios de comunicación y en los medios profesionales.
- Conseguir el mutuo acuerdo en el 70% de las parejas que inician la mediación. (A los cuatro meses de funcionamiento del Programa).
- Obtener una valoración muy satisfactoria entre los usuarios que han tomado contacto con el Servicio.
- Realizar una tarea de información y derivación (telefónica y personal), en un número estimado superior a 400 usuarios.
- Fortalecer la idea del mutuo acuerdo en las actitudes sociales en torno a la separación.

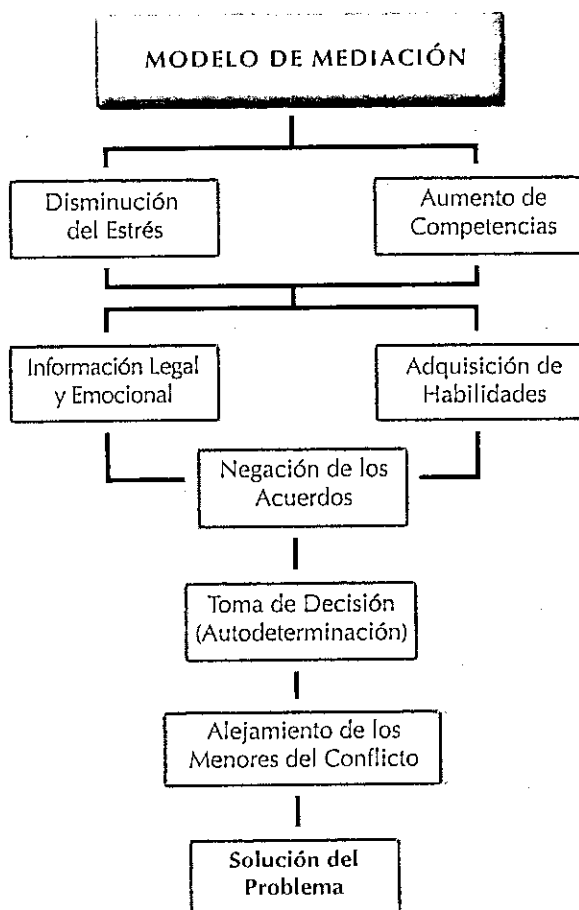
El Servicio de Mediación Familiar se inserta en el concepto de "nuevos servicios a la comunidad", y se muestra como un complemento diferenciado de los servicios y procedimientos ya consolidados en el ámbito de la Asistencia y el Derecho Familiar.

III. MODELO DE MEDIACIÓN

El esquema de mediación en el que trabajo desde hace catorce años (Figura VI), parte del Modelo de Competencia de Poser (1976), es un modelo educativo cuyo objetivo es brindar los recursos teóricos y las habilidades necesarias para que las partes pongan en marcha una serie de cambios cognitivos, emocionales y conductuales que les lleven a comprender a la otra parte, de manera que aborden la situación conflictiva de forma aunada y lleguen a establecer acuerdos conjuntos.

La mediación así entendida, es un proceso preventivo que conduce a evitar enfrentamientos innecesarios entre las partes, repercutiendo beneficiosamente en su estabilidad emocional y garantizando la continuidad de la relación entre ellas, en un futuro. En base a mantener esa relación, o por lo menos no deteriorarla, se establece un proceso de interacción entre el mediador y las partes, partiendo de la credibilidad en el mediador, en donde la confianza es el elemento más sólido y sirve para que ésta se extienda al proceso y facilite la interacción entre las partes, compensando así la desconfianza habitual en la otra parte.

Figura VI



El conocimiento previo de las partes acerca de qué es mediación, qué resultados se obtienen y cuál es el papel del mediador, resulta una variable importante para que elijan acudir a Mediación. El primer encuentro que se establece entre las partes y el mediador consistirá en un despliegue de informaciones que proporcionen credibilidad a las partes, tanto en el proceso de mediación como en la competencia del mediador¹⁹. Acordar acudir ambos a mediación es el primer acuerdo que se produce entre las partes, cuando en general, llevan mucho tiempo sin comunicación entre ellas.



El mantenimiento de la credibilidad se relaciona directamente con uno de los aspectos más interesantes de la mediación: la voluntariedad. Contar con la oposición, aunque sea de una de las partes, significa establecer un mal comienzo que dificultaría o impediría cualquier posible acuerdo entre las partes. Mantener la credibilidad de las partes, en el proceso y en el mediador, propician el siguiente momento para que éstas puedan adoptar otro acuerdo conjunto, que es el usar la mediación. Introducirse en el proceso significa entender lo que es la mediación, el papel del mediador y aceptar modificar las reglas de actuación entre las partes²⁰.

Comenzar el proceso de mediación significa diseñar un camino para que las partes puedan andar con mayor facilidad hacia un objetivo común que es el acuerdo. Para esta empresa, el mediador utiliza una serie de tácticas y estrategias encaminadas a mejorar las relaciones entre las partes durante la mediación, propiciando la comunicación entre ellas, modificando sus actitudes respecto al conflicto y explicando a cada una los puntos de vista de la otra parte. Las tácticas y estrategias también están orientadas a tratar los temas en conflicto, identificando los problemas, propiciando alternativas creativas y variadas, ayudando a su valoración para que las partes tomen decisiones que contemplen los intereses de ambos, ya que las partes están más dispuestas a pelear que a trabajar juntas. Al remodelar estas pretensiones, el mediador deja el camino despejado para que las partes alcancen acuerdos consensuados.

La relación entre el mediador y las partes, durante todo el transcurso de la mediación, refleja las influencias mutuas en el desarrollo del proceso. El elemento que provoca el cambio, en la dinámica entre las partes, es la actuación del mediador, persuadiendo a éstas de los beneficios de la mediación y sugiriendo una nueva forma de tratar los conflictos desde un enfoque cooperador. En realidad, la efectividad de la conducta del mediador está en su competencia y en la asunción personal de la filosofía de la mediación. Los distintos acuerdos alcanzados por las partes en todo el proceso de mediación repercuten en el mediador, reforzando sus expectativas positivas respecto a la mediación, favoreciendo así su capacidad para persuadir en futuras situaciones conflictivas sobre las excelencias de la mediación. De igual manera, el resultado exitoso redunda beneficiosamente en las partes y las convierte en la fuerza más efectiva para divulgar el conocimiento y promover la aceptación de la mediación.

¹⁹ *Ibíd.*, op. cit. 2002.

²⁰ BERNAL, Trinidad, op. cit., 1992.

Resultados del programa de mediación

Trece años después de la puesta en marcha del Programa, los resultados siguen demostrando la efectividad de estas técnicas y su utilidad en los temas de familia, en contraste con la clásica vía judicial. El programa se ha desarrollado de forma ininterrumpida desde febrero de 1991, seis meses después de su aprobación, y sigue funcionando en la actualidad²¹. Los resultados obtenidos indican la consecución de los objetivos planteados:

Objetivo 1

Ofertar un contexto adecuado para que la pareja negocie sus desacuerdos, evitando los enfrentamientos y su incidencia negativa en los menores. De las parejas que comienzan el Programa de Mediación, el 86% logran ponerse de acuerdo en todos los puntos del Convenio Regulador, posibilitando una tramitación amistosa que ha supuesto una disminución del enfrentamiento entre la pareja, y una relación más adecuada de ambos padres con los menores. También conviene destacar que entre las parejas que interrumpen el Programa (11%), los desacuerdos iniciales disminuyen en el momento en que se da por terminada la negociación, y aunque no pueden usar la vía amistosa, consiguen acuerdos parciales.

Objetivo 2

Presentar una alternativa que posibilite la autodeterminación de la pareja. El uso de la mediación ha permitido que las parejas adquieran un protagonismo tal, que, previamente informadas, han sido ellas las que han realizado sus propios acuerdos, marcando las reglas de actuación de lo que quieren que sea su vida futura y la de sus hijos.

Objetivo 3

Prevenir los incumplimientos. Los resultados obtenidos en el seguimiento realizado a las parejas que han terminado el Programa con un mínimo de 6 meses, indican que los acuerdos alcanzados en el proceso de Mediación se mantienen en el 92% de los casos entrevistados, siendo el nivel de satisfacción de los usuarios con el Programa y con sus acuerdos, muy alto.

Objetivo 4

Fomentar la coparentalidad. Además de estos resultados que posibilitan el mantener una relación adecuada con los hijos después de la separación, la

²¹ BERNAL, Trinidad, op. cit., 2002.



investigación llevada a cabo con los padres no custodios (PNC) y sus hijos, confirma que la relación entre ellos, en las parejas que han utilizado la mediación tanto en lo que respecta a la frecuencia de los contactos como a la calidad de los mismos, es alta y satisfactoria, favoreciendo el ejercicio conjunto de la función parental²².

IV. PALABRAS FINALES

El cambio en el contexto social es cada vez más complejo, los conflictos crecen, en número y en dificultad. Nuestra esperanza a la hora de resolver esos conflictos está en el conocimiento científico. Confiamos en las instituciones y en los profesionales como solventadores de conflictos, y creemos que la solución dada por éstos es beneficiosa para la humanidad. Cuando las soluciones se imponen desde fuera, las personas no aprenden por sí mismas y la obligatoriedad les induce a una desresponsabilidad, a un inmovilismo, y todo su esfuerzo se centra en buscar la manera de escapar de esa imposición. La complejidad de los conflictos hace necesario formas distintas de resolverlos, que están en relación con un proceso creciente de democratización de la vida social. Formas que devuelven a los ciudadanos la oportunidad de participar en cómo resolver sus propios conflictos y de entenderlos como hechos naturales de la vida humana en relación²³.

Se está fraguando un nuevo pacto social, en el que los principios y procedimientos tradicionales de solución de problemas han tocado techo, y empieza a cambiar la lógica sobre la que actúan los distintos actores en una situación de conflicto. El papel principal lo tienen las partes, cuando antes eran meros espectadores, tomando parte activa en todo el proceso, controlando sus emociones y eligiendo sus acuerdos. Las instituciones y los profesionales intervienen de manera que favorecen el lucimiento de los protagonistas.

La forma de establecer relaciones con los otros, en mediación, esta basada en una fórmula diferente de ganar uno a expensas del otro, diferente de quién tiene razón y quién está equivocado. La interacción se basa en comprender al otro y admitir la propia responsabilidad en el conflicto, y encontrar una salida que satisfaga a las partes y no esté basada en la razón o la verdad. Ya no se precisa que el juez decida por las partes, ni que los abogados defiendan sus intereses. Tampoco

²² *Ibíd*em, op. cit., 2002.

²³ BERNAL, Trinidad, "El psicólogo y la mediación", en *Tratado de Psicología Forense*. Ura, J. comp. Siglo XXI, 2002a.

es necesario un experto que asesore al juez y evalúe a las partes. Las partes mismas deciden cómo resolver sus diferencias y concluyen con sus propios acuerdos.

La mediación no es una solución para todas las situaciones conflictivas, pero podría utilizarse como medida previa, ya que supone la introducción de una lógica positiva para afrontar los problemas donde las partes asumen el compromiso y la voluntad de la autodeterminación. Es una cultura del pacto que toma relevancia sobre la confrontación, al mismo tiempo que devuelve el protagonismo a los interesados.

El debate actual no está en si la mediación es o no una buena medida, ya hay suficientes datos de que es así. La polémica actual se centra en si la mediación, por sus características peculiares, tiene más sentido dentro o fuera de las instituciones y quién puede ejercer como mediador. Nosotros pensamos que si la formalización del proceso de mediación va a constreñir y restar protagonismo a lo distintivo de la mediación: voluntariedad, confidencialidad, informalidad, rapidez y autodeterminación de las partes, la institucionalización no parece ser un buen camino. Si las instituciones no dejan actuar con independencia a los mediadores, la mediación se verá resentida²⁴.

²⁴ BERNAL, Trinidad, op. cit., 2001.



BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL, Trinidad, "Pautas contextuales en la expresión emocional en la pareja", en *Revista de Psicología General y Aplicada*, 6, Madrid, 1986, p. 1215-1228.
- BERNAL, Trinidad. *La Mediación en los Procesos de Separación y Divorcio*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1992.
- BERNAL, Trinidad, "La Mediación familiar: situación en España", en *Infancia y Sociedad* Nº 16. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, 1992a.
- BERNAL, Trinidad, "La mediación como alternativa extrajudicial", en *Mediación: una alternativa extrajudicial*. Monográfico sobre Mediación. C.O.P. de Madrid, 1995.
- BERNAL, Trinidad, "Dificultades de la intervención psicológica en los procedimientos matrimoniales", *Anales 1er Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica*, Santiago de Chile, Septiembre, 1995a.
- BERNAL, Trinidad, "Actuación de los abogados en los procedimientos matrimoniales", *Anuario de Psicología Jurídica*. C.O.P. Madrid, 1995b.
- BERNAL, Trinidad, "Busquemos un sitio para la Mediación", *Anales del IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica*. Madrid, 2001.
- BERNAL, Trinidad, *Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, ed. Segunda, Colex, 2002.
- BERNAL, Trinidad, "El psicólogo y la mediación", en *Tratado de Psicología Forense*. Ura, J. comp. Siglo XXI, 2002a.
- BERNAL, T. y MARTÍN, G., "Separación y divorcio negociado: un trabajo interdisciplinar", *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid, 1991.
- D'ZURILLA, T.J. y GOLDFRIED, M.R., "Problem Solving and Behavior Modification", *Journal of Abnormal Psychology*, 1971, p. 78.
- POSER, E.G. (1976). *Strategies for the Behavioral prevention. The behavioral management of anxiety, depression and pain*. Nueva York: Brunner-Mazel, 1976.
- ROUSSEL, L., La famille en Europe Occidentale: divergences et convergences, en *Infancia y Sociedad*, Nº 16, jul.-ago.1992, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 104-120.

MEDIACIÓN FAMILIAR:

"De la equivocación, al error y al aprendizaje"

Marinés Suares

Licenciada en Psicología,

Terapeuta familiar.

Docente, entrenadora de mediadores.

I. INTRODUCCIÓN

La mediación familiar es una de las formas de resolución de conflictos que ha resultado más exitosa, no sólo por la cantidad de acuerdos a los que se arriba, sino por la satisfacción que expresan los participantes y porque dichos acuerdos se cumplen.

Sin embargo, es, probablemente, una de las más difíciles, y para conducir este tipo de procesos no basta ser mediador, sino que es menester, además, realizar una formación específica que incluya la comprensión de las características de los sistemas familiares, el manejo de las emociones, el conocimiento necesario para detectar casos de violencia doméstica, y, por supuesto, estar capacitado en temas de género. Dado que sobre la familia existe legislación específica para quienes no provenimos del campo del Derecho, es indispensable una formación especial en estos temas.

Ha habido una larga discusión entre los mediadores acerca de si la mediación familiar es sinónimo de mediación en divorcio. En el Congreso de Mediación Familiar realizado en la ciudad de Barcelona en el año 1999, se estableció como una de las conclusiones de dicho evento, que debemos entender que la mediación familiar abarca otros temas, no solamente los relativos al divorcio y se decidió denominarla mediación familiar global. Dado que el mayor número de casos de familia mediados se refiere a situaciones derivadas del divorcio o disolución de la pareja, es sobre este tipo de mediaciones sobre las que más se ha escrito y reflexionado. Si bien en la actualidad la mayoría de las mediaciones familiares siguen siendo sobre estos temas, muchos otros problemas también pueden ser mediados, por ejemplo, división de herencias, padres e hijos adolescentes, problemas con adultos mayores, empresas familiares, conflictos que involucran a madres e hijas, visitas de abuelos y/o abuelastros a nietos, etcétera.



La mediación familiar global se caracteriza porque los participantes, al formar parte de una familia, tienen una historia compartida, relaciones importantes entre sus miembros, por lo cual durante el proceso suelen externalizarse fuertes emociones, y muchas veces, ventilarse episodios de violencia doméstica.

Pero quizá el tema más importante y que más nos conmueve, es que los asuntos sobre los que versan estas mediaciones, no son solamente cuestiones de dinero y objetos, sino que generalmente están relacionados con la vida de las personas y, en muchos casos, con el desarrollo de los niños.

Un capítulo aparte, y que no será analizado en este trabajo, es el referido a las entrevistas con niños.

Algunos de estos temas serán motivo de reflexión en las próximas páginas y para ello tomaré un caso que he considerado un fracaso. Su tema no fue de "divorcio", a pesar de tratarse de tenencia o tuición y régimen de visitas, que co-medié con Poppy McCormack¹. Después de más de siete años de haber sido realizada esta mediación aún sigo problematizándome con lo sucedido y reflexionando sobre las causas que llevaron al levantamiento de la mediación, que afectó la vida de varios adultos y de una criatura. Aún hoy sigo convencida de que si hubieran podido continuarla, todos habrían salido favorecidos.*

II. EL CASO: TODOS PIERDEN

Corría el año 1995, acababa de votarse en el Congreso la Ley de Mediación obligatoria para casos patrimoniales en la Capital Federal de la República Argentina, la cual había establecido que la conducción de los procesos de mediación quedaba circunscripta a los abogados. Los casos de familia estaban explícitamente excluidos, a la espera de una nueva disposición legal, en la cual se suponía que los psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales relacionados con la temática específica, tendrían que jugar un papel importante.

Un consultorio de asesoramiento legal gratuito ubicado en la Provincia de Buenos Aires, donde no existía ni existe ley que regule la mediación, nos derivó a nuestro centro de mediación de Castelar un caso de tenencia o tuición, a instancias de uno de los abogados que intervenían en el mismo. Este abogado, Dr. Méndez², había aconsejado a su cliente el señor Marcelo Martínez, que realizara un proceso de mediación. La otra parte estaba de acuerdo. Se convocó a un en-

¹ Si bien hemos discutido ampliamente este caso con la co-mediadora Poppy McCormack, y sus aportes han enriquecido este trabajo, las opiniones que vierto son responsabilidad mía.

² Todos los nombres y datos identificatorios han sido cambiados para preservar la identidad de los participantes.

cuentro al cual asistieron, por una parte, un señor de aproximadamente 50 años, Marcelo Martínez con su abogado el citado Dr. Méndez, y por la otra parte Carlos Castillo, un joven de 18 años y su padre Carmelo Castillo, también rondando los 50 años, con su abogada, la Dra. Cantilo.

Pasaron a la sala de mediación en dos grupos, Martínez y Castillo, cada uno con su abogado, y se sentaron manteniendo esta división en las sillas ubicadas en semicírculo, sin mesa, dejando vacías las dos sillas centrales para las mediadoras³. Comenzamos recordándoles que, como se lo habíamos avisado previamente, estaban siendo observados por parte del equipo a través de un vidrio espejado y que el proceso sería videograbado. No opusieron ningún reparo. Continuamos con una reunión inicial conjunta en la cual se estableció el encuadre del proceso, y luego pasamos a privadas con cada parte⁴. Durante esta reunión conjunta, el clima de suma tensión observado en la sala de espera continuaba, no se habían saludado y prácticamente no se miraron.

Privada con Marcelo y su abogado

Marcelo nos contó su problema: él era el abuelo materno de Marcelino, una criatura de 9 meses y quería la tenencia definitiva del bebé. Nos narró su historia: él había tenido dos hijos de su primer matrimonio; su esposa, María, había fallecido cuando éstos aún eran niños, su hija Marcela tenía en aquella época 6 años, y su hijo Mariano, 4. Nos habló de sus esfuerzos para criarlos, durante los 6 años que había estado solo, luego se volvió a casar hacía poco más de 4 años y tenían con su actual mujer Micaela, dos varones más de 3 y 2 años, Máximo y Mauricio⁵. Su hija Marcela a los 15 se había puesto de novia con Carlos, que tenía un año más que ella. Marcela quedó embarazada a los 16. Al principio él no reaccionó bien, se había enojado mucho con la hija y con Carlos, pero luego los ayudó: "le construí una pieza en mi casa", y Carlos se fue a vivir con ellos, sin contraer matrimonio. Carlos sólo hacía "changas" que le permitían ganar unos pesos, pero hasta ese momento, nunca había tenido un trabajo estable. Nos contó que el embarazo había sido normal, bien controlado, ya que él y su familia tenían atención médica en la obra social.

³ Esta mediación fue conducida por Poppy McCormack y yo en el carácter de co-mediadoras, trabajando conjuntamente, y con el apoyo, desde la retrocámara del equipo interdisciplinario (abogados, psicólogos sociales, trabajadores sociales, contadores, etcétera), compuesto por mediadores y alumnos en su última fase de formación.

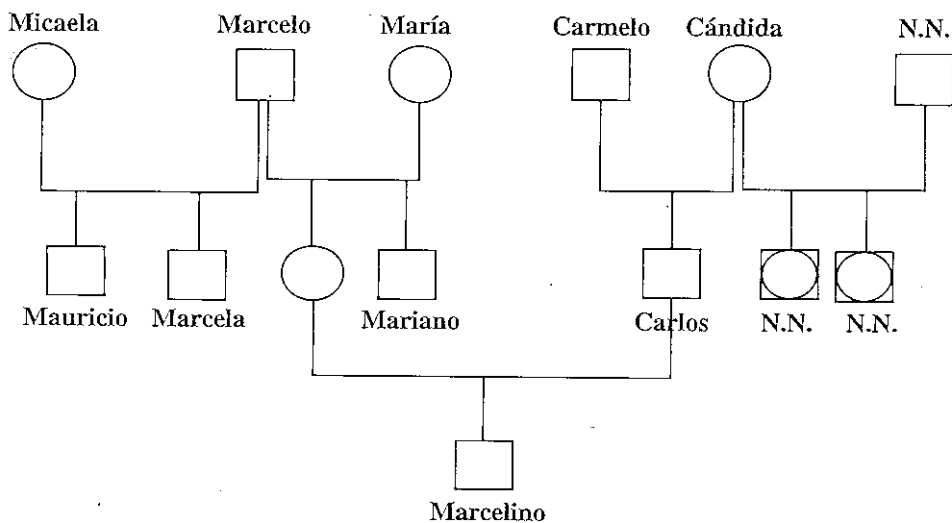
⁴ En aquel entonces, en casi todos los casos, no se ventilaba el problema en la conjunta inicial, sino que preferíamos realizarlo en privadas para evitar la "colonización de las narrativas".

⁵ Ver Genograma Figura 1.



Faltaban aún dos semanas para la fecha del parto, pero una noche su hija se descompuso. Carlos llevó a Marcela a la Guardia de la clínica de la obra social, pero el médico que la atendió le dijo que estaba ansiosa y los mandaron de vuelta. Marcela continuó sintiéndose muy mal, intervino él y pidió una ambulancia. Debido a que esta ambulancia demoraba en llegar, llevaron a la hija en un taxi, pero se desmayó al llegar a la clínica. Carlos no supo que hacer, y Marcelo pidió a gritos que la atendieran. Era tarde, la hija había tenido un "ataque de alta presión". Los médicos le dijeron: *"Su hija no tiene posibilidades, pero si intentamos algo con ella, el bebé muere. Si atendemos al bebé, éste puede salvarse"*. Él tuvo que decidir, y decidió salvar la vida de su nieto. El bebé nació y la hija murió. Carlos se enloqueció. Desapareció de la clínica. "Todo fue un lío". El bebé fue a su casa. Carlos reapareció a los dos días. Marcelo y Carlos decidieron anotar al bebé como Marcelino Martínez, hijo de la Marcela Martínez, madre soltera y fallecida en el parto, sin que Carlos lo reconociera, de esta forma aseguraban la obra social para el bebé. Carlos se quedó viviendo en su pieza, pero al tiempo desapareció. Casi no veía al bebé y no contribuía económicamente. Él y Micaela, se habían hecho cargo de todo, y lo criaban como a un hijo más. Estaba muy bien, muy sanito. Él nos dijo: *"Yo sé que los hijos deben estar con los padres, Carlos es joven y no es mal chico, aunque lo he odiado. Va a rehacer su vida como la rehice yo, y se va a llevar al nene. Y está bien, los hijos deben estar con su padre. Pero ahora quiero la tenencia"*.

Figura 1



Era un hombre triste, desconsolado, lloraba sin vergüenza mientras nos relataba la dolorosa e increíble historia de la muerte de su única hija en el momento del parto. Parecía firme en sus decisiones y con posibilidad de pensar en el otro.

Privada con Carlos, su padre Carmelo y la abogada Dra. Cantilo
Ellos también nos contaron su visión de la historia.

Carmelo comenzó hablando de que su esposa Cándida, los había abandonado cuando Carlos tenía 10 años, se había ido a vivir al interior del país, sabía que tenía una pareja e hijos, pero no la habían visto desde entonces. A Carlos se le llenaron los ojos de lágrimas mientras su padre contó esto. Carmelo no tenía y nunca había tenido un trabajo estable, hacía "changas" que le permitían ganar siempre *"los pocos pesos suficientes para vivir"* y para criar bien a Carlos. Era gente muy humilde.

Carlos nos contó que se enamoró de Marcela, que se querían mucho, y que Marcela no aceptaba a Micaela, la mujer de su padre, *"porque le cambió la casa"*. Nos narró de la misma forma que Marcelo, la noche del parto y nos dijo que no supo que hacer, que en ese momento no entendía lo que pasaba. Él había vuelto dos días después a la casa de Marcelo para vivir con su bebé, pero todos *"me miraban mal, como si fuera el culpable"*. Dijo que no podía estar en esa pieza con su bebé y sin su mujer. Micaela cuidaba bien del nene. Pensó que iba a volverse loco y se fue con su padre. Él quería a su bebé, y deseaba lo mejor para él. Esperaba conseguir un trabajo estable y tenerlo con él, pero sabía que era muy difícil para un hombre criar a un bebé, lo dijo llorando mientras miraba de reojo al padre. No entendía qué era lo de la tenencia y cuando se lo dijo Marcelo, no aceptó porque quiere algún día vivir con su hijo. Carmelo lo alentaba, diciendo que se puede criar a un hijo solo, que *"él que no tuvo ninguna instrucción pudo, así que Carlos que fue hasta 2do. año de la secundaria, tiene que poder"*. Ellos querían ver al bebé, y alguna vez llevárselo a la casa de los dos, por uno o dos días. No podían tenerlo en aquel momento en forma permanente. *"El bebé ahora esta mejor con sus hermanitos"* (en realidad son tíos). Querían saber qué era lo de la tenencia. La abogada se lo explicó. Ellos dijeron que si era así podría ser, pero querían poder ver al bebé.

Parecían buenas personas, con mucho sufrimiento en sus vidas, con muy buena relación entre ellos, ya que se complementaban mientras hablaban, se miraban con cariño y respeto, como temiendo dañarse, eran muy humildes y parecerían sin recursos. Ambos eran capaces de pensar en "los otros", fundamentalmente en el bebé.

Las dos privadas habían sido largas, con ritmo lento, pocas intervenciones de las mediadoras, y los abogados no quisieron agregar casi nada, salvo alguna aclaración referente a la tenencia. Había un cálido respeto por el dolor humano.



Reunión conjunta

Comenzamos las mediadoras con una historia alternativa centrada en el dolor y en el bienestar del bebé, que los participantes conmovidos la aceptaron. Marcelo, Carmelo y Carlos pudieron hablarse. Carlos estaba mucho más callado que en la reunión individual, miraba permanentemente al piso.

Volvieron a hablar de la noche trágica, con dolor.

Carlos decía que quería ver al bebé. Carmelo le dijo a Marcelo: "*yo también soy abuelo como vos, quiero ver a mi nieto, vos tenés que entenderme*". Marcelo aceptó hablar de este tema. Con la ayuda de los abogados, comenzaron a pensar en un régimen de visitas. Carmelo y Carlos querían ver a Marcelino todos los días. Negociaron entre ellos y Marcelo terminó aceptando tres veces por semana. Previamente habían decidido dejar el tema de la tenencia o tuición para tratarlo en el próximo encuentro. Se firmó el acuerdo y se estableció una nueva reunión a los 15 días. Carmelo abrazó a Marcelo y éste aceptó a regañadientes el abrazo, pero lo aceptó. Carlos no se animó, sólo miraba hacia el piso. Los abogados nos agradecieron. Todos estábamos muy conmovidos. Había sido un encuentro cargado de emociones, pero estábamos todos satisfechos.

Segundo encuentro

Conjunta inicial

Concurrieron los mismos que la vez anterior. El abogado de Marcelo estaba visiblemente nervioso. Preguntamos por el acuerdo, y nos contaron que se había realizado conforme a lo establecido.

Después de esto Marcelo expresó que no iba a seguir con el proceso. Que no quería continuar.

Se produjo un frío silencio.

Pedimos una privada con Marcelo y su abogado.

Privada con Marcelo

Marcelo no quería hablar. Sólo decía que no iba a continuar. Que iba a iniciar el juicio por tenencia. El abogado nos informó que había hablado con su cliente y le había explicado que el juicio podía demorar varios años, y además que si se pedía una prueba de ADN el padre de la criatura iba a ganarlo. Parecía que nadie dudaba que Carlos era el padre.

Marcelo con los ojos llorosos decía que podía ser, pero que abandonaba la mediación. No quería reunirse en conjunta. Le pedimos que lo hiciera. Aceptó.

Privada con Carmelo y Carlos

No entendían nada. Habían ido dos veces los dos juntos y las otras veces Carlos solo, el bebé estaba dormido y cuando se despertaba lloraba. Siempre había estado Micaela y algunas veces Marcelo. "Se veía al bebé muy bien, muy sanito y muy grande".

Conjunta final

Marcelo expresó su decisión de no continuar con la mediación. No quería hablar nada más y pidió dar por terminado el proceso.

Carlos y Carmelo no comprendían que pasaba, se quedaron petrificados, pero volvieron a insistir que querían ver al bebé.

Marcelo volvió a decir que irían a juicio: "y el juez dirá". Nos agradeció mucho al equipo por todo nuestro trabajo; el abogado también nos agradeció sinceramente. Se levantaron y se fueron.

También se retiraron los Castillo con su abogada, después de agradecernos.

Fin de la mediación

Quedamos todos consternados. Teníamos la sensación de que todos habían perdido.

Carlos y Carmelo esperarían mucho tiempo antes de volver a ver al bebé. Era altamente probable que Carlos ganase el juicio, lo cual demandaría mucho tiempo y dinero, mucho más que del que ellos disponían.

Marcelino, el bebé, no tendría relación con su padre ni con su abuelo paterno, probablemente, durante varios años, hasta que terminase el juicio y crecería entre sus dos familias enemistadas.

Marcelo sabía que estaba mal lo que estaba sucediendo, que a la larga iba a perder, probablemente estaba convencido que no era lo mejor para su nieto. La relación entre los abuelos se deterioraría.

Los abogados sabían que era lamentable no llegar a un acuerdo, que iniciarían un largo juicio, en el cual estaban comprometidos y no les devengaría honorarios, ya que pertenecía al patrocinio gratuito.

Los tribunales tendrían un juicio más, posiblemente largo y costoso, por la prueba del ADN.



Nosotras, las mediadoras y el equipo que estaba observando el caso en la retrocámara, nos preguntábamos cuál había sido la equivocación. Sólo teníamos totalmente claro que todos habíamos perdido.

Casi ocho años después de esta mediación sigo sintiendo la misma desolación que en aquel momento.

III. REFLEXIONES

Las mediaciones familiares se caracterizan por ser complejas. Muchos elementos son necesarios tener en cuenta dentro de esta complejidad: las emociones; el sistema legal; el derivador, o sea, quien solicita la mediación; el proceso propio de la mediación con su etapa de negociación; cuestiones de género; características familiares: ciclo de vida; tipo de familia, y, por supuesto, las características específicas de este grupo humano especial que es esa familia única y singular que nos consulta.

Analizaremos cada uno de estos elementos para reflexionar sobre el caso y encontrar, qué hicimos mal, qué fue lo que no previnimos o qué podríamos haber hecho mejor. En algo nos habíamos equivocado, y esto es lo característico de las equivocaciones, cuando hacemos algo mal no lo sabemos, sólo a posteriori podemos determinar qué, cuándo, dónde estuvo la falla. Y recién entonces podremos transformar la equivocación en "error" y como dice Bateson *"será posible el aprendizaje"*.

1) Las emociones

Si bien las mediaciones familiares se caracterizan en general por ser emotivas, debido a que las grandes pasiones, tanto el amor como el odio, se viven dentro de las relaciones familiares, no recuerdo haber estado en un proceso de mediación tan emotivo como éste. Por ello es el primer elemento sobre el que reflexionaré.

Es común que cuando los autores del campo de la mediación se refieren a emociones y a la necesidad de "desagotarlas", estén pensando en la ira. Desde mi punto de vista, ésta es sólo uno de los polos de uno de los pares de las emociones básicas (en el otro polo de este par está la calma), pero no es para nada "la emoción". En un trabajo anterior⁶, he hablado acerca de este carácter bipolar, y distin-

⁶ SUARES, Marínés: *Mediando en Sistemas Familiares*. Paidós, Buenos Aires, 2002.

guí cinco pares de emociones básicas. Cada par es un *continuum* que va de un extremo a otro, por ejemplo, de la calma a la ira. En cada momento de nuestra vida nos encontramos en algún punto de este *continuum* para cada par de emociones, siguiendo con el par de calma-ira, posiblemente el lector en este momento esté más cerca del polo de la calma, porque difícilmente podría comprender este escrito si se encuentra preso de la ira.

He establecido cinco pares de emociones básicas: amor-odio; alegría-tristeza; calma-ira; confianza-miedo y placer-displacer.

No estoy de acuerdo con la idea de que todas las emociones deban siempre "desagotarse", por el contrario algunas de ellas deben estimularse porque ayudan al proceso, como por ejemplo la confianza.

Desde mi punto de vista, en el escenario de la mediación, cada uno de los polos necesita una conducción especial. En su libro "Inteligencia Emocional", Goleman dice que "*la ira se alimenta de la ira*" o sea que explorar los acontecimientos que la produjeron o intentar desagotarla, posiblemente en muchas personas genere el efecto contrario, la aumente. Cada persona tiene una forma especial para retornar a la calma, algunos, por ejemplo, necesitan no hablar, otros encerrarse, otros "explotar", etcétera, y esta modalidad singular de cada individuo debe ser investigada para poder ayudar a la persona a recurrir a ella para calmarse.

En el caso que nos ocupa, la emoción predominante en las dos partes a lo largo de todas las reuniones fue indiscutiblemente una tristeza tan profunda que llegó a ser dolorosa. La muerte de una joven a los 17 años en un parto es algo que parece inexplicable en esta época. No creo que haya dolor mayor que la muerte de un hijo, más aún cuando éste es joven. Es tan indecible, que no tiene nombre. La muerte de un esposo transforma al otro en viudo, la muerte de un padre transforma a los hijos en huérfanos, pero no hay palabra que designe a los padres que pierden un hijo.

Carlos también estaba triste, pero las lágrimas constantes de Marcelo, sin intención de disimularlas, nos consternaron a todos.

Cuando se observa tristeza, no es conveniente insistir acerca de los episodios cuyo recuerdo la genera, pensando que esto la desagotará y entonces la persona se liberará de ella, porque si hacemos esto sólo lograremos el efecto opuesto, y, sin querer, es posible que hundamos más a la persona en el ese mar oscuro. Entiendo que lo más adecuado con este polo emotivo es dejar que la persona que la está padeciendo se exprese y continuar hacia adelante.

Creo que la forma en que se trabajó con la tristeza fue adecuada, se permitió la expresión, no se ahondó en más datos del episodio, se los escuchó y se enfocó hacia el futuro.

En cuanto al otro polo, sólo en un momento Carmelo tuvo una expresión más cercana a la alegría, cuando abrazó a su consuegro.



Y todos habíamos terminado relativamente contentos con el desarrollo del proceso al final del primer encuentro. No así al finalizar el segundo, en que todos quedamos invadidos de una profunda tristeza.

La derivación de los abogados a mediación, indica una actitud de *confianza* hacia esta forma de resolución de conflictos, y probablemente esto fue determinante para que todos los participantes desde el principio no expresasen *miedo* sino, por lo contrario, *confianza*, tanto en el proceso como en las mediadoras. Esto se manifestó por la forma de narrar los hechos, contando intimidades, sin que se vislumbrara reserva de información.

Si tomamos el par calma-ira, creo que en algún momento, Marcelo, debe haber estado cerca del polo de la *ira*, pero ahora expresa una dolorosa *calma*.

Cuando hablamos de amor, lo hacemos siguiendo la definición de Humberto Maturana: "*El reconocimiento del otro como un legítimo otro*". Todos expresaban amor por Marcelino, habían estado y estaban interesados en su buen desarrollo y que tuviera lo mejor. Carlos había renunciado a darle su apellido para que el bebé pudiera tener los beneficios de la obra social. Marcelo sabía que lo mejor para una criatura era estar con sus padres. Carmelo quería mantener relación con su nieto, pero prefería que, hasta que mejorase la situación económica de Carlos, Marcelino se quedase con la familia del otro abuelo, porque iba a estar mejor que con ellos.

No cabe duda que alguna vez deben haber sentido *odio*, tanto Marcelo como Carlos, el uno contra el otro, pero no era lo que se observaba en ese momento.

En ninguna de las narrativas se habían ventilado episodios de violencia doméstica, por ello no analizaremos este tema en este caso, ya que parecía que no había existido en esta familia.

Si hubo una equivocación por nuestra parte en la conducción del proceso considero que ésta no estuvo vinculada al manejo de las emociones.

2) Sistema legal

Dado que existe legislación especial sobre familia, puede ser que la causa de un fracaso en mediación se deba al hecho de no haberla tenido suficientemente en cuenta.

No fue en esta área en la cual pudimos las mediadoras equivocarnos. Ambas partes contaban con asesoramiento legal, que se brindó durante el proceso, sobre todo en temas referidos a la tenencia o tuición, en forma clara, adecuada al vocabulario de los participantes. Si bien para nuestra legislación Carlos es menor de edad y no estaba emancipado por matrimonio, la presencia de Carmelo, padre de éste, brindaba el apoyo necesario.

Las personas involucradas en el proceso eran las que la ley exigía.

3) El derivador

Se entiende por derivador a la persona o institución que aconseja a los participantes realizar el proceso. Es importante tener en cuenta este elemento, porque muchas veces crea un metacontexto, que en alguna medida influye sobre todo el proceso.

En nuestro caso había sido un centro de asesoramiento legal gratuito.

Esta situación creo que tuvo una especial influencia porque las mediadoras quedamos prisioneras del contexto legal como más adelante se verá.

4) El proceso

La mediación se caracteriza por ser más estructurada que muchos modelos de terapia, pero menos que un proceso judicial. Esta flexibilidad tiene límites dentro de los cuales tenemos que movernos. Si no se respetan puede llevarnos al fracaso de la mediación.

En la actualidad divido el proceso en tres fases. Analizaremos cada una.

Fase Uno: En ella incluyo: presentación, discurso de apertura, exploración del problema, redefinición del mismo y construcción de la "agenda".

Todas estas subfases se realizaron correctamente. La decisión de comenzar con reuniones privadas, fue acertada, dado el alto contenido emotivo que en ellas se desenvolvió. Pudieron investigarse los intereses de los participantes. El interés compartido por ambas partes era el bienestar de Marcelino. Marcelo tenía un interés primordial que era obtener la tenencia del bebe; y Carlos y Carmelo compartían como interés principal el de ver a la criatura. En la reunión conjunta del primer encuentro, mediante la intervención historia alternativa, se llegó a que todos pudieran lograr una redefinición del problema centrado en el bienestar de Marcelino. Decidieron hablar primero de las visitas y dejar el tema de la tenencia para el próximo encuentro, dado lo larga que había resultado la mediación.

Fase Dos: Opciones: Las opciones con relación a las visitas a Marcelino por parte de Carlos y Carmelo se fueron generando fácilmente con la ayuda de los abogados. Si bien al principio Carlos y Carmelo querían ver al nene todos los días y "llevárselo a la casa" un fin de semana, negociaron y aceptaron comenzar con un régimen más espaciado (tres veces por semana) y dejar para más adelante el tema de llevárselo a su casa. Fue una negociación clara y operativa que realizaron entre ellos.



Es probable que parte de nuestra equivocación haya estado en no haber trabajado más profundamente con la técnica del "abogado del diablo" y no haber realizado más preguntas acerca de la forma en que iban a realizarse estas visitas.

Fase Tres: El acuerdo: Lo redactamos las medidoras en borrador con la intervención de todos los participantes: Carlos, Carmelo, Marcelo y los abogados, y luego lo tipeamos nosotras en la computadora. Fue un acuerdo: a) temporario, que regiría durante 15 días; y b) parcial, ya que quedaron temas pendientes para el próximo encuentro. No hubo ningún inconveniente en la redacción ni en la firma del mismo. Este tipo de acuerdos es habitual y conveniente en los primeros encuentros de mediaciones familiares y una de las causas del éxito de éstas, ya que al ser parcial, permite que el proceso total evolucione; y al ser temporario posibilita que se pueda poner a prueba lo acordado, antes que sea definitivamente fijado.

Al rever la forma en que se realizó el proceso, considero que éste fue adecuado, salvo lo expresado en cuanto a llevar a la reflexión para prevenir inconvenientes en la realización de lo acordado. Si lo hubiéramos hecho, probablemente acá hubiera aparecido Maléfica.

5) Cuestiones de género

Las familias están usualmente constituidas por hombres y mujeres, por lo tanto las cuestiones de género son parte de su vida. Además, es en ellas donde más se juegan los mitos sobre los roles femeninos y masculinos. Por otra parte, las mujeres somos las encargadas por la cultura de transmitirlos a las siguientes generaciones.

El subsistema de los participantes estaba constituido por Marcelo, Carlos y Carmelo, obviamente, eran hombres. El subsistema de mediadores estaba constituido por mujeres. El subsistema de abogados era el único mixto: un hombre y una mujer.

Estábamos frente a dos familias que habían sido monoparentales durante gran parte del tiempo de crianza de sus hijos; lo singular de ambas familias era que el padre a cargo había sido un hombre. Esta función de crianza la habían desarrollado en forma exitosa, contradiciendo el mito cultural de que sólo son las mujeres las que pueden criar satisfactoriamente a los hijos.

Probablemente esto tuvo influencia en la situación.

Si bien es muy habitual que en las mediaciones familiares los participantes lloren, creo que el llanto de los hombres conmueve más a las mujeres, que cuando las que lloran son mujeres. ¿Generó esto una parálisis en las mediadoras?



Nos queda pendiente otra pregunta ¿Hubiera sido diferente nuestra aproximación si el subsistema de mediadores hubiera estado constituido por un hombre y una mujer?

6) Características familiares

Desde mi punto de vista, este elemento, la familia, es fundamental tenerlo en cuenta en las mediaciones familiares. Lo que distingue este tipo de mediación de las otras es que el subsistema "participantes" tiene la característica de constituir otro sistema, que, además, tiene historia. Y es esta la diferencia que genera una diversa conducción del proceso.

Por ello, dada la importancia que le asigno, y por considerar que no haber reflexionado lo suficiente sobre ello fue, quizá, la causa de nuestra equivocación, le dedicaré un amplio espacio.

Considerando que quien abandonó la mediación fue Marcelo, me detendré en cada uno de los siguientes ítems a analizar más profundamente a la familia Martínez.

a) El ciclo de vida de la familia y de los integrantes

El concepto de "Ciclo de vida de la familia" pertenece al campo de la terapia familiar, y desde allí ha sido tomado para aplicarlo a la mediación familiar. Nos permite construir hipótesis acerca de cuáles son las problemáticas que probablemente aparecerán según sus miembros estén en una etapa u otra, y de esta forma prever inconvenientes.

La vida familiar es un proceso que se desarrolla en el tiempo y que atraviesa distintos momentos, y es necesario que se produzcan cambios para poder transitarlos. Esta variación se da tanto en función de quiénes son los integrantes, cómo se modifican las relaciones entre ellos, cuáles son las diferentes tareas que la sociedad espera que cumplan los distintos miembros de la misma a lo largo de toda su evolución individual, en relación con otro u otros integrantes de la familia y también con quienes no están dentro de los muros que la propia familia construye.

Cualquier cambio en alguno de estos elementos, si lo vemos a través de la "reja sistémica", va a implicar cambios en el sistema familiar.

Es decir, el sistema familiar varía, y estas variaciones pueden ser conceptualizadas en ciclos.

Hay dos teorías sobre ciclo de vida, las he denominado en otros trabajos, como tradicional y nuevo⁷.

⁷ En SUARES, Marínés, *Mediando en Sistemas Familiares*, se encuentran desarrollados los conceptos y características de ambos Ciclos de Vida.



El ciclo de vida tradicional es el más conocido, y divide la evolución de las familias en doce etapas:

1. Cortejo;
2. Pareja;
3. Llegada de los hijos;
4. Lactancia;
5. Jardín de Infantes;
6. Escolaridad primaria;
7. Escolaridad secundaria o adolescencia;
8. Ida de los hijos;
9. Nido vacío;
10. Recortejo;
11. Viudez; y
12. Muerte.

En nuestro caso es necesario que previamente definamos cuáles son las unidades familiares que tenemos en cuenta, los Castillo o los Martínez, ya que cada una de ellas se encuentra en una etapa distinta. Si nos referimos a la familia formada por Marcelo, Micaela y sus dos chicos, éstos están entrando a la tercera etapa: "Jardín de Infantes", pero si incluimos a Mariano, hijo de Marcelo y María, estarían en la etapa de la "Adolescencia". En cuanto a los Castillo, podemos decir que han pasado en pocos meses de la etapa de la "Adolescencia" (de Carlos) a la "Ida de los hijos" y luego al "Nido vacío", para volver a la primera, es decir, a la "Adolescencia". Por otra parte, la familia que formaron Carlos, Marcela y Marcelino, ha transitado también rápidamente desde la "Adolescencia" a la "Pareja", para llegar luego a la "Viudez".

Este es uno de los problemas⁸ de este ciclo de vida. En las familias como la de nuestro caso, no resulta operativo porque es difícil ubicarla claramente en una etapa.

Esta no-identificación, nos permite concluir que esta es una familia singular y compleja.

Según el Nuevo Ciclo de Vida de Steinglass⁹, las familias pueden evolucionar a lo largo de 3 fases:

1. Fase inicial: establecimiento de límites y formación de la identidad familiar.
2. Fase intermedia: compromiso y estabilidad.
3. Última fase: aclaración y legado.

⁸ La otra crítica que yo le formulo al Ciclo de Vida Tradicional, es que está centrado casi exclusivamente en el desarrollo de los niños y no de todos los miembros de la familia.

⁹ STEINGLASS, Peter: *La familia Alcohólica*. Barcelona, Gedisa, 1989.



Estas fases han sido definidas en función de tres elementos: *rutinas, rituales y forma de resolución de problemas*, y cada una de ellas se caracteriza por tareas específicas que todos los miembros de la familia deben realizar.

En una apretada síntesis, diré que la primera y tercera fase se caracterizan por ser morfogenéticas, es decir, los miembros de la familia tienen que realizar gran cantidad de cambios para adaptarse a las nuevas situaciones que se les presentan; en tanto que la segunda fase, llamada de "compromiso y estabilidad", es morfoestática, o sea que está caracterizada por la repetición de las pautas adquiridas y no es necesario, como en la etapa anterior, la continua renegociación.

Si tomamos las dos familias, o sea los Martínez y los Castillo, encontramos que la familia Martínez, estaba, aun antes de todos estos episodios, transitando por la primera fase, como debe realizarlo toda "gran familia", ya que hacía sólo poco más de cuatro años desde que Micaela, al casarse con Marcelo, se había incorporado a la familia anterior, y todos sus miembros estaban en la tarea de "negociar" todo, desde las *rutinas* pequeñas cotidianas, tales como los horarios, las comidas, los roles, etcétera, como así también los rituales para todo tipo de situaciones, por ejemplo, para los festejos de cumpleaños. Las *rutinas* y los rituales estaban en permanente construcción y cambio. Carlos nos había contado que Marcela no se llevaba bien con Micaela "*porque le cambió la casa*". Con respecto a la resolución de problemas, seguramente aún no habían establecido una forma singular para esta familia. Podríamos concluir que la incorporación de esta Micaela dentro de la antigua familia Martínez (que posiblemente en aquel momento estaba transitando una segunda fase), la había transformado en una nueva familia, más aún con la llegada de los dos hijos de Micaela y Marcelo. Era una familia que estaba en permanente cambio, o sea, en una etapa *morfogenética*. La posterior inclusión de Carlos, evidentemente debe haber aumentado la necesidad de nuevas readaptaciones en una familia que aún no había logrado su nueva identidad, al mismo tiempo que la nueva pareja comenzaba a luchar para llegar a tener la suya propia. El nacimiento de Marcelino y la muerte de Marcela muy probablemente debieron influir, generando aún mayor inestabilidad.

Todas las familias transitan irremediabilmente por esta situación, y algunas familias no pueden pasar a la siguiente etapa, porque no logran realizar las tareas indispensables y propias de esta fase que nos demandan mucho tiempo y energía durante 6 ó 7 años. Al finalizarla, la familia tiene una idea clara acerca de cuáles son las rutinas, los rituales y la forma de solucionar los conflictos, pero además ha logrado en ese proceso una clara identidad, sobre todo acerca de quiénes son sus miembros y quiénes no la constituyen, y cómo serán sus relaciones intrafamiliares (con los que sí considera sus miembros) y extrafamiliares (con aquellos que ha definido como extraños a la familia, por ejemplo los familiares políticos, pero también los abogados y los mediadores).



O sea, los Martínez eran una familia en la primera fase, que aún no había llegado a la segunda. Este hecho, puede haber tenido una influencia importante en nuestra equivocación.

Esta segunda fase, que probablemente no había sido alcanzada, se caracteriza porque la familia ha logrado una identidad, reconocida tanto por sus miembros como por los que quedan del otro lado del muro familiar. Esta identidad, se alcanza después de que cada uno ha construido una idea clara de los otros; a esto lo llamamos "*mutua representación interna*", que transforma en predecible o, por lo menos, reduce la incertidumbre acerca de la forma en que ejercen sus roles, y sobre las acciones y decisiones que son esperables de parte de cada uno de los miembros de la familia. La identidad familiar transforma a este núcleo en predecible, no sólo para sus miembros sino también para los de afuera.

Con respecto a la familia Castillo, ellos habían tenido un desarrollo con menos cambios, ya que después de la ida de María, la madre de Carlos, éste y su padre Carmelo, habían constituido una familia monoparental, en la cual, según lo que relataban, no había habido inclusiones de otras personas, y antes de que Carlos fuera a vivir con Marcela, estaban transitando la segunda fase.

Una de las características de la tercera fase es la modificación del número de integrantes ocasionada por las inclusiones y las pérdidas de personas que se producen dentro de la familia, lo que lleva a que ésta deba producir modificaciones para adaptarse a estos hechos, tanto en el caso de aceptación como de rechazo. La identidad de la familia, tan trabajosamente construida durante la primera fase, y mantenida a lo largo de la segunda, vuelve a tambalearse. Generalmente, el casamiento de un hijo implica que éste formará otra familia, y mantendrá con la de origen un nuevo tipo de relación. El hijo y su mujer comenzarán a desarrollar su primera fase, una de cuyas tareas es el establecimiento del tipo de relación que se mantendrá con cada una de las familias de origen.

En el caso que nos ocupa, queda claro que a la familia Martínez debió resultarle muy difícil tener que producir estas modificaciones correspondientes a la tercera fase, que implican la inclusión de nuevas personas, en nuestro caso Carlos y luego Marcelino, sin haber construido en forma firme la identidad de la nueva familia que integraban Micaela, Marcelo, los dos hijos de ambos y los dos hijos de María.

No habernos detenido a pensar en todo esto, puede ser una de las causas de la equivocación que cometimos.

El concepto de "ciclo de vida" puede ser aplicado también a cada individuo. Para establecerlo debemos tomar en cuenta la edad y las funciones que desarrolla cada persona.

En nuestro caso, los participantes habían concurrido en los roles de: abuelos: Carmelo y Marcelo; y de padre: Carlos, que se caracterizaba por ser un padre muy joven, menor de edad aún, y cuya experiencia en el rol era menos que mní-

ma. La edad de los abuelos posiblemente nos dificultó observar el otro rol que también ejercía Marcelo: padre. También deberíamos haber tenido en cuenta la edad de Marcelino: nueve meses.

Si hubiéramos tenido en cuenta estos datos, posiblemente no nos hubiéramos deslizado a la equivocación.

b) Tipo de familia

Dentro de las tipologías de familia la más conocida es la de Minuchin¹⁰, que ubica a las familias en un *continuum* que va desde familias aglutinadas a desligadas. La familia Martínez, por los datos que aportaron, parecería constituir una familia aglutinada.

Este tipo de familia se caracteriza por: continua e importante interacción entre todos sus miembros; necesidad de proximidad espacial en sus viviendas que facilite esta interacción casi continua; límites o fronteras débiles dentro del sistema familiar, pero una frontera rígida hacia el mundo exterior, que transforma a quienes no pertenecen a la familia en posibles "sospechosos". Una de las ventajas que presentan estas familias es que sus miembros se otorgan un gran soporte en los momentos difíciles y también en las situaciones alegres. La dificultad que generan es que sus integrantes tienen problemas para desarrollar su individuación, sobre todo para aquellos que alguna de sus metas difiere de las familiares.

Es muy común que con familias aglutinadas, como mediadores tengamos que trabajar mucho antes que nos acepten dada su frontera rígida hacia el exterior. El riesgo también se presenta cuando esto ocurre y nos incluyen dentro de su *éjido*, porque entonces nos cuesta abandonar el sistema.

La familia Martínez parecería que coincide con estas características.

Si bien la idea de que ésta era una familia aglutinada estuvo presente en la cabeza de las mediadoras, no se realizaron intervenciones que chequeasen estas circunstancias. Esta ausencia pudo haber sido una de las causas de la equivocación.

c) Características singulares de la familia: Estructura familiar

Todos, mediadores y no mediadores, tenemos una idea de familia, y muchas veces ésta puede no coincidir con la idea que tienen los participantes del proceso y/o con las definiciones legales, sobre todo en temas referidos a derechos y obligaciones de los miembros.

El primer punto a dilucidar para comprender nuestro caso es quiénes conforman esta familia.

Desde el punto de vista de quiénes son los integrantes, podemos distinguir tres clases de familia:

¹⁰ MINUCHIN, Salvador: *Familias y terapia familiar*. Barcelona, Garnica, 1977.



- 1) La familia tipo: integrada por padres e hijos. En nuestro caso tenemos cinco familias tipo dentro de esta "gran familia", a saber:
 - a) Castillo - Martínez: integrada por Marcela, Carlos y Marcelino;
 - b) Martínez (anterior): que había estado integrada por Marcelo, María y sus dos hijos: Marcela y Mariano;
 - c) Nueva familia Martínez: compuesta por Marcelo, Micaela y sus dos hijos Máximo y Mauricio;
 - d) Castillo conformada por Carlos y Carmelo y la esposa de éste, Cándida;
 - e) Y, por último, la nueva familia constituida por Cándida con su actual pareja y los hijos de ambos, de los cuales no tenemos datos.
- 2) La familia extensa: es la que crece hacia arriba y hacia abajo y está constituida por las tres generaciones:
 - a) Abuelos: Martínez: Marcelo y su esposa fallecida María; Castillo: Carmelo y su esposa Cándida de quien no se tiene noticias, ni de su paradero ni de su vida.
 - b) Hijos: Martínez: Marcela y su hermano menor Mariano; Castillo: Carlos;
 - c) Nietos: Marcelino.
- 3) La familia expandida: Crece hacia los costados, está conformada por los nuevos cónyuges y sus hijos, o sea los "astros" (madrastra, padrastro, hijastros, etc.) y también por los "ex", (los ex-esposos, ex-suegros, ex-cuñados, etcétera). En nuestro caso, ésta era una familia expandida hacia los dos costados:
 - a) Castillo: Cándida había formado una nueva pareja y tenía hijos, pero no estaban involucrados ni en el proceso ni en la vida de Carlos, por lo menos por ahora.
 - b) Martínez: Marcelo había vuelto a contraer matrimonio y constituido una familia en la cual convivían en forma permanente sus hijos del primer matrimonio, su actual esposa Micaela y los hijos de esta nueva unión.

Surge la pregunta: la familia que nos ocupa, ¿a qué tipo pertenecía? Desde mi punto de vista, la considero como una familia a la vez extensa, ya que los abuelos de ambos lados están totalmente involucrados, y *expandida*, ya que Marcelo ha vuelto a casarse y tiene una nueva esposa y dos hijos de esta unión. También Cándida ha formado una nueva familia.



IV. NUESTRA EQUIVOCACIÓN

Si recapitulamos en lo que citamos hasta ahora, podríamos destacar algunos indicios prácticos y deducciones teóricas.

Indicios prácticos

- 1) En el primer encuentro, en las narrativas de los Castillo, se dijeron frases que podrían haber generado preguntas por parte de las mediadoras. Los indicios más importantes fueron:

"El bebé ahora esta mejor con sus hermanitos (en realidad son tíos)".

"Marcela, no se llevaba bien con Micaela 'porque le cambió la casa'".

- 2) En la narrativa de Marcelo, también hubo manifestaciones que hubieran necesitado preguntas:

"... luego se volvió a casar hacía poco más de 4 años y tenían con su actual mujer Micaela, dos varones más de 3 y 2 años, Máximo y Mauricio".

"... Él y Micaela, se habían hecho cargo de todo, y lo criaban como a un hijo más. Estaba muy bien, muy sanito".

- 3) El genograma (ver figura 1) hablaba por sí mismo. El diagrama nos mostraba una familia que crecía en las dos direcciones: hacia arriba (familia extensa) hacia ambos costados (familia expandida).

- 4) Del segundo encuentro, a pesar de lo breve, podemos rescatar también indicadores

"La tarea acordada fue llevada a cabo, 2 veces estuvo presente Marcelo cuando se realizaron las visitas y las demás veces sólo estuvo presente Micaela".

"... el bebé estaba dormido y cuando se despertaba lloraba".

Deducciones teóricas

A lo largo de este trabajo, hemos concluido algunas de las características de esta "gran familia" en general, y en especial de la familia Martínez, que nos ha llevado a definirla como:

- a) Familia extensa y expandida
- b) Transitando por la primera fase del Nuevo Ciclo de Vida (Steinglass)
- d) Aglutinada



Analicemos cada una de estas conclusiones:

a) Familia extensa y expandida

Hubiéramos necesitado detenernos en el genograma y reflexionar acerca de qué tipo de familia era ésta que teníamos diagramada, no de acuerdo a nuestras ideas de familia, sino en función de los conceptos teóricos que nos permiten diferenciar familias tipo, extensa y expandida, y entonces, al ver que esta familia crecía hacia arriba y hacia los costados, deberíamos haber concluido que esta era una familia extensa y expandida, y que las personas representadas en los "costados del mismo", que la transformaban en familia expandida: Micaela y sus hijos y Cándida y sus hijos, no estaban en la sala de mediación. Si bien no era legalmente necesario que estuvieran, ni siempre es indispensable su presencia, hubiera sido necesario explorar esta circunstancia. Probablemente entonces, al registrar estas ausencias hubiéramos reflexionado sobre la necesidad y conveniencia de que fueran invitadas. Posiblemente hubiéramos concluido que la presencia de Cándida no era indispensable (por otra parte Carlos y Carmelo ignoraban su paradero), pero sí era absolutamente imprescindible la de Micaela. Frente al hecho de que ella no estaba físicamente en el encuentro de mediación, y esto era insalvable, deberíamos haber generado alguna forma de "traerla" en la narrativa, o incluirla de alguna manera en la tarea, o invitarla expresamente por medio de una carta para el próximo encuentro. Con respecto a sus hijos, Máximo y Mauricio, aún hoy no considero imprescindible su presencia, aunque me parece que siempre es beneficioso tener una reunión con toda la familia, que nos permita observar las interacciones entre ellos. En nuestro caso nos hubiera interesado observar fundamentalmente quién se relacionaba y en qué forma con Marcelino.

b) Ciclo de Vida

Las edades de las personas a veces nos confunden. Marcelo tenía aproximadamente 50 años, pero estaba con su familia volviendo a vivir una primera fase del ciclo de vida, como cualquier pareja casada hace poco tiempo, y probablemente no habían construido la mutua representación interna. Marcelo no supo transmitirnos, o él mismo no sabía cómo reaccionaría Micaela a los acuerdos a que estábamos llegando. Por esto he dicho que la intervención del abogado del diablo, nos hubiera sido de gran utilidad.

Además si pensamos en la edad de Marcelino, 9 meses, es muy probable que las visitas se hayan transformado en un infierno, ya que lo característico de esta etapa es la llamada "angustia de los 8 meses", que consiste en una reacción de llanto de los bebés ante los extraños, en este caso, ante su padre y abuelo paterno. Las visitas deben haber roto la calma del hogar y el bebé puede haber quedado



excitado llorando si se le había cortado su rutina de sueño. Esta abuelastra estaba cumpliendo el rol de madre, no sólo con sus hijos, sino que posiblemente lo había estado intentando con los otros hijos de Marcelo, y en ese momento seguramente con Marcelino.

c) *Aglutinada*

He dicho anteriormente que los Martínez eran una familia *aglutinada*. Una de las características de este tipo de familia es que tienen un límite o frontera muy permeable entre sus miembros y muy rígido con las personas externas a la familia, que se transforman en sospechosas. Por lo tanto, deberíamos haber trabajado más para lograr que todos sus miembros nos aceptasen. La ausencia de Micaela hacía imposible esta completa aceptación. Ella era la "abuelastra" y desde el punto de vista legal no era parte, no pertenecía; podríamos decir, a la familia, no tenía por qué ser citada. Sin embargo no sólo era quien había estado permanentemente a cargo del bebé desde su nacimiento, sino que era la esposa actual de Marcelo; los límites entre Marcelo y ella, por el tipo de familia que eran, debían de ser muy permeables, y para ella, muy posiblemente, nosotras, las mediadoras, y toda la mediación en sí, por pertenecer al mundo "extramuros" debían ser sospechosas. Generar la confianza de Micaela, debió haber sido una primera meta estratégica fundamental en esta mediación.

V. TRANSFORMANDO LA EQUIVOCACIÓN EN ERROR

Co-construyendo a Maléfica

En las mediaciones en políticas públicas se tiene muchísimo cuidado para determinar a quiénes debe citarse a la mediación, para que ninguna parte se sienta excluida. Se dice que, como en el clásico de la "Bella durmiente del bosque", aquella persona que es excluida es como el hada "Maléfica" que puede hacer dormir a la mediación durante cien años. En las mediaciones en sistemas familiares también es imprescindible tener este mismo cuidado.

Nosotros no invitamos a Micaela, esta fue nuestra equivocación.

- Al no haber citado a Micaela, sin querer la excluimos. Se había acordado una tarea que la involucraba en su realización y, además, ella debía después de que se efectuaba la misma, soportar los efectos en el bebé y calmarlo. Tampoco la invitamos al próximo encuentro. Si bien desde el punto de vista legal no tenía por qué ser citada, sí debió estar presente



desde la ley singular de esta familia. Ella era una persona clave en esta situación: había estado permanentemente al lado de Marcelino, lo había criado como a un hijo más desde su nacimiento y durante esos 9 difíciles meses de esta familia en pleno duelo. Sin embargo, en la mediación no la habíamos tenido en cuenta, la marginamos, la excluimos, la invisibilizamos. Watzlawick llama a este acto comunicacional: desconfirmación.

- Si siguiendo a Michel Foucault aceptamos que el "poder" es co-construido, podemos concluir que esta demostración de poder de Micaela, fue la respuesta a la marginalización a la que la sometimos.

Creo que dos elementos más influyeron para no darnos cuenta que estábamos circulando por el camino equivocado:

- El metacontexto legal, tanto por el contexto social del momento (Ley de Mediación de la Capital Federal), como por la derivación (consultorio de atención legal gratuito). Probablemente las mediadoras quedamos presas del mismo y desperdiciamos nuestros conocimientos de psicología.
- Cuestiones de género, ya que es probable que la defensa tan fuerte que habían realizado ambos abuelos acerca de que los hombres también pueden encargarse de la crianza de niños, y manifestada explícitamente como objetivo por parte de Carlos, nos fascinó, porque así como uno queda atrapado en los mitos tradicionales, también queda paralizado por la fascinación que producen los contramitos, sobre todo cuando la transgresión *igualdad entre el hombre y la mujer* ha sido puesta en acción. Esto nos hizo perder de vista que en el caso de Marcelino la crianza estaba en manos de una mujer, Micaela, para quien, posiblemente, el mito tradicional sólo las mujeres pueden criar, era válido. Y no la habíamos invitado, ni tenido en cuenta, ni habíamos dado cabida a su creencia acerca de la crianza, y ella nos hizo sentir su poder, porque probablemente temió que le quitaran al niño.

Sin querer, habíamos co-construido a Maléfica. Esta fue nuestra equivocación hoy transformada a partir de estas reflexiones, en error.

VI. APRENDIZAJES

Desde entonces, en la conducción de las mediaciones familiares he incorporado reflexiones e intervenciones específicas que me parece muy importante tener presentes:

1. Una pregunta que hoy considero indispensable realizar en todas las mediaciones familiares es: *¿Desde el punto de vista de ustedes, alguna otra persona debería estar acá con nosotros?*
2. Dado que dedico más tiempo a reflexionar en las características singulares de la familia, construyo hipótesis (acerca del ciclo de vida, tipología y estructura) que me llevan a generar preguntas para confirmarlas o rechazarlas.
3. No olvido que las familias tienen dos "legislaciones" que la regulan: la del país al que pertenece y la "singular" generada por esa familia. Y ambas deben ser conocidas por los mediadores, la primera por el estudio de la misma, la segunda por la exploración que se realiza durante la mediación.
4. Estoy sumamente atenta a los mitos de género, pero también a los "contramitos", por lo menos a todos los que "veo", ya sé que hay muchos que deben pasármese porque "no veo que no los veo".
5. "El abogado del diablo", está siempre a mi lado, sobre todo en el momento de la construcción del acuerdo y muy especialmente cuando se van a llevar a cabo "tareas" para poner a prueba el acuerdo provisorio. Desde entonces incluyo en la mayoría de los casos la siguiente pregunta: "¿Quién no estaría de acuerdo o en alguna forma le molestaría o podría incluso oponerse a esto que están Uds. ahora acordando?"
6. Por último, trato de transmitirlo a todos los mediadores interesados en este tema, para que, apoyándose sobre mi anterior equivocación transformada hoy en error puedan llegar a estos aprendizajes, ya que, los he llevado a la práctica durante años y han demostrado su utilidad.



BIBLIOGRAFÍA

BATESON, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*. Buenos Aires, Lolhé, 1976.

BATESON, Gregory, *Espíritu y naturaleza*. Buenos Aires, Amorrortu, 1980.

DÍEZ, Francisco y Gachi TAPIA *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires, Paidós, 1999.

FOUCAULT, Michel, *Arqueología del saber*. Madrid, La Piqueta, 1992.

MATURANA, Humberto, *El sentido de lo humano*. Santiago, Chile, Dolmen-Granica 1997.

MINUCHIN, Salvador: *Familias y terapia familiar*. Barcelona, Granica, 1977.

SUARES, Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós, 1996.

SUARES, Marínés: *Mediando en sistemas Familiares*. Buenos Aires, Paidós, 2002.

STEINGLASS, Peter y otros: *La familia alcohólica*. Barcelona, Gedisa, 1989.

STONE, Douglas y otros: *Conversaciones difíciles*. Colombia, Norma, 1999.



CUANDO ENCAUZAMOS LOS INSULTOS PARA TRANSFORMARLOS EN RESPETO:

La mediación escolar como excusa¹

Carmen Romero Durán

Responsable del Área de Mediación Escolar de Acord,
Servicio de Mediación -Girona- España

Miércoles 8 de noviembre: "Primer día de clase. Avisada de que me dirigía a un grupo de chicos y chicas difícil yo creía ir preparada para todo y convencida que las actividades lúdicas que había escogido casi meticulosamente para esta primera sesión, les gustarían y facilitarían mi trabajo.

Los muchachos y muchachas me escuchan durante breves minutos. Parece ser que interpretan la actividad que propongo como un divertimento. Chicos que se levantan. Gritan y vocean. ¿Deseosos de movimiento?, probablemente sí. Exaltación que se multiplica por minutos. Unos hacen sus gracias como saltimbanqui por encima de mesas y sillas. Taponar con el dedo el grifo abierto parece ser el quehacer de otros que intentan mojar a sus compañeros. El de más allá enciende la inoportuna televisión que hay en clase. Alguno pretende ayudarme y me sugiere que castigue: "tienes que castigarlos, castígalos; todos los profesores tienen que castigarlos". Esto es increíble, no dejan de impresionarme. Ahora aparece algún mensaje anónimo y ofensivo contra mi persona cosa que me extraña y sorprende ya que nos acabábamos de conocer y aún no he tenido tiempo para darles motivo. Otro hace acrobacia en la viga que sobresale del techo... A decir verdad y aunque de poco consuelo me sirve en estos momentos, alguno intenta escucharme...

¹ Quienes estén interesados en obtener más información sobre esta experiencia pueden dirigirse a Acord, Servicio de Mediación. C/ Acacias Nº 7, 17853, Argelaguer, Girona, España. <mailto:cromero@acordsc.com>, www.solomediacion.com/ Tel. 972 68 73 78 Fax 972 70 32 56



Gran espectáculo el que me organizan. Increíble la inesperada obra que se representa ante mis ojos, hubiese jurado que llevaban largas horas de ensayo. Tengo casi la seguridad que me la ofrecen a mí. La función empieza y transcurre de manera frenética y alborotada. Parecen ser grandes actores...

(Extraído de los apuntes de mi diario de clase)

Era mi primer día en esta actividad extraescolar con un grupo de 12 chicos y chicas de edades comprendidas entre 11 y 15 años. La periodicidad del trabajo, inicialmente, era de una hora semanal y dos meses.

Personalmente no conocía el grupo, pero asesorada ampliamente por el profesorado, estaba convencida que me dirigía a un grupo de los que suele adjetivar como difícil. Informada de que eran chicos y chicas agresivos, malhablados, desobedientes y revoltosos, para los que las peleas, insultos, enfrentamientos, expulsiones, incluso expedientes académicos era la tónica diaria de su vida en el centro.

Como mediadora profesional externa al centro educativo, era la encargada de realizar un taller de Mediación y Resolución de Conflictos. Con anterioridad programé el taller tomando como referencia los contenidos y esquema típico de otros talleres ya realizados y orientados a jóvenes (con temas como el conflicto, habilidades comunicativas, negociación y mediación acompañado de dinámicas, que para otros jóvenes habían resultado atrayentes y divertidas). Rápidamente me di cuenta que esto, en este caso concreto, no iba a funcionar.

Por momentos podría haberme invadido el pánico, pero me esforcé en recordar algo que aprendí en mis estudios de resolución de conflictos y mediación: "El pánico no es buen consejero a la hora de encontrar la solución más acertada a un conflicto", esto me ayudó.

Ahora, después de pasado un tiempo, creo que los chicos y chicas fueron los que, en aquel inolvidable primer día de clase, empezaron a darme a mí la primera lección. Ésta podría resumirse así: "Nosotros nos relacionamos provocando y esperando que el adulto nos castigue para revelarnos y no hacerle caso". Desde luego que me plantearon el ejercicio más difícil que hasta el momento había encontrado en mi carrera profesional como mediadora escolar.

Esta primera sesión transcurrió de manera que yo nunca hube imaginado. Me despedí del grupo de alumnos hasta la sesión de la próxima semana, recordé que la asistencia a aquella clase era voluntaria, que me gustaría volverles a ver a todos y que yo no estaba allí para castigar sino para realizar actividades con las que pudiésemos pasárnoslo lo mejor posible.

A partir de estos momentos era urgente, por mi parte, cambiar el enfoque del taller; era necesario repasar apuntes, bibliografía, etc. Había que volver a reali-

zar un nuevo análisis de la situación que me ayudase a entenderla mejor, a poder superar la utilización de métodos disciplinarios para controlar a los chicos/as. Había que encontrar un abordaje más positivo y educativo adaptado a las características concretas del grupo de muchachos/as con el que me había tocado trabajar.

En estos momentos y de inmediato tenía que volver a replantearme de nuevo:

- ¿Cuáles son los objetivos educativos que perseguimos?
- ¿Cuáles son las experiencias educativas que debemos ofrecer para alcanzar dichos resultados?
- ¿Cómo debemos organizar estas experiencias educativas?

Por un lado me fue de gran ayuda las ideas de J. L. Martorell recogidas en su libro "¿Qué nos pasa una y otra vez"? Éste trata del Análisis Transaccional desde el que se analizan las relaciones interpersonales. Nos habla de los "juegos" psicológicos, como un tipo de relación negativa y repetitiva donde los jugadores tienen predeterminados sus papeles y siguen unas reglas. Los "juegos" a menudo tienen un cariz dramático para los jugadores. A estos "juegos" le asigna las siguientes características:

- Son situaciones que se repiten con frecuencia.
- Suceden siempre de un modo similar.
- Al final todos los que intervienen reciben su "premio" es decir, sentirse mal de una u otra forma.

Dicho autor nos comenta que un "juego" progresa hacia un resultado previsto y bien definido.

Personalmente me sentí apoyada por algunas ideas que extraje del libro y entendí que aquellos chicos y chicas no ignoraban mi presencia, en absoluto. Hubiese sido una interpretación errónea no haberlo entendido así. Simplemente se trataba de un "juego" en el que pretendían que yo "jugase".

Era bastante obvio que sus espectaculares y poco apropiadas actuaciones iban dirigidas principalmente hacia el adulto que tenían delante, a llamar su atención, a provocar, a entablar contacto con él, también a comunicarse, cosa que en cierta manera es positiva. Por supuesto que incluso para el adulto que pueda llegar a interpretar la situación que estamos relatando desde estos parámetros, no es una situación ni fácil ni tampoco deseable, pero tenemos que admitir que son situaciones reales y con las que a menudo tenemos que lidiar en nuestro trabajo como educadores. Guardar la calma nos puede ayudar a entender, a captar otro tipo de lenguaje, a observar otros matices, a intuir una intervención más acertada, a buscar, y si es necesario, inventar otras vías de acercamiento y comunicación en la que las dos partes puedan sentirse identificadas y próximas.



Actuar de esta forma puede suponer para la mayoría de nosotros un gran esfuerzo, pero puede sernos de gran utilidad el conocer cuándo nuestros alumnos plantean "juegos" y así, decidir conscientemente si queremos formar parte de ellos como "jugadores" o no. Esta conciencia también nos da la posibilidad de proponer como adultos, modos de relación más sanos y efectivos para lograr el bienestar de las personas, como nos dice Martorell.

Volviendo a las ideas que relata J.L. Martorell en su libro, entendí que mis alumnos habían querido entablar un "juego" conmigo (con sus gritos, saltos, provocaciones, etc.) y yo no acepté. Podría ser muy probable que éste fuese el mismo "juego" que practicaban con el resto de adultos del Centro.

También entendí que como "premio" buscaban el castigo y las reprimendas del adulto que en esta ocasión, y creo que por suerte, no encontraron. Sus "juegos" conmigo empezaron a derrumbarse.

Por otro lado, urgía volver a replantear la situación y la programación. A parte de la información que yo había recibido de los maestros acerca de las características de este grupo, era necesario conocer los gustos, aficiones preferidas, deseos, necesidades, etc., de los chicos y chicas, y ser éste el nuevo punto de arranque de nuestro trabajo. Se les presentó un cuestionario con la finalidad de recoger los datos anteriormente citados.

El cuestionario les resultó difícil de contestar. Los chicos y chicas estaban bastante confusos, no sabían nombrar las cosas que les gustaba hacer. Decidí optar por la observación directa en ámbitos naturales y sin intervención por mi parte. Esta observación la llevé a cabo en espacios de juego como el patio de la escuela y otros lugares donde transcurría su tiempo libre.

A partir de la observación directa lo primero que descubrí fue su entrega apasionada hacia el fútbol y también otras aficiones como dibujar, escuchar un tipo determinado de música y el malabarismo o actividades relacionadas con acrobacias o circo.

A partir de los datos recogidos reestructuré el trabajo de la siguiente manera, resumidamente:

Objetivos:

- Conseguir despertar en los adolescentes una chispa de ilusión e interés con las actividades propuestas en las sesiones de trabajo.
- Introducir algún concepto relacionado con el conflicto y su tratamiento pacífico.
- Conseguir que sintiesen respeto hacia mí, como adulto responsable del grupo.

El trabajo se organiza a cuatro niveles:

1. Replanteamiento del taller de mediación tomando como eje central el fútbol.
2. Taller para profesores que tenían relación más directa con estos alumnos/as.



3. Trabajo individual.
4. Abordaje de las situaciones conflictivas

1.Replanteamiento del taller de mediación tomando como eje central el fútbol

Al taller se le denomina "Tú decides" y se toma como centro básico de interés el fútbol, que es acompañado y complementado por los demás centros de interés como el dibujo y la pintura, la música, el malabarismo o pequeñas celebraciones de cumpleaños.

El nuevo trabajo parte de la siguiente pregunta: "Para jugar fútbol, ¿qué necesitan y no tenéis?".

La pregunta resultó en aquel momento casi mágica, más aún porque habían dejado aplazado el partido de fútbol para asistir a mi clase. Gran interés por proponer ideas y a la vez, poca credibilidad respecto a poder conseguir lo que pedían.

El trabajo transcurre en bastantes sesiones de trabajo donde se va desmenuzando y recogiendo en apuntes, lo que ellos creen que necesitan para jugar fútbol y todo lo que ellos pueden hacer para poder conseguirlo.

Se sigue el siguiente proceso:

- Cada uno en su papel tiene que escribir al menos cinco cosas de las que cree necesita para jugar al fútbol.
- Se exponen en grupo todas las necesidades individuales.
- Se propone realizar una agenda con todos los temas que interesan a todos (rápidamente se ofrecen secretarios voluntarios).
- Ahora se desdobra la agenda inicial en otras dos, una recogerá los temas comunes a todos y otra los temas no comunes.

Por consenso ordenan las prioridades de lo que necesitan (por ejemplo, lo primero que les interesa conseguir a todos son unas redes para las porterías de fútbol).

¿Qué pueden hacer para conseguirlo? Aquí investigan los diferentes precios. Relacionan precio con calidad y es unánime la respuesta que para conseguir la red necesitan dinero. Volvemos a trabajar con la técnica de la lluvia de ideas de las que salen afinidad de maneras diferentes para conseguir el dinero. Entre todos deciden realizar un sorteo como la idea más adecuada; (aquí nuevamente hay que pensar qué quieren sortear y cómo). Dinero inicial que prudentemente se podría invertir, ¿quién lo comprará o manera de recoger el material para rifarlo?, ¿cuándo realizar el sorteo?, ¿a quién pueden vender los números?, ¿qué sistema utilizar para hacer los números del sorteo?, ¿quién guardará el dinero? ¿a quién pueden pedir ayuda? ¿cómo pueden mostrar su agradecimiento a las personas que han colaborado con ellos?...



Con tiempo, muchísima ilusión, entusiasmo, dedicación, compañerismo y concentración por parte de los chicos y chicas se van realizando todos los preparativos para el sorteo. Por pequeños grupos y según sus preferencias se reparten muy laxamente las tareas a realizar. Todo a punto. Regalo en sorteo expuesto al público y llega el día que ellos habían creído más oportuno para vender los números. Era una fiesta para padres celebrada en la escuela. Frenética y respetuosamente, tal y como se había ensayado con anterioridad, explicaban a los padres el motivo de la rifa y ofrecían números. Buena aceptación por parte de los padres. Salió el agraciado en el sorteo al que se le entregó el regalo. Una vez hecho el recuento del dinero se volvió a preguntar si aún estaban todos de acuerdo en comprar las redes para las porterías de fútbol. Con su consentimiento compré las redes que en catálogo habían escogido y las llevé a clase envueltas en un paquete. Aquella escena quedó gravada en mi mente, os puedo asegurar que no la olvidaré. Desbordaban de alegría, los ojos les brillaban, saltaban de júbilo, me abrazaban y daban las gracias. Inolvidable.

La actividad que acabo de relatar anteriormente se compaginaba con otras actividades como dibujo, pintura, música, celebración de aniversarios, etc. Observé que era importante realizar en una misma sesión dos o tres actividades diferentes y no repetir la actividad a menudo para ir conservando el interés de los chicos y chicas y evitar así el dar lugar al descontrolado alboroto.

Paralelamente iba introduciendo algunos de los conceptos básicos que solemos trabajar en un taller de mediación estandarizado. Estos conceptos eran introducidos en momentos oportunos y esporádicos. Como los que enumero a continuación:

- Diferentes percepciones de una misma cosa.
- A un problema le podemos dar muchas soluciones. Una de ellas sería la violenta pero hay muchísimas más.
- Ir diferenciando lo que pedimos desde las posiciones y lo que pedimos desde los intereses.
- Diferenciar entre conducta asertiva y agresiva.
- Diferenciar el sentimiento de agresividad y la acción de agredir.
- Separar las personas de los problemas. Respetar a las personas y ser duro con los problemas.
- Si tenemos entre manos dos o más cosas para solucionar, empecemos por la más fácil.
- No nos atasquemos en el pasado, enfoquemos las cosas hacia el futuro.
- Tener en cuenta los sentimientos de cada uno.
- Ponerse en el lugar del otro.
- Valorar la participación de todos.

El tiempo marcado para este taller que inicialmente era de 2 meses se amplió, por demanda de los alumnos, a todo el curso escolar.



2. Taller para profesores que tenían relación más directa con estos alumnos/as

Se realiza un taller con dichos profesores con la finalidad de dar herramientas que les fuesen útiles para poder mejorar su trabajo diario con estos alumnos y alumnas.

3. Trabajo individual

Será un espacio individual donde el adulto ayude a los chicos y chicas a expresar, analizar y reflexionar sobre diferentes cosas que hayan pasado o algún tema que les preocupe. Un espacio de atención individual desde el que facilitaremos la expresión de sentimientos, miedos y deseos. Donde motivaremos a chico y chicas a pensar en estrategias que puedan utilizar para afrontar futuras situaciones de conflicto de manera positiva.

4. Abordaje de situaciones conflictivas

Para presentarles qué era y para qué servía la mediación, pasé un vídeo que relata con claridad el proceso de mediación entre iguales en el que dos compañeros se habían peleado. Seguidamente pasamos un pequeño cuestionario para recoger su opinión y preguntarles si les gustaría ejercer de mediadores, en la que todos menos uno dijeron que sí.

Aproveché para presentarles el servicio de mediación del centro en el que yo, de manera provisional era la mediadora hasta que el colegio tuviese sus propios mediadores.

Se realizaron dos mediaciones y me comentaron cosas como: "Desde que venimos a mediación, gracias a ti no nos peleamos tanto". "Hablar como se habla en mediación es hablar bien."

Algunos matices que caracterizan a estos chicos y chicas y coincidiendo con F. Cerezo 2001 son:

- Mucha facilidad para culpar a los demás. La responsabilidad es del exterior y no de ellos.
- Se muestran bastante indiferentes a las necesidades de los demás.
- Tienen poco control de sus relaciones sociales.
- Tienen dificultad para aprender del castigo.
- Quieren controlar su entorno con la violencia.
- Toleran muy bien la violencia y tienen poca necesidad de reparar lo que estropean.
- Muchas veces no ven la conducta agresiva como tal.
- No piensan en las consecuencias de sus actos.



VALORACIÓN

La valoración de esta experiencia la calificaría de dureza mezclada con satisfacción. Los objetivos marcados se han conseguido. En los adolescentes se despertó interés e ilusión por el taller. Pedían el aumento de horas semanales.

Los chicos se han implicado y aunque con su quehacer movido y ajetreado han respondido positivamente.

Como anécdota puedo explicar la satisfacción que yo sentía cuando algún chico se dirigía a mí con algún tono de voz o expresión que sus compañeros podrían interpretar como insultante y me defendían diciendo algo así como: "Tío, eso no se lo digas a la Carmen, le hablas bien".

A medida que pasaban los días me iba sintiendo más aceptada, acogida, querida y respetada por los chicos y chicas.

CONCLUSIONES

- Para que algo cambie a positivo en estos chicos-as es necesario un cambio de actitud, interpretación y compromiso por parte de los adultos que los atienden.
- Esta línea de trabajo requiere una continuidad.
- Aunque parezca todo perdido, aún quedan cosas que podemos hacer.
- Hay que buscar dinámicas a partir de las necesidades del alumnado y que aprendan a partir de éstas.
- El respeto hay que ganárselo, no imponerlo.
- Fijarnos en las cosas positivas de los alumnos para poder avanzar.
- Guardar la calma en momentos críticos es de gran ayuda.
- El pánico es mal consejero a la hora de enfrentarnos a los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

MARTORELL J. L., *¿Qué nos pasa una y otra vez? Análisis transaccional en la familia*, Madrid, Padres y Educadores, 1988.

CEREZO F., *La violencia en las aulas*, Madrid, Pirámide, 2001.

ROMERO, C., *Mediación Escolar*, C., Barcelona, Edita ICESB, Escuela Universitaria de Trabajo Social, 2000.





Justicia Restaurativa

Kathleen Daly
Vernon Jantzi
Alejandra Diaz
Lynette Parker



JUSTICIA RESTAURATIVA: La historia real*

Kathleen Daly

Associate Professor

School of Criminology and Criminal Justice,
Griffith University, Brisbane.

RESUMEN

En el planteamiento de aquellos que abogan por una justicia restaurativa hay cuatro mitos, a saber, 1) la justicia restaurativa se opone a la justicia retributiva; 2) la justicia restaurativa utiliza prácticas de la justicia indígena y fue la forma dominante de la justicia premoderna; 3) la justicia restaurativa es una respuesta "de cuidado" (femenina) al delito comparada con una respuesta "de justicia" (masculina); y 4) es posible esperar que la justicia restaurativa produzca cambios importantes en las personas. Sobre la base de estudios que he realizado en Australia y Nueva Zelanda, demuestro que la historia real de la justicia restaurativa difiere en gran medida de la *historia verdadera* mítica de quienes la propugnan. A pesar de lo que señalan sus defensores, hay vínculos entre la retribución y la restauración (o reparación), la justicia restaurativa no debiera ser considerada una justicia premoderna y femenina, son contadas las historias contundentes de reparación y buena voluntad, y la materia prima para la posibilidad de que se dé una reparación entre víctimas e infractores puede ser escasa. Según Engel¹, el mito remite a una historia real; su verdad dice relación con "los orígenes, con el nacimiento, con los inicios... con la manera como algo comenzó a ser". A su vez, las historias de los orígenes "guardan un conjunto de oposiciones"² de modo que al contar una historia verdadera, quienes lo hacen trascienden la adversidad. Haciendo una comparación de la historia verdadera de la justicia restaurativa según sus defensores con la historia real, presento una lectura crítica y favorable del esfuerzo por llevar adelante su idea.

* Artículo traducido con autorización de su autora, del original en inglés denominado "Restorative Justice: The Real Story", publicado anteriormente en *Punishment and Society* (2002), Vol. 4, Nº 1, pp. 55-79. Traducción al español de Carmen Gloria Garbarini y revisión final de Alejandra Díaz Gude.

¹ ENGEL, David (1993) Origin myths; narratives of authority, resistance, disability, and law, *Law & Society Review* 27(4): pp.791-92.

² Ibidem, op. cit.: p.821.



Concluyo con una reflexión acerca de si el futuro político de la justicia restaurativa está más seguro si se cuenta la historia verdadera mítica o la historia real.

Palabras claves:

Justicia restaurativa, conferencia, justicia retributiva, mitos acerca de la justicia.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA HISTORIA REAL

I. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, han visto la luz muchos escritos que condenan y elogian la justicia restaurativa; sin embargo, en contraposición a esta voluminosa literatura de crítica y defensa, el registro empírico de lo que ocurre en terreno es sumamente pobre³. Mi intención al escribir este informe es mostrar la "historia real" de la justicia restaurativa, una historia que refleje lo que se ha aprendido de la investigación de las "conferencias"⁴ en Australia y Nueva Zelanda. Hay cierta iro-

³ Ejemplos de defensores son BAZEMORE, Gordon and Lode WALGRAVE, (1999) *Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform*, in G. Bazemore and L. Walgrave (eds.) *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, pp. 45-74. Monsey, NY: Criminal Justice Press; BRAITHWAITE, John (1999), *Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts*, in M. Tonry (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research* 25, Chicago: University of Chicago Press; CONSEDINE, Jim (1995) *Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*. Lyttelton, New Zealand: Ploughshares Publications; UMBREIT, Mark (1994) *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. Monsey, NY: Criminal Justice Press. 1994; VAN NESS, Daniel and Karen STRONG (1997) *Restoring Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing; y ZEHR, Howard. (1995) *Justice paradigm shift? Values and vision in the reform process*, *Mediation Quarterly* 12(3): pp. 211-12. Entre los escépticos y críticos se cuentan ASHWORTH, Andrew (1993) *Some doubts about restorative justice*, *Criminal Law Forum* 4: pp.277-99; BLAGG, Harry (1997) *A just measure of shame? Aboriginal youth and conferencing in Australia*, *British Journal of Criminology* 37(4): pp. 481-501; DELGADO, Richard (2000) *Prosecuting violence: a colloquy on race, community, and justice*, *Stanford Law Review* 52: pp.751-74; HUDSON, Barbara (1998) *Restorative justice: the challenge of sexual and racial violence*, *Journal of Law and Society* 25(2): pp. 237-56; LEVRANT, Sharon, Francis T. CULLEN, Betsy FULTON, and John F. WOZNIAK (1999) *Reconsidering restorative justice: the corruption of benevolence revisited?*, *Crime & Delinquency* 45(1): pp. 17-22; y PAVLICH, George C. (1996) *Justice Fragmented: Mediating Community Disputes under Postmodern Conditions*. New York: Routledge. Como la idea de la justicia restaurativa es nueva, las publicaciones que informan de sus resultados son escasas. Entre éstas, hay algunas contribuciones en colecciones editadas por BAZEMORE, Gordon

nía, sin duda, en la propuesta que hago de contar la historia real de la justicia restaurativa. Son muchas las historias y ninguna es la historia real. Voy a contar lo que he aprendido en mi estadía en terreno, que comenzó a principios de los años 1990⁵ y se intensificó en 1995 cuando me fui a Australia a trabajar con estudiosos de la justicia restaurativa de la Universidad Nacional de Australia e inicié mi propio programa de investigación.

He tardado un tiempo en comprender la idea de la justicia restaurativa. Al comienzo, mis interrogantes se centraban en lo que estaba ocurriendo en el proceso de conferencia de justicia juvenil, en lo que se decían las víctimas, los infractores y sus defensores, en el tipo de relación que se establecía, en lo que los profesionales (coordinadores y policía) creían que estaba ocurriendo, en si tenían o no peso las críticas de la conferencia, especialmente desde una perspectiva feminista e indígena. Comencé a observar conferencias en 1995 y desde entonces, creo haber observado unas 60; y como parte de un proyecto amplio sobre conferencia en Australia Meridional, los integrantes de mi equipo de investigación y yo observamos 89 conferencias de justicia juvenil y entrevistamos a más de 170 jóvenes (infractores) y víctimas relacionadas con ellos en 1998 y nuevamente en 1999⁶.

and Mara SCHIFF (eds.) (2001) *Restorative Community Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing; CRAWFORD, Adam and Jo GOODEY (eds.) (2000) *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth; HUDSON, Joe, Allison MORRIS, Gabrielle MAXWELL, and Burt GALAWAY (eds.) (1996) *Family Group Conferences: Perspectives on Policy and Practice*. Monsey, NY: Criminal Justice Press; y MORRIS, Allison and Gabrielle MAXWELL (2001) (eds.) *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing Ltd.

⁴ Las conferencias son reuniones en las que uno o varios infractores, sus defensores, una o varias víctimas y sus defensores y otras personas habilitadas se encuentran para analizar el delito, su impacto y la sanción (o reparación) apropiada. La conferencia, que está dirigida por un coordinador y es presenciada por un oficial de policía, se utiliza normalmente como una alternativa al juicio en tribunales, pero también se puede utilizar para recomendar una sentencia a los jueces. Las conferencias guiadas por la policía son muy atípicas en el sistema de conferencias de Australia y Nueva Zelanda, si bien se practican más en el Reino Unido y en Norteamérica. BARGEN, Jenny (1996) Kids, cops, courts, conferencing and children's rights: a note on perspectives, *Australian Journal of Human Rights* 2(2): pp. 209-28; DALY, Kathleen and Hennessey HAYES (2001) Restorative justice and conferencing in Australia, *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice* No. 186. Canberra: Australian Institute of Criminology. www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi186.html; y HUDSON et al., op. cit., para una visión general de las variaciones jurisdiccionales en Australia y Nueva Zelanda.

⁵ BRAITHWAITE, John and Kathleen DALY (1994) Masculinities, violence and communitarian control, in T. Newburn and E. A. Stanko (eds.) *Just Boys Doing Business?*, pp. 189-213. New York: Routledge.



Mi perplejidad era mayor a medida que aumentaba el número de procesos de conferencia que observaba, la cantidad de personas involucradas que escuchaba, el número de sesiones de justicia restaurativa a que asistía y el volumen de literatura sobre justicia restaurativa que leía.

Al descubrir que había una brecha sustantiva entre lo que aprendía con mi estudio en terreno y lo que decían los detractores y defensores de la justicia restaurativa, decidí contar la historia real y lo hago analizando cuatro mitos que caracterizan las historias y las afirmaciones de sus defensores:

1. La justicia restaurativa se opone a la justicia retributiva;
2. La justicia restaurativa utiliza prácticas de la justicia indígena y fue la forma dominante de la justicia premoderna;
3. La justicia restaurativa es una respuesta "de cuidado" (femenina) al delito, comparada con una respuesta "de justicia" (masculina);
4. Es posible esperar que la justicia restaurativa produzca cambios importantes en las personas.

Si bien ahondo más en lo que señalan sus defensores, ello no quiere decir que no pueda haber igual distorsión por parte de sus detractores. Además, hay diferencias entre sus propios defensores acerca del significado y de la práctica de la justicia restaurativa; por ende, la caracterización que yo hago de la postura de quienes la defienden pretende mostrar su énfasis general, no sugerir uniformidad.

Utilizo el concepto de mito de dos maneras. En primer lugar, se puede entender simplemente como una verdad parcial, una caracterización distorsionada que debe ser corregida por la evidencia histórica o contemporánea. En segundo lugar, se puede entender como una forma especial de narrativa. Siguiendo a Engel⁷, el mito "se remite no a la fantasía ni a la ficción, sino a una "historia verdadera"... que es sagrada, ejemplar, significativa". La "verdad" del mito difiere de la "verdad" de las versiones históricas o científicas. Engel sugiere que el mito "difiere de otras formas de narración" por cuanto "se relaciona con orígenes, con nacimiento, con

⁶ DALY, Kathleen, Michele VENABLES, Mary MCKENNA, Liz MUMFORD, and Jane CHRISTIE-JOHNSTON (1998) *South Australia Juvenile Justice (SAJJ) Research on Conferencing, Technical Report No. 1: Project Overview and Research Instruments (Year 1)*, School of Criminology and Criminal Justice, Griffith University, Brisbane, Queensland. www.aic.gov.au/rjustice/sajj/index.html; DALY, Kathleen (2001b) *South Australia Juvenile Justice (SAJJ) Research on Conferencing, Technical Report No. 2: Research Instruments in Year 2 (1999) and Background Notes*. School of Criminology and Criminal Justice, Griffith University, Brisbane, Queensland. www.aic.gov.au/rjustice/sajj/index.html

⁷ ENGEL, David, op. cit., pp. 790-92



los inicios... con la forma cómo algo... comienza a *ser*". Al analizar las "historias de los orígenes" de padres de niños con discapacidad, descubre que "éstos perciben el mundo como un conjunto de oposiciones que se originan en el diagnóstico de su hijo"⁸. Una historia de los orígenes recurrente es que el profesional (un médico) está errado respecto de su primer diagnóstico y "lo que creen los padres ha triunfado por sobre la opinión del profesional"⁹. De esta forma, cuando los padres vuelven a narrar su historia, "se logra nuevamente el final triunfador". El acto mismo de repetir una narración es una forma de asegurar que ... los valores y las consecuencias del mito triunfarán por sobre el dolor, la oposición y el desorden. Engel dice que este sentido de triunfo revela "el poder afirmativo, creativo del mito", donde el mito "echa por tierra el tiempo" y "la obra del mito [trasciende la adversidad]"¹⁰.

Cuando comencé a escribir este informe, utilicé el concepto de mito como verdad parcial, contrapunto desde el cual podía escribir una historia más fidedigna. Sin embargo, al analizar los mitos, comencé a verlos desde una perspectiva distinta, como dice Engel, como historias de origen que "encierran un conjunto de oposiciones"¹¹. Si bien dedicaré la mayor parte del análisis a contar la historia real de la justicia restaurativa utilizando el mito como verdad parcial, también ofrezco una versión favorable de la historia verdadera de la justicia restaurativa según sus defensores al considerar el mito como un dispositivo creativo para trascender la adversidad. Concluyo con una reflexión acerca de si el futuro político de la justicia restaurativa está mejor asegurado si se cuenta la historia real o bien la historia verdadera mítica.

II. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN

No resulta fácil definir la justicia restaurativa, puesto que incluye una variedad de prácticas en diferentes etapas del proceso penal, como la derivación de casos fuera del proceso judicial formal y en forma previa a la acción judicial por parte del fiscal (*diversion*), acciones que se emprenden en paralelo a las decisiones del tribunal y reuniones entre víctimas e infractores en *cualquier etapa* del proceso penal (por ejemplo, arresto, etapa previa a la sentencia, liberación de la prisión). Considerando todas las situaciones legales que involucran asuntos penales indivi-

⁸ ENGEL, David, op. cit., p. 821.

⁹ Ibidem, op. cit., p. 821.

¹⁰ Ibidem, op. cit., pp. 823-24.

¹¹ Ibidem, op. cit., p. 822.



duales, se han aplicado procesos de justicia restaurativa sólo a aquellos infractores que han admitido ser culpables; siendo así, se relaciona con la fase punitiva del proceso penal para infractores confesos, no con la fase de investigación. La justicia restaurativa se utiliza no sólo para asuntos penales juveniles y de adultos, sino también para variados asuntos civiles, como bienestar de la familia y protección de menores, y disputas en colegios y lugares de trabajo. Cada vez es más frecuente encontrar este término asociado a la resolución de conflictos políticos más amplios, como la reconstrucción de Sudáfrica después del *apartheid*¹²; Ruanda después del genocidio¹³, e Irlanda del Norte después del sectarismo¹⁴.

Considerando la extraordinaria diversidad de significados del término y de los escenarios en que se ha aplicado, resulta importante para fines analíticos relacionarlo con un contexto y con un conjunto de prácticas particulares. En este artículo, analizo su uso en la respuesta a un acto delictual individual (en comparación con el conflicto político, que es más amplio); y al revisar lo que se sabe acerca de las prácticas de justicia restaurativa, me concentro en estudios de conferencias de justicia juvenil en Australia y Nueva Zelanda, con especial énfasis en mi trabajo de investigación en Australia Meridional. Sin embargo, aunque se acote el enfoque a las respuestas a un acto delictual individual, persiste el problema de la definición. Un motivo es que como la idea de la justicia restaurativa se ha vuelto sumamente común a nivel de los gobiernos, en la actualidad el término se aplica a posteriori a programas y políticas que han existido por un tiempo, o bien se usa para describir un mantenimiento del orden y unas políticas correccionales supuestamente nuevas¹⁵. No podremos estar seguros de lo que ocurre ni del grado en que cualquiera de estas prácticas más nuevas o con una nueva presentación se pueden considerar "restaurativas", hasta que no se lleve a cabo un cuidadoso trabajo empírico.

¹² Comisión de Verdad y Reconciliación Sudafricana, 1998; CHRISTODOULIDIS, Emiliós (2000) Truth and reconciliation as risks, *Social & Legal Studies* 9(2), pp. 179-204, para una evaluación más crítica.

¹³ DRUMBL, Mark A. (2000) Retributive justice and the Rwandan genocide, *Punishment & Society* 2(3), pp. 287-308.

¹⁴ DIGNAN, Jim (2000) *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review*. Belfast: The Stationery Office Bookshop, pp. 12-13.

¹⁵ Véase LA PRAIRIE, Carol (1999) Some reflections on new criminal justice policies in Canada: restorative justice, alternative measures and conditional sentences, *Australian and New Zealand Journal of Criminology* 32(2), pp. 139-52, para Canadá; y CRAWFORD, Adam (2001) The prospects for restorative youth justice in England and Wales: a tale of two acts, in K. McEvoy and T. Newburn (eds.) *Criminology and Conflict Resolution*, forthcoming. London: Macmillan, para Inglaterra y Gales.

Quienes defienden la justicia restaurativa están muy preocupados por distinguir entre aquellas prácticas que se acercan o se alejan del ideal restaurativo y existe un debate acerca de cómo trazar la línea en un continuum de prácticas. Una definición, propuesta por Marshall¹⁶, es que la justicia restaurativa es 'un proceso en el cual todas las partes implicadas en un delito particular se juntan para resolver en forma colectiva cómo actuar con posterioridad al delito y cómo enfrentar las repercusiones que éste tendrá en el futuro'. Esta definición, que McCold¹⁷ asocia con el modelo "purista" de la justicia restaurativa, ha sido criticada por otros defensores de la justicia restaurativa que sostienen que esa definición es demasiado limitada porque sólo contempla reuniones cara a cara, enfatiza el proceso por sobre la finalidad primaria de reparar un daño, y las acciones de reparación pueden requerir la consideración de respuestas coercitivas¹⁸. Estos últimos plantean la necesidad de un modelo "maximalista", en el que la justicia se define como "toda acción orientada básicamente a hacer justicia mediante la reparación del daño que ha causado el delito"¹⁹. En este debate, sólo se considera la aplicación de la justicia restaurativa en casos de justicia juvenil; y, sin embargo, seguimos asistiendo al debate y a la incertidumbre acerca del tamaño óptimo del "paraguas" de la justicia restaurativa y acerca de cuáles son las prácticas que debieran incluirse.

McCold²⁰ construyó un diagrama *ven* para distinguir prácticas que considera que son totalmente, principalmente o sólo parcialmente restaurativas. Sugiere que se dan prácticas totalmente restaurativas en la intersección de los tres círculos de "reparación a la víctima", "responsabilidad del autor del delito" y "comunidades de cuidado y reconciliación". En esa intersección se ubican prácticas como círculos de paz, círculos de sentencia y conferencias de diversos tipos.

Afuera de la intersección se ubican las prácticas que él define como principalmente restaurativas (comisiones de verdad y reconciliación, mediación víctima-autor del delito, entre otras) o sólo parcialmente restaurativas (tribunales de reparación, paneles de asistencia juvenil, reparación a la víctima). Los tres círculos se relacionan con los tres principales "afectados" por un delito: víctimas, autores

¹⁶ MARSHALL, Tony (1996) The evolution of restorative justice in Britain, *European Journal of Criminal Policy and Research* 4(4), p. 37.

¹⁷ MCCOLD, Paul (2000) Toward a holistic vision of restorative juvenile justice: a reply to the maximalist model, *Contemporary Justice Review* 3(4), p. 358.

¹⁸ WALGRAVE, Lode (2000) How pure can a maximalist approach to restorative justice remain? Or can a purist model of restorative justice become maximalist?, *Contemporary Justice Review* 3(4): p. 418.

¹⁹ BAZEMORE, Gordon and Lode WALGRAVE, op. cit., p. 48.

²⁰ MCCOLD, Paul, op. cit., p. 401.



del delito y “comunidades” (que incluyen a los miembros de la familia y a los amigos de las víctimas y de los autores de un delito, a los vecinos que se han visto afectados y a la sociedad general). Usando el diagrama de McCold, el trabajo de investigación que se ha revisado hasta aquí consiste en prácticas relacionadas con un modelo “totalmente restaurativo”, si bien como señala McCold (con lo que concuerdo), ello no garantiza que las prácticas sean “restaurativas”.

Una revisión selectiva de las muchas listas de “elementos esenciales” de la justicia restaurativa²¹ muestra los siguientes elementos comunes: énfasis en el rol y la experiencia de las víctimas en el proceso penal; participación de todas las partes competentes (incluidos la víctima, el autor del delito y sus defensores) en el análisis del delito, su impacto y lo que se debiera hacer para “reparar el daño”; y el proceso de toma de decisiones que realizan los participantes ya sean legos o profesionales legales. Si bien las definiciones y las listas de elementos esenciales de la justicia restaurativa varían, todas muestran una notable uniformidad en cuanto a la definición de la justicia restaurativa por referencia a lo que no es y que se denomina *justicia retributiva*.

III. MITOS ACERCA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Mito 1.

La justicia restaurativa se opone a la justicia retributiva.

Al comenzar a estudiar lo que se ha escrito sobre la justicia restaurativa, lo primero que se aprende es que ésta difiere enormemente de la justicia retributiva. Se dice que:

- la justicia restaurativa se aboca a *reparar el daño* causado por un delito, en tanto que la justicia retributiva se aboca a *castigar un delito*;
- la justicia restaurativa se caracteriza por crear una situación de *diálogo y negociación* entre las partes, en tanto que la justicia retributiva se caracteriza por generar una situación de *relaciones de confrontación* entre las partes; y
- la justicia restaurativa asume que los *miembros de la comunidad u organizaciones* tienen un rol más activo, en tanto que para la justicia retributiva, la ‘comunidad’ está *representada por el estado*.

²¹ Como DIGNAN, Jim, op. cit., pp. 4-7; MCCOLD, Paul, op. cit., pp. 364-72; Ministerio de Justicia de Nueva Escocia, 1988: pp.1-2; ZEHR, Howard, op. cit.: pp. 211-12, por nombrar algunos.

Resulta muy sorprendente que todos los elementos relacionados con la justicia restaurativa sean buenos, en tanto que todos aquellos relacionados con la justicia retributiva sean *malos*. Esta relación de oposición entre la justicia retributiva y la restaurativa no la plantean sólo quienes son partidarios de esta última, sino que cada vez es más frecuente verla canonizada en libros de texto de criminología y de justicia juvenil. Entonces, surge la interrogante de si se está o no en lo cierto.

Sobre una base empírica y normativa, sugiero que al caracterizar los objetivos y las prácticas de la justicia, esta relación de oposición no es exacta ni justificable. Si bien no soy la única que tiene esta posición²², en general está avalada por un escaso número de quienes nos movemos en este terreno. A pesar de las buenas intenciones de sus partidarios, esta relación de oposición es una enorme simplificación sumamente engañosa que se utiliza para convencer de la superioridad de la justicia restaurativa y de su gama de productos. Para simplificar esta acción, se debe marcar límites definidos entre la justicia *buen*a (restaurativa) y la *mal*a (retributiva), a las que se podría agregar la *fea* (de rehabilitación). Sus defensores parecen creer que un sistema de justicia ideal sería de un solo tipo, que debiera ser puro y no estar contaminado ni mezclado con otros²³. Antes de comprobar los problemas que plantea esta posición, hago una interpretación favorable de lo que creo que intentan decir quienes la defienden.

"La psicología de la justicia punitiva" de Mead²⁴ contrasta dos métodos para reaccionar frente a un delito. El primero, que denominó "la actitud de hostilidad hacia el autor del delito"²⁵, "contiene las actitudes de retribución, represión y exclusión"²⁶ y ve en el infractor a un "enemigo". El segundo, ejemplificado en los (entonces) emergentes tribunales juveniles, es la "actitud reconstructiva"²⁷, que in-

²² Véase BARTON, Charles (2000) Empowerment and retribution in criminal justice, in H. Strang and J. Braithwaite (eds.) *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, pp. 55-76. Aldershot: Ashgate/Dartmouth; DUFF, R. Antony (2001) Restoration and retribution, Paper presented to Cambridge Seminar on Restorative Justice, Toronto, May; MILLER, Seumas and John BLACKLER (2000) Restorative justice: retribution, confession and shame, in H. Strang and J. Braithwaite (eds.) *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, pp. 77-91. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.

²³ Incluso cuando plantea la necesidad de integrar la justicia restaurativa, reparativa y transformativa.... con el procesamiento de violaciones paradigmáticas de los derechos humanos, DRUMBL, Mark A., op. cit., p. 296, es incapaz de evitar utilizar el término retributivo para referirse a respuestas que debieran estar reservadas para la minoría.

²⁴ MEAD, George Herbert (1917-18) The psychology of punitive justice, *The American Journal of Sociology* 23, pp. 577-602 [reprinted in *The Sociology of Punishment*, Dario Melossi (ed.)].

²⁵ *Ibíd*em, op. cit., p. 227.

²⁶ *Ibíd*em, op. cit., pp. 226-27.

²⁷ *Ibíd*em, op. cit., p. 234.



tenta “comprender las causas del desmoronamiento social e individual, reparar... la situación defectuosa”, determinar la responsabilidad “no para aplicar un castigo sino para lograr resultados futuros”²⁸. Muchos defensores de la justicia restaurativa ven el mundo de la justicia a través de los lentes de Mead; rechazan la “actitud de hostilidad hacia el infractor”, no desean verlo como un “enemigo” y buscan una forma de justicia alternativa. Con eso estoy de acuerdo, como no tengo ninguna duda de que lo están muchos otros investigadores y observadores de las prácticas del sistema de justicia. No obstante, la ‘actitud de hostilidad’ es una caricatura de la justicia penal, que durante el último siglo y medio ha vacilado entre el deseo de “tratar” a unos y “castigar” a otros, y que sin duda no se puede encapsular en un solo término, a saber, “justicia retributiva”. Contrastando los objetivos (o principios) y las prácticas de la justicia, los partidarios de la justicia restaurativa no sólo le hacen un flaco favor a la historia, sino que también dan una visión limitada del presente. Suponen que las *prácticas* de la justicia restaurativa deben excluir elementos de retribución; y, al rechazar una “actitud de hostilidad”, suponen que también se debe rechazar la retribución como un *principio* de justicia.

Observando conferencias, descubrí que quienes participan se comprometen a incorporar de manera flexible *múltiples* objetivos de justicia, entre los cuales puedo señalar los siguientes:

- algunos elementos de justicia retributiva (es decir, censura por delitos pasados),
- algunos elementos de justicia de rehabilitación (por ejemplo, lo que debemos hacer para fomentar una conducta respetuosa de la ley), y
- algunos elementos de justicia restaurativa (por ejemplo, preguntar qué puede hacer el autor de un delito para reparar lo que le hizo a su víctima).

Al informar de estos hallazgos, un colega dijo “esto es un problema”²⁹. Su preocupación era que a medida que se incorporaba la justicia restaurativa en el sistema de justicia regular, terminaría siendo tan sólo un conjunto de “técnicas” en lugar de ser un “ideal de justicia... un ideal de sociedad”³⁰ y que se perderían sus valores centrales. Otro señaló (parafraseando) “bien puede la retribución estar presente ahora en las conferencias, pero supongo que no se podría plantear que debiera estar presente”³¹.

²⁸ Ibídem, op. cit., p. 231.

²⁹ WALGRAVE, Lode, comunicación personal.

³⁰ WALGRAVE, Lode (1995) Restorative justice for juveniles: just a technique or a fully fledged alternative?, *The Howard Journal* 34: pp. 240, 245.

³¹ BRAITHWAITE, John, comunicación personal.

Estos comentarios me indujeron a considerar la relación existente entre la justicia restaurativa y la retributiva y el rol del castigo en la justicia restaurativa, en términos normativos. Relevando datos de otros informes³² y argumentos de Barton³³, Duff³⁴, Hampton³⁵, y Zedner³⁶, he concluido que los principios aparentemente opuestos de retribución y reparación deben ser considerados como dependientes el uno del otro. La censura retributiva debiera darse idealmente antes de que sea posible realizar gestos de reparación (o de que exista el interés o la acción de una víctima por negociarlos) en un sentido ético o psicológico. Tanto la censura como la reparación pueden ser experimentadas como un "castigo" por parte de los infractores (incluso si no es la intención de quienes toman las decisiones), y tanto la censura como la reparación deben producirse antes de que una víctima o una comunidad pueda "reintegrar" a un infractor en la comunidad. Estas interacciones complejas y contingentes se expresan de diversas maneras y no es pertinente considerar que deben seguir una secuencia determinada. Tampoco se puede suponer que deban producirse acciones posteriores, como el perdón de la víctima al autor del delito o la reconciliación entre la víctima y el infractor (u otras). Esto puede tardar mucho tiempo e incluso puede no darse jamás. En la literatura que defiende este planteamiento, sin embargo, se aprecia una disposición a "reparar el daño", a "sanar a quien ha sido víctima de un delito", o a "reintegrar a los infractores", con mucha prontitud, pasando por alto una fase crucial de "imputar la responsabilidad a los infractores", que es la parte retributiva del proceso.

³² Como DALY, Kathleen and Russ IMMARIGEON (1998) The past, present, and future of restorative justice: some critical reflections, *Contemporary Justice Review* 1(1): pp. 21-45: pp. 32-35; DALY, Kathleen (2000a) Revisiting the relationship between retributive and restorative justice, in H. Strang and J. Braithwaite (eds.) *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, pp. 33-54. Aldershot: Ashgate/Dartmouth; DALY, Kathleen (2000b) Sexual assault and restorative justice, paper presented to Restorative Justice and Family Violence Conference, Australian National University, Canberra, July. www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly.html

³³ BARTON, Charles, op. cit.

³⁴ DUFF, R. Antony (1992) Alternatives to punishment — or alternative punishments?, in W. Cragg (ed.) *Retributivism and Its Critics*, pp. 44-68. Stuttgart: Franz Steiner; y DUFF, R. Antony (1996) Penal communications: recent work in the philosophy of punishment, in M. Tonry (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research* 20: pp. 1-97. Chicago: University of Chicago Press.

³⁵ HAMPTON, Jean (1992) Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution, *UCLA Law Review* 39: pp. 1659-1702; y HAMPTON, Jean (1998) Punishment, feminism, and political identity: a case study in the expressive meaning of the law, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 11(1): pp. 23-45.

³⁶ ZEDNER, Lucia (1994) Reparation and retribution: are they reconcilable?, *Modern Law Review* 57: pp. 228-50.



Un obstáculo importante para la comunicación de las ideas en torno a la relación entre la justicia retributiva y la restaurativa es que hay múltiples maneras cómo las personas comprenden y utilizan términos claves como castigo, retribución y punición. Algunos sostienen que el encarcelamiento y las multas constituyen un castigo porque son *privaciones deliberadas*, mientras que la libertad condicional o una medida de reparación, como realizar algún trabajo para la víctima de un delito no es un castigo porque *pretende ser una medida constructiva*³⁷. Otros definen el castigo de manera más amplia con el fin de que abarque cualquier cosa que no sea placentera, que sea una carga o una imposición de algún tipo; las intenciones de quien toma la decisión son menos significativas³⁸. Algunos utilizan la retribución para describir una *justificación* para el castigo (por ejemplo, que pretenda ser proporcional al daño provocado), mientras que otros la utilizan para describir una forma de castigo (por ejemplo, que pretenda ser de un tipo que es cruel o doloroso)³⁹. En cuanto a la proporcionalidad, quienes defienden la justicia restaurativa asumen posturas diversas: algunos evitan⁴⁰ el retribucionismo y en cambio se muestran a favor de una justificación consecuencialista flexible y de respuestas sumamente individualizadas; otros, en tanto, desean restringir las respuestas de la justicia restaurativa conforme a un criterio de proporcionalidad basado en el merecimiento (castigo o premio)⁴¹. En cuanto a la forma de castigo, algunos utilizan la retribución de manera neutra para referirse a una censura de los daños⁴², en tanto que la mayoría utiliza el término para connotar una respuesta punitiva que

³⁷ WRIGHT, Martin (1991) *Justice for Victims and Offenders*. Philadelphia: Open University Press.

³⁸ DAVIS, Gwynn (1992) *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice*. London: Routledge; DUFF, R. Antony (1992), op. cit.; y DUFF, R. Antony (2001), op. cit.

³⁹ Del análisis de COTTINGHAM, John (1979) Varieties of retribution, *Philosophical Quarterly* 29: pp. 238-46, acerca de los muchos significados de la retribución, los defensores de la justicia restaurativa tienden a utilizar el concepto de retribucionismo como pago (al que agregan un efecto punitivo) mientras que los teóricos que plantean el merecimiento (de castigo o premio), como VON HIRSCH, Andrew (1993) *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, utilizan el retribucionismo como merecido y sostienen que se debe separar la retribución de la punición.

⁴⁰ Como BRAITHWAITE, John and Phillip PETTIT (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. New York: Oxford.

⁴¹ VAN NESS, Daniel (1993) New wine and old wineskins: four challenges of restorative justice, *Criminal Law Forum* 4: pp. 251-76.; WALGRAVE, Lode and Ivo AERTSEN (1996) Reintegrative shaming and restorative justice: interchangeable, complementary or different?, *European Journal on Criminal Policy and Research* 4: pp. 67-85.

⁴² Como DUFF, R. Antony (1996), op. cit.

se asocia a emociones de venganza o a intenciones de infligir daño a quienes actúan al margen de la ley⁴³. El término *punitivo* se define sólo en contadas ocasiones, sin duda porque todos parecen conocer su significado. Precisamente porque este término se utiliza de acuerdo al sentido común de cada uno, (no sólo por estudiosos de la justicia restaurativa), existe confusión en torno a su significado. ¿Podríamos decir, por ejemplo, que toda sanción de la justicia penal es por definición "punitiva", pero que las sanciones pueden variar en un *continuum* de mayor a menor punitividad? ¿O bien, podríamos decir que algunas sanciones son no-punitivas y que los procesos de la justicia restaurativa pretenden maximizar la aplicación de sanciones no-punitivas? No intento arbitrar entre las muchas posturas acerca del castigo, la retribución y la punitividad. Los orígenes del antagonismo no sólo se explican por la variedad de *definiciones*, sino además por las diferentes *imágenes* que estas definiciones provocan en las personas acerca de las relaciones y las prácticas de la justicia. Sin embargo, una forma de aclarar en algo este asunto es conceptualizando el castigo, la retribución y la punitividad (y sus contrapartes negativas) como dimensiones separadas, en que cada una tenga su propio continuo de significados en lugar de refundirlas, como ocurre actualmente en la literatura.

Dado que los términos "justicia retributiva" y "justicia restaurativa" tienen significados y referentes muy contundentes y son muy utilizados por sus defensores (y otros) como metáforas de una justicia mala y de una justicia buena, tal vez se debiera desechar ambos términos al momento de analizar las prácticas actuales y futuras de la justicia y, en su lugar, podríamos referirnos a las formas "antigua" y "nueva" de la justicia moderna. Estos términos no aportan ningún contenido a los principios o prácticas de la justicia, pero en cambio ofrecen una forma de describir los avances en el campo de la justicia considerando la historia reciente y sabiendo que cualquier práctica "nueva" de justicia tendrá muchas reminiscencias de la "antigua" ⁴⁴. Estos términos permiten además describir y explicar un fenómeno más amplio, a saber, la profunda transformación de las formas y prácticas de la justicia que está ocurriendo en la mayoría de las sociedades desarrolladas de Occidente, y ciertamente en los países de habla inglesa que conozco. La justicia restaurativa es sólo una parte de esa transformación.

⁴³ WRIGHT, Martin, op. cit.

⁴⁴ Es importante enfatizar que las nuevas prácticas de la justicia no han sido aplicadas a la fase de investigación del proceso penal; se han usado casi exclusivamente para la fase de la sanción. Algunas afirmaciones comparativas acerca de las prácticas de la justicia restaurativa (como que no es adversarial cuando sí lo es el sistema de justicia retributiva) son engañosas en cuanto a que la justicia restaurativa sólo ve la fase de la sanción cuando es posible la negociación. Nadie hasta ahora ha esbozado un proceso judicial para aquellos que no han reconocido haber sido víctimas de un delito.



Con la expresión justicia antigua me refiero a prácticas modernas de justicia de tribunales, que no permiten ninguna interacción entre la víctima y el autor del delito, donde los partícipes legítimos y otros expertos hacen uso de la palabra y toman las decisiones y cuyo objetivo (declarado) es castigar o, a veces, reformar a un infractor. Con la expresión justicia nueva⁴⁵, me refiero a una variedad de prácticas recientes, que normalmente reúnen a las víctimas y a los infractores (y a otros) en un proceso en que tanto los participantes legos como los profesionales legales toman decisiones, y cuyo objetivo (declarado) es reparar el daño a favor de las víctimas, de los infractores y quizás de otros miembros de "la comunidad" de formas que a ellos les interesan^{46, 47}. Las prácticas de la nueva justicia constituyen uno de los varios avances en el campo de la justicia, que también incluye la "nueva penología"⁴⁸ y "políticas de castigos impensables"⁴⁹. El terreno está fragmentado y se mueve en sentidos contradictorios⁵⁰.

⁴⁵ Conocí el término *nueva justicia* en el análisis que hace LA PRAIRIE, Carol (1999) op. cit., de los avances en Canadá. Ella define las iniciativas de la nueva justicia como representativas de un distanciamiento de un discurso de justicia de punición y castigo hacia uno de reconciliación, sanación, reparación, compensación y reintegración (p.147), y considera estos avances como parte de un nuevo énfasis en la comunidad y en la asociación, según lo analiza CRAWFORD, Adam (1997) *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships*. Oxford: Clarendon Press. Probablemente haya términos mejores que justicia nueva y antigua (por ejemplo, HUDSON, Barbara (2001) Victims and offenders, Paper presented to Cambridge Seminar on Restorative Justice, Toronto, May, sugiere justicia penal establecida para la justicia antigua), pero lo que deseo plantear es que la dupla retributiva/restaurativa ha producido, y seguirá produciendo, mucha confusión conceptual.

⁴⁶ Si bien el objetivo declarado de cualquier forma de justicia puede ser castigar el delito o reparar el daño, debemos esperar ver una mezcla de objetivos en el discurso y en la práctica de la justicia por parte de quienes intervienen en el proceso.

⁴⁷ Quienes propician la justicia restaurativa hablan del *daño*, no del *delito*, con lo cual omiten una distinción crucial entre un daño civil y uno penal, siendo que este último incluye un *daño* y un *ilícito* (DUFF, R. Antony (2001), op. cit.).

⁴⁸ FEELEY, Malcolm and Jonathan SIMON (1992) The new penology; notes on the emerging strategy of corrections and its implications, *Criminology* 30(4): pp. 449-74.

⁴⁹ TONRY, Michael (1999) Rethinking unthinkable punishment policies in America, *UCLA Law Review* 46(4): pp. 1751-91.

⁵⁰ CRAWFORD, Adam (1997), op. cit; GARLAND, David (1996) The limits of the sovereign state, *British Journal of Criminology* 36(4): pp. 445-71.; O'MALLEY, Pat (1999) Volatile and contradictory punishment, *Theoretical Criminology* 3(2): pp. 175-96; PRATT, John (2000) The return of the wheelbarrow men; or, the arrival of postmodern penalty?, *British Journal of Criminology* 40: pp. 127-45.

Mito 2.

La justicia restaurativa utiliza prácticas de la justicia indígena y fue la forma dominante de la justicia premoderna

Un tema común en la literatura acerca de la justicia restaurativa es que esta forma de justicia considerada nueva "en realidad no es nueva"⁵¹. Consedine señala que:

La justicia bíblica era restaurativa. También lo era la justicia de la mayoría de las culturas indígenas. En la Nueva Zelanda precolonial, el pueblo maorí contaba con un sistema totalmente integrado de justicia restaurativa... Era la filosofía tradicional de naciones del Pacífico como Tonga, Fiji y Samoa... En la Irlanda previa a la conquista de los normandos, la justicia restaurativa estaba entrelazada con los hilos de la vida cotidiana...⁵².

Braithwaite⁵³ sostiene que la justicia restaurativa "se basa en tradiciones de la justicia de las antiguas civilizaciones árabe, griega y romana, las que acogieron una postura restaurativa incluso ante un caso de homicidio". Continúa con un amplio recorrido por la historia de la humanidad citando las "asambleas públicas de los pueblos germanos", las tradiciones hindúes en la India de los años 6000-2000 a. de c., y "antiguas tradiciones budistas, taoístas y confucionistas..."; y concluye que la "*justicia restaurativa ha sido el modelo dominante de justicia penal a lo largo de la mayor parte de la historia humana en todos los pueblos del mundo*"⁵⁴. ¡Qué afirmación tan extraordinaria!

La aseveración de que las prácticas actuales de la justicia indígena se insertan en la rúbrica de la justicia restaurativa se vincula con la afirmación de que la justicia restaurativa ha sido la forma dominante de justicia penal a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, Consedine⁵⁵ dice que:

Hay un nuevo paradigma de justicia [en Nueva Zelanda] que es muy tradicional en cuanto a su filosofía, pero revolucionario en cuanto a sus efectos. Una filosofía de justicia restaurativa ha reemplazado a una retributiva. Re-

⁵¹ CONSEDINE, Jim, op. cit., p. 12.

⁵² Ibidem, op. cit., p. 12.

⁵³ BRAITHWAITE, John (1999), op. cit., p. 1.

⁵⁴ Ibidem, op. cit., p. 1, cursivas de la autora.

⁵⁵ CONSEDINE, Jim, op. cit., p. 99.



sulta irónico que 150 años después de que la praxis restaurativa tradicional maorí fuera abolida en Aotearoa, la política de justicia juvenil esté operando nuevamente sobre la base de la misma filosofía.

Se entrevé veneración y romanticismo por un pasado indígena en las prácticas que la mente occidental moderna "civilizada" objetaría, como por ejemplo una gama de castigos severos físicos (corporales) y destierro. Asimismo, la mente occidental moderna puede ser incapaz de captar cuán sensatos han sido ciertos "castigos severos" al interior de una cultura particular.

Weitekamp⁵⁶ combina "formas antiguas" de práctica de la justicia (restaurativa) con prácticas actuales de grupos indígenas (restaurativas) cuando dice que:

Algunos de los programas nuevos [...] son de hecho muy antiguos... Antiguas formas de justicia restaurativa han sido utilizadas en sociedades [no organizadas en estados] y por formas tempranas de la especie humana. Grupos de conferencia familiar [y] ... audiencias circulares (circle hearings) fueron utilizados por pueblos indígenas como los aborígenes australianos, los inuitas y los indígenas de América del norte y del sur... Resulta bastante irónico que tengamos [a fines de siglo] que volver a métodos y formas de resolución de conflictos que practicaron nuestros antepasados hace algunos miles de años...

Admito que el conocimiento que poseo acerca de las prácticas y los sistemas de justicia a lo largo de la historia de la humanidad es muy limitado. Lo que sé se remite a los últimos tres siglos y a los avances alcanzados en los Estados Unidos y en otros países, de manera que al tratar este mito lo hago desde una postura de ignorancia pues conozco tan sólo una pequeña parte de la historia. Sin embargo, pensándolo bien, este desconocimiento de la historia puede no ser tan importante. Todo lo que se requiere es tener la certeza de que los defensores no pretenden escribir *historias fidedignas* de la justicia. Más bien, creo que están construyendo mitos de origen acerca de la justicia restaurativa. Si la primera forma de justicia humana fue justicia restaurativa, entonces sus partidarios pueden plantear la necesidad de recuperarla de una historia de "toma" por parte de la justicia retributiva con apoyo del Estado. Y, al identificar prácticas indígenas actuales como justicia restaurativa, sus defensores pueden plantear la necesidad de recuperar estas prác-

⁵⁶ WEITEKAMP, Elmar (1999) The history of restorative justice, in G. Bazemore and L. Walgrave (eds.) *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, pp. 75-102. Monsey, NY: Criminal Justice Press: p. 93

ticas de una historia de "toma" por parte de los poderes coloniales blancos que instituyeron la justicia retributiva. De este modo, sus defensores reescriben la historia de las prácticas de justicia no sólo para consolidar la justicia restaurativa como la *primera* forma humana de justicia, sino también para sostener que es compatible con los actuales movimientos sociales indígenas y también feministas, como veremos en el Mito 3, en pro de la justicia⁵⁷.

En cuanto a la justicia restaurativa, la mayoría de quienes la comentan se refieren específicamente (y con cierta intolerancia) a los cambios que se produjeron durante un período de 400 años (entre los siglos octavo y undécimo) en Inglaterra (y en algunos otros países europeos), cuando un sistema de arreglo de disputas principalmente familiar dio paso a un sistema de tribunales, en el que los señores feudales retenían parte de la propiedad confiscada al infractor. En Inglaterra, este sistema poco preciso fue centralizado y consolidado durante el siglo que siguió a la invasión de los normandos en el año 1066, cuando el desarrollo de la ley del estado (la corona) dependía de la recolección de ingresos que hacían los jueces para el rey. Para los defensores de la justicia restaurativa, la transformación de los litigios de faltas entre individuos a faltas contra el estado es un elemento que marcó el término de las formas premodernas de justicia restaurativa. Un segundo elemento es la disminución de la compensación a la víctima por las pérdidas ocasionadas con motivo de un delito.

Las construcciones de la historia de la justicia restaurativa por parte de sus defensores, es decir, el mito original de que prevaleció una forma de justicia superior antes de que se impusiera la justicia retributiva, responden al deseo de éstos de mantener una relación de oposición poderosa entre la justicia retributiva y la restaurativa. Es decir, se requiere tanto el mito original como la relación de oposición para contar la historia verdadera de la justicia restaurativa. No veo que en esto haya mala fe. Más bien creo que es un intento por llevar la idea a la arena tanto política como de las políticas, y ello puede requerir que se haga un simple contraste de la justicia buena y la justicia mala junto con un mito original de cómo se llegó a todo esto.

Lo que me preocupa es que se dejan de lado las historias y las prácticas de la justicia específicas de las sociedades premodernas y se agrupan indiscriminadamente en una única forma de justicia. ¿Es apropiado referirse a todas estas prácticas como "restaurativas"? Creo que no. ¿Qué tienen en común, de hecho, estas prácticas de la justicia? ¿Qué se gana o, mejor aún, qué se pierde con esta postura homogeneizante? Los esfuerzos por escribir historias de justicia restaurativa, en que se invoca románticamente (y selectivamente) un pasado premoderno para jus-

⁵⁷ WEITEKAMP, Elmar, op. cit.



tificar una práctica de justicia actual, no sólo están errados, sino que además, sin quererlo, reinscriben un etnocentrismo que sus autores quieren evitar. Como señalan Blagg⁵⁸ y Cain⁵⁹, ha habido una apropiación orientalista de las prácticas de la justicia indígena, en gran medida en pro de fortalecer la postura de sus defensores.

Una postura común, si bien errada, es que la idea moderna de las conferencias tiene sus raíces directas en la cultura maorí⁶⁰. La historia real es que las conferencias surgieron en los años ochenta, en el contexto de los desafíos políticos maoríes a los neozelandeses blancos y a sus sistemas de asistencia social y de justicia penal. Dar a las prácticas de toma de decisiones valores culturales maoríes significaba que grupos familiares (whanau) tuvieran mayor participación en los acontecimientos, que los tribunales fueran culturalmente apropiados, y que los procesos acogieran una mezcla de prácticas culturalmente apropiadas. La población de grupos minoritarios en Nueva Zelanda incluye no sólo a los maoríes sino también a los polinesios de las islas del Pacífico. Por lo tanto, con la introducción de las conferencias se vio la necesidad de incorporar diferentes elementos "culturalmente apropiados" en los procesos de conferencia. Pero el diseño de una práctica de justicia (blanca, burocrática) que fuera *flexible* y se acomodara a las diferencias culturales no significa que las conferencias sean una práctica de justicia indígena. Maxwell y Morris⁶¹, que conocen bien la situación neozelandesa, son enfáticas al respecto:

Se debe distinguir entre un sistema que intenta restablecer el modelo indígena de las épocas preeuropeas y un sistema de justicia culturalmente apropiado. El sistema neozelandés es un intento por establecer este último, no por replicar el primero y, como tal, pretende incorporar muchos de los elementos que aparecen en los procesos de toma de decisiones de los whanau y que se han visto en reuniones de marae, pero también contiene elementos que son bastante ajenos a los modelos indígenas.

⁵⁸ BLAGG, Harry (1997), op. cit., pp. 481-501.

⁵⁹ CAIN, Maureen (2000) Orientalism, occidentalism and the sociology of crime, *British Journal of Criminology* 40(2), pp. 239-60.

⁶⁰ SHEARING, Clifford (2001) Punishment and the changing face of the governance, *Punishment & Society* 3(2): p.218, nota 5; véase también CONSEDINE, Jim, op. cit.

⁶¹ MAXWELL, Gabrielle and Allison MORRIS (1993) *Family, Victims and Culture: Youth Justice in New Zealand*. Wellington: Social Policy Agency and the Institute of Criminology, Victoria University of Wellington. 199, p. 4.

AUTORES

Raquel Yrigoyen

René Orellana

Trinidad Bernal

Marinés Suares

Carmen Romero

Kathleen Daly

Vernon Jantzi

Alejandra Díaz

Lynette Parker

Karim Kauak

Universidad Católica de Temuco



00097849