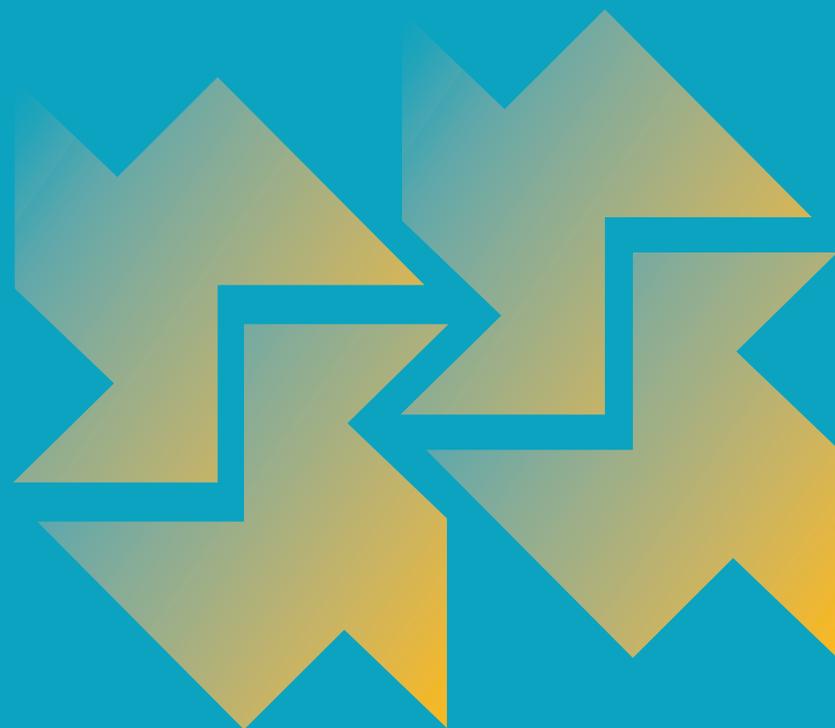


Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia



Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Romina Scaglia El procedimiento de las pequeñas causas y la mediación en la justicia comunitaria de Santa Fe, Argentina • **Rosa María Olave** Centros de Justicia Ciudadanos: una propuesta del Poder Judicial de Chile • **Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura de la CABA** Mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia • **María Maltos Rodríguez** La justicia restaurativa en las leyes “nacionales” mexicanas • **Glauco Gumerato Ramos** Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica • **Marco Fandiño** Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia • **Guillermo Nicora** Transformación de juzgados de faltas en juzgados de pequeñas causas • **Carolina Ahumada** Proyecto de ley de acceso a la justicia de la provincia de La Rioja. Un nuevo punto de partida • **Delia A. De Castro D.** Las Oficinas de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en Panamá. Una experiencia de coordinación • **Leonel González y Gonzalo Rua** Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio

Sistemas Judiciales

Directores

Jaime Arellano

Gonzalo Rua

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Alfredo Fuentes

Linn Hammergren

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Juan Enrique Vargas

❖ EDITORIAL. Jaime Arellano. Los mecanismos alternativos al proceso judicial.....	4
❖ IN MEMORIAM. Andrés Harfuch. Homenaje a David Baigún.....	6
❖ TEMA CENTRAL Experiencias regionales	
▶ Romina Scaglia El procedimiento de las pequeñas causas y la mediación en la justicia comunitaria de Santa Fe, Argentina.....	7
▶ Rosa María Olave Centros de Justicia Ciudadanos: una propuesta del Poder Judicial de Chile.....	17
▶ Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura de la CABA Mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia.....	23
▶ María Maltos Rodríguez La justicia restaurativa en las leyes “nacionales” mexicanas.....	34
❖ REFLEXIONES	
▶ Glauco Gumerato Ramos Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica.....	48
▶ Marco Fandiño Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia.....	58
▶ Guillermo Nicora Transformación de juzgados de faltas en juzgados de pequeñas causas.....	71
▶ Carolina Ahumada Proyecto de ley de acceso a la justicia de la provincia de La Rioja. Un nuevo punto de partida.....	79
❖ TEMAS GENERALES	
▶ Delia A. De Castro D. Las Oficinas de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en Panamá. Una experiencia de coordinación.....	90
▶ Leonel González y Gonzalo Rua. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio.....	99
❖ DEBATE	
Los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en la región y su aporte al acceso a la Justicia.....	125
❖ RESEÑAS	
▶ Guía para la implementación de los mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicias.....	135
▶ Colección Litigación y Enjuiciamiento Adversarial.....	138

[Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan.]

Directores

Gonzalo Rua
Jaime Arellano

Coordinadores temáticos

Leonel González
Jorge Boerr

Equipo editorial

Leonel González
Francisco Godínez Galay
Inés Binder
Constanza Gigena

Diseño gráfico

Patricia Peralta

CEJA

Rodo 1950, Providencia,
Santiago de Chile,
Tel: +56 (2) 2742933
Fax: +56 (2) 3415769

E mail: info@cejamericas.org

Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1° piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,
E-mail: inecip@inecip.org
Página web: www.inecip.org

Tradicionalmente se ha entendido que el proceso judicial es la principal herramienta para resolver los conflictos de relevancia jurídica presentes en una sociedad. A través de éste, el Estado ha intentado dar cumplimiento a su deber de alcanzar la paz social. Al mismo tiempo, es a través de la vía judicial que las personas han canalizado gran parte de su derecho a solicitar soluciones a sus problemas.

Dentro de dicha lógica, los principales esfuerzos de los Estados para garantizar el derecho de acceso a la justicia se han centrado en la modernización de los sistemas tradicionales de justicia y la reforma de los procesos judiciales. Sin embargo, muchas de estas transformaciones han olvidado, relegado a segundo plano e incluso empleado exclusivamente como tamiz, a los otros mecanismos de resolución de conflictos.

Más aún, desde el punto de vista de las personas (usuarios y usuarias del sistema de justicia), el proceso judicial tampoco ha logrado dar respuestas satisfactorias a sus demandas y no ha logrado cumplir eficientemente el objetivo de resolución de conflictos. Lo anterior ocurre porque muchos no logran acceder al proceso judicial, por carecer de medios económicos, por existir barreras culturales, geográficas y por un lenguaje judicial que parece destinado a alejar al lego. Y si a pesar de lo anterior, algunos acceden al proceso, tienen que sufrir años de trámite tedioso y dilatorio para obtener sentencia y luego esperar otro tanto para lograr su cumplimiento, si alguna vez esto se logra.

A pesar de todo ello, se insiste en calificar a la negociación, la mediación o la conciliación, entre otros, como “Sistemas o Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Con el empleo del adjetivo “alternativo”, se significa que el proceso judicial es el principal método para la resolución de conflictos entre las personas y que los primeros son vistos como alternativa, o incluso como una “justicia de segunda clase”.

Ahora bien, cuando se considera que uno de los principales objetivos de un Estado Democrático de Derecho es la resolución de los conflictos con miras al restablecimiento de la paz social y no la mera administración formal y tradicional de justicia; y, por otra parte, se constata la insuficiente respuesta del proceso judicial y la evolución hacia un diseño moderno de modelos procesales desde los conflictos que se pretende resolver y desde los derechos que se requiere actualizar el último tiempo ha tomado fuerza la idea de considerar a los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ), como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Más aún, como la respuesta más apropiada para la resolución de muchos conflictos sociales e interpersonales.

En definitiva, ya sea por las bajas posibilidades de acceso efectivo al juicio, por los costos económicos que éste implica, por el tiempo invertido o por las dificultades de cumplimiento, el proceso judicial ha dejado de ser un mecanismo realmente eficaz y eficiente para resolver los diversos tipos de conflictos que se presentan en la sociedad actual.

En esta línea se ha ido instalando la idea de denominar a estos mecanismos como Mecanismos “Apropiados” o “Autocompositivos” de Resolución de Conflictos, en contraposición a la idea de concebir al proceso judicial como el mecanismo principal. Por el contrario a la lógica que se encuentra tras un juicio –en el que un tercero imparcial decide la controversia-, esta tendencia busca devolver a las partes su responsabilidad y protagonismo en los conflictos, instando por la búsqueda de la solución en ellas mismas, lo que a su vez permite mayor legitimidad, durabilidad y cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Esta tendencia no sólo responde a un nuevo paradigma sino que permite ampliar el concepto de Acceso a la Justicia (o mejor aún, Acceso a Justicia), y con ello reenfocar las políticas públicas que los Estados han ido adoptando en materias de justicia, permitiendo así que los grupos que tradicionalmente no han tenido respuesta a sus conflictos puedan resolverlos a menores costos económicos y en menos tiempo.

Es en este contexto que el presente número de la revista *Sistemas Judiciales* se ha propuesto, en su sección central, dar a conocer diversas iniciativas y experiencias prácticas que se han puesto en marcha en nuestra región, las que han tenido la finalidad de favorecer el acceso a la justicia e implementar algunos mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos.

Esta edición incluye iniciativas argentinas como el Proyecto de Ley de Acceso a la Justicia de la provincia de La Rioja, que propone entre otras cosas la implementación de Casas de

Justicia, Jueces de Paz Legos y Conciliadores en equidad, y otras dos relativas a tribunales de Pequeñas Causas en la provincia de Santa Fe y en la ciudad de Mar del Plata. También contiene un artículo que expone una iniciativa del Poder Judicial de Chile de crear Centros de Justicia Ciudadanos y otro en el que se analizan 4 leyes mexicanas en las que tiene cabida la justicia restaurativa. Y dentro de lo que son experiencias implementadas, se incluye un artículo que analiza la mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia.

Por otra parte, en la sección de debate se dará a conocer el estado de situación de los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en países como Argentina, Bolivia y Guatemala, con la idea de indagar si las iniciativas en esta materia han contribuido a mejorar el acceso a la justicia de aquellos grupos en mayor situación de vulnerabilidad, como a su vez conocer cuáles han sido las principales dificultades que se han presentado en la consolidación de las estrategias de políticas públicas estables en dichos temas.

Queda a disposición del público la edición número 20 de *Sistemas Judiciales*, como aporte al debate y a la construcción de políticas públicas integrales, que amplíen el concepto de Justicia, promuevan y garanticen un efectivo acceso a ella, y que incluyan estas más apropiadas formas de resolver determinados conflictos dentro de nuestras sociedades. ■

Jaime Arellano
Director Ejecutivo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas
CEJA

Hablar del profesor David “Tute” Baigún es hablar del Derecho mismo. Estamos hablando de una figura y un abogado irrepetible. Para quienes lo conocimos, David Baigún encarnó siempre al ideal de la abogacía y del Derecho.

Muchas veces es un lugar común poner a la abogacía como símbolo de desprestigio, de engaño y de descrédito. Baigún enseñó con su propio ejemplo, a lo largo de varias décadas que la abogacía bien entendida y mejor ejercitada, es una hermosa profesión, que ha hecho avanzar los derechos de las personas y es fundamental para la civilización y la democracia.

Baigún no sólo fue un gran abogado. Fue un profesor legendario, investigador, académico y uno de los más grandes penalistas del país. Pero, por sobre todas las cosas, fue un inculdicable luchador contra la criminalidad económica y las violaciones a los Derechos Humanos.

Gracias a él fue posible la realización de los juicios a los represores del Plan Cóndor. Y, gracias a él, las Abuelas de Plaza de Mayo empezaron a encontrar el carril jurídico para hallar a sus nietos. Baigún, apenas restaurada la democracia en nuestro país, volvió a la cátedra universitaria y aumentó aún más su leyenda como profesor, la misma que tenía como discípulo de otro célebre penalista: su maestro Jiménez de Asúa. En esa época, también, fue el primero que combinó sus estudios penales sobre cómo desarrollar una dogmática penal especial para la criminalidad económica, con la práctica concreta de gestar un grupo de abogados en el Banco Central que logró la primera histórica condena contra la corrupción bancaria.

A la par de esto, su cátedra universitaria floreció de discípulos que hoy son protagonistas claves de la reforma de los sistemas de justicia latinoamericanos. Sus múltiples actividades no le impidieron ser el padre de algunas de las más afamadas publicaciones de la región americana, como fueron “Doctrina Penal” y “Nueva Doctrina Penal”.

Pero si algo ha caracterizado a Baigún, además, era su gran generosidad, su simpatía y su sentido del humor. Sin renunciar un ápice a sus firmes convicciones, era muy difícil que alguien se sintiera mal delante de él. Fue generoso con todos sus estudiantes y quienes trabajamos en el INECIP, jamás podremos olvidar un gesto que lo pinta de cuerpo entero.

Si bien tenía un pasar económico normal, no vaciló un instante en donar la propiedad que hoy alberga al INECIP. Lo hizo en un tiempo económico muy difícil, como lo fueron los finales de los años '80. Él siempre soñó con un instituto de investigación que no compitiera con la universidad pública sino que, por el contrario, lo coadyuvara y permitiera que toda persona comprometida con los ideales democráticos y las luchas sociales de los sectores más vulnerables, encontrara un lugar de excelencia junto a los mejores investigadores y profesores.

Así nació el INECIP y, bajo su influjo y dirección, se convirtió en el actor clave de la reforma de los sistemas de justicia iberoamericanos. El INECIP pudo sostenerse durante estos atribulados años de la renacida democracia argentina gracias a la visión y el desprendimiento que tuvo Baigún al comprar el inmueble, donarlo al INECIP y llevar firmemente sus riendas en pos de conseguir sus fines. Estas líneas pretenden homenajear a una persona fuera de lo común. Para quienes asumimos que todo –incluida la vida– es pasajero, impermanente y provisorio, es inevitable la melancolía ante tamaña ausencia. Sin embargo, su imborrable recuerdo nos lleva a sentir felicidad y alegría por el privilegio de haberlo conocido, de haber podido vivir junto a él y de aprender de él.

Andrés Harfuch

Miembro del Instituto de Estudios Comparados
en Ciencias Penales y Sociales

Romina Scaglia

Jueza Comunitaria de las Pequeñas Causas de
Granadero Baigorria, provincia de Santa Fe, Argentina

El procedimiento de las pequeñas causas y la mediación en la justicia comunitaria de Santa Fe, Argentina

Un cambio de paradigma en la Justicia Civil que promueve el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva

I. Introducción

La Justicia Comunal, Comunitaria o de Paz ha incidido siempre en el restablecimiento del equilibrio de las relaciones sociales y consecuentemente, en el mantenimiento de la paz social -fin esencial del moderno Estado de Derecho-. En ello han desempeñado un rol decisivo la especialidad del procedimiento, los principios que lo orientan y la incorporación de la mediación como instancia esencial.

En la provincia de Santa Fe, Argentina, con la sanción de la Ley 13.178 se ha operado una transformación muy importante, la incorporación del mecanismo de la formulación legal a la Justicia de Equidad. Se ha reformulado la jurisdicción, con profesionalización de los magistrados e instauración de un procedimiento especial y se ha respetado el modelo de justicia integrador, propio de la Justicia Comunitaria.

Esta nueva Justicia, con un Poder Judicial diferente, viene dando respuesta cotidiana a los tres principales obstáculos que asfixian

al actual servicio de justicia: la demora, el costo y la discriminación, siendo notables los avances en este sentido, los que sin tregua, deben profundizarse.

Con el presente artículo se pretende dar a conocer el avance normativo en la provincia de Santa Fe producido con la incorporación del Procedimiento de las Pequeñas Causas al Código Procesal Civil y Comercial, que ha introducido la mediación dentro del proceso y ha operado cambios sustanciales en la actuación de la Justicia Comunitaria.

Atendiendo a los objetivos planteados, se comenzará con las principales características del procedimiento y las competencias de los Juzgados Comunitarios para continuar luego con los escenarios actuales y el rol de los jueces comunitarios y finalizar con la incorporación de la mediación al proceso con algunos enfoques doctrinarios en relación con la tutela judicial efectiva y las nuevas perspectivas de la justicia.

II. El procedimiento judicial ante los jueces comunitarios de la provincia de Santa Fe, Argentina

El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe en el Título VIII del Capítulo III del Libro Tercero -arts. 571 a 579 bis-, conforme Ley 13.178, prevé el Procedimiento ante los Jueces Comunitarios y lo sujeta a características, reglas técnicas y principios procesales a los fines de su interpretación y desarrollo.

Establece el beneficio de la gratuidad del procedimiento, incluyendo también la instancia de mediación. Abrir las puertas de los tribunales importa reflejar un sentido de petición de igualdad real y efectiva, que coadyuva al desarrollo de la persona y de la dignidad humana.¹

La oralidad, como primera regla técnica de debate, es entendida como un sistema complejo y completo enderezado a favorecer una tutela judicial efectiva² y que comprende la inmediación, la publicidad, la instrumentalidad, la adecuación de las formas y la paridad de armas entre las partes, quienes deben ser colaboradoras para la justa composición del conflicto³

En este sentido, la mediación o conciliación y el debate procedimental sencillo y ágil previsto para la audiencia de vista de causa colaboran en la búsqueda de la verdad real, favorecen el poder de dirección del proceso del juez civil, dificultan la práctica de delegación de las funciones judiciales y la inconducta procesal de las partes, aseguran la publicidad del proceso y su correspondiente

control social, y ahorran los llamados “tiempos muertos” del proceso judicial.

También la norma procesal prevé que el procedimiento debe propender a la simplicidad e informalidad. La simplicidad importa propiciar la simplificación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de determinados actos a fin de favorecer el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, y en especial de los grupos más vulnerables. También alcanza a las palabras, que tanto las partes como el juez deben usar, y el evitar las cuestiones incidentales.

La informalidad sin dejar de lado la necesidad de las formas para la validez y eficacia de los actos procesales, importa privilegiar su contenido especial y atender a la voluntad y la causa. Como correlato, la norma procesal prevé que las irregularidades procesales no producirán la nulidad de los actos si las partes tuvieron oportunidad de defensa y producción de prueba, extremos honrados en los procesos por audiencias, e inclusive contempla la posibilidad de subsanación por el juez que intervenga en la segunda instancia.

Luego aparece como rector el principio de economía procesal que procura el mejor resultado de la actuación de justicia con el empleo del mínimo costo relativo en términos de dinero, tiempo y actividad. En términos de Couture, *“el proceso es un medio y no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía el proceso”*.⁴

En último término, la norma procesal manda al resguardo prioritario del derecho de defensa de las partes, comprensivo del derecho de tener debida asistencia letrada, del de contradicción y del de igualdad.

1 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 1948, pág. 31.

2 Peyrano, Walter Jorge, *Principios Procesales*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 145.

3 Berizonce, Raúl, “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, Buenos Aires, 2002, pág. 121.

4 Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, pág. 155.

La asistencia letrada, siguiendo los postulados de las Reglas de Brasilia, debe ser especializada y de calidad⁵, debiendo garantizarse la misma en los supuestos de vulnerabilidad. En este último caso, la jueza o juez comunitario debe arbitrar los medios para proveerlo⁶ de conformidad con lo ordenado por la norma procesal local y en consonancia con las recomendaciones de este documento internacional que manda la promoción de acciones destinadas a garantizar la *gratuidad* de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.⁷

Sin perjuicio de las bonanzas que revisten los principios y las reglas técnicas esbozadas con anterioridad y que deben ser el norte del desenvolvimiento del Procedimiento de las Pequeñas Causas, la realidad demuestra que existe un grave divorcio entre la letra de la ley y la actuación cotidiana de los Juzgados Comunitarios.

Desde la implementación de la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas en la provincia de Santa Fe no se ha dotado a los Juzgados Comunitarios de suficientes recursos humanos y materiales para efectivizar los postulados de este proceso especial y desarrollarlo efectivamente. Y más grave aún, no se ha actualizado la unidad Jus que fija el tope de la competencia cuantitativa en la Justicia Comunitaria, con el objetivo de disminuir el impacto de estas falencias en el

sistema y evitar o desalentar la radicación de causas en el fuero; todo ello en desmedro del derecho de acceso a justicia, en especial, de los excluidos o desaventajados del sistema de justicia.

Está en manos de las juezas y los jueces comunitarios tomar las medidas y/o producir los cambios que juzguen necesarios para que el Procedimiento de las Pequeñas Causas, con sus principios y reglas procesales, y la incorporación de la mediación al proceso, sean una realidad a disposición de la población de sus comunidades.

III. Las competencias de los Juzgados Comunitarios

Entre las funciones y materias de los Juzgados Comunitarios se encuentra la de conocer y decidir acerca de las contravenciones municipales o comunales cuando no exista tribunal municipal de faltas en la jurisdicción, comunicar a la autoridad competente el fallecimiento de las personas que no tengan parientes conocidos, realizar las diligencias que ordenan otros magistrados, autorizar poderes para pleitos y autenticar firmas.

También conocen en las causas originadas por conflictos de convivencia, en las causas civiles y comerciales, de conocimiento y ejecución, inclusive de responsabilidad extracontractual, en los conflictos originados en la propiedad horizontal, tales como el uso contrario a la moral, a las buenas costumbres o a lo previsto en el reglamento de copropiedad, en las acciones individuales de los consumidores cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados, en las causas laborales a opción del trabajador, en las controversias derivadas de la explotación tambera, contratos agrarios y pecuarios y de toda otra cuestión derivada del Código Rural y en las ejecuciones por deudas municipales y comunales.

Merece especial atención la recepción de las presentaciones por violencia familiar y la

5 Ver el Capítulo II, "Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos", Sección 2ª. Asistencia legal y defensa pública. Punto 2- Asistencia de calidad, especializada y gratuita (30), de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6 Ver el 3er. párrafo del artículo 572 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, Ley N° 5.531 modificado por la Ley N°13.178

7 Ver el Capítulo II, "Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos", Sección 2ª. Asistencia legal y defensa pública. Punto 2- Asistencia de calidad, especializada y gratuita (31), de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

disposición de medidas urgentes de tutela anticipada, como asimismo la intervención en los casos de orfandad, abandono material y peligro moral de los niños y adolescentes, ambas articuladas interdisciplinariamente con los recursos públicos locales.

Como corolario de la variedad de funciones y competencias de la Justicia Comunitaria, las juezas y los jueces comunitarios se ocupan del control y acompañamiento de las personas sometidas a la Dirección Provincial de Control y Asistencia Pos Penitenciaria con residencia en la comunidad.

Es de destacar que las materias descriptas con contenido económico sólo son competencia de los magistrados comunitarios en la medida que su cuantía no supere las diez unidades Jus, pauta que debe adecuar el Superior Tribunal de la Provincia a las variaciones de la realidad económica imperante en cada época y cada comunidad⁸.

IV. Los escenarios de los Juzgados Comunitarios

Las comunidades del interior de la provincia de Santa Fe tienen especiales características que dependen de su realidad geográfica, su cercanía a las grandes urbes, sus recursos económicos, su entramado social, entre otras, que determinan la manera de construir “*el compartir*” a partir de la diversidad.

En los últimos años, este “*compartir*” ha sufrido las consecuencias de la migración interna, ya sea por motivos laborales como sociales, que comporta diversidad cultural, distintas formas de entender la vida, barreras lingüísticas, religiosas, diferencias económicas y educativas.

Estos cambios no son ajenos al resto del mundo y justifican repensar algunos

conceptos, en especial los vinculados a la habitación y el trabajo. El trabajo muchas veces es mutable y el alojamiento, en consecuencia, precario, resultando muy difícil ligar el ser con el espacio físico y social. A esto debemos sumar el incremento en los medios de transporte que ha facilitado el desplazamiento por el mundo y los avances en los medios de comunicación que trasladan noticias e imágenes al instante haciendo posibles las comparaciones de entornos.⁹

Las comunidades hoy son escenario de diversidades no imaginadas por los pensadores tradicionales, que concebían a las mismas como espacios donde se compartía la vida y el destino y los significados comunes cobraban protagonismo.

Actualmente las percepciones de sí mismo, del otro y del entorno varían entre los actores sociales. El compartir se vuelve complejo porque no se basa en la homogeneidad de miradas, sino que debe ser construido a partir de la diversidad determinada cultural e históricamente.

Por ello, la definición actual de comunidad enfrenta la necesidad de una profunda revisión que comprenda las diferencias entre los integrantes, la movilidad espacial y social, el manejo de la variable temporal y la diversidad cultural y su impacto sobre el modelo social.

La convivencia importa crear nuevas maneras de hacer permeables las estructuras sociales y convertirlas en redes que respeten y valoren las diferencias y sirvan para contener, sostener y conectar a los diferentes actores sociales. Por ello si el concepto de comunidad es sometido a revisión, la manera de resolver los conflictos recibirá el impacto de esa renovación.

⁸ Ver artículos 123 y 124 de la Ley N° 10.160, Título VII “De los Jueces Comunitarios de las Pequeñas Causas”, modificado según Ley N° 13.178.

⁹ Rodríguez Fernández, Gabriela, “¿Comunidad? Mediación comunitaria, habitar efímero y diversidad cultural”, *Polis*, <http://polis.revues.org/3435>; Consulta: 26 de agosto, 2014.

Los conflictos comunitarios necesitan de nuevos modelos de gestión, superadores de los modelos tradicionales, cercanos, rápidos, sencillos y abiertos a la comprensión dialógica del conflicto que incluyan la diferencia como valor a partir del cual se construye.

V. El rol de los jueces comunitarios

Como se ha visto en los puntos II y III, el legislador ha dotado a las juezas y a los jueces comunitarios de un amplio abanico de funciones y competencias y de un procedimiento judicial especial que posibilita un abordaje diferenciado de los conflictos, con protagonismo de los justiciables y posibilidad de solución en tiempos acotados y con métodos pacíficos, como la conciliación y mediación. A esto debemos adicionar la indispensable articulación que debe generar la jueza o el juez comunitario con los recursos locales a los fines de la construcción de redes sólidas para el abordaje dialógico de los nuevos conflictos interpersonales.

La presencia de jueces cercanos, que aplican procedimientos sencillos, resulta ser la puerta que se abre para dar respuestas más eficientes a los conflictos de las nuevas comunidades cursadas por constantes crisis, violencia creciente y vulnerabilidad

Esta realidad es apreciada por los juristas y los operadores del derecho, quienes han planteado en diversas investigaciones la necesidad de revalorizar a la justicia vecinal de menor cuantía¹⁰. Afirman que ello implicaría garantizar un acceso irrestricto e igualitario a la Justicia. Entre ellos Capelletti y Garth consideran que cada tipo de conflicto debe tener en cuenta a las partes que litigan,

considerando a la mediación u otras formas similares para ciertos casos, especialmente los de relaciones permanentes.¹¹

Suele ocurrir que en un conflicto vecinal, ya sea por ruidos molestos, por la presencia de basura o de árboles cercanos a medianeras, o que tiene su origen en infinidad de situaciones que puede plantear la convivencia barrial, muchas veces acompañadas de diferencias sociales, culturales, generacionales, etc., una de las partes pretenda la intervención de un tercero para poner fin al problema. En el abanico de opciones que se le presenta, encuentra al proceso judicial tradicional, lento, complejo y plagado de obstáculos, cuyo costo económico suele ser mayor que los intereses en disputa; o el procedimiento administrativo contravencional, en el que se persigue la comprobación de los hechos y la consiguiente sanción, y que por lo general, no garantiza la resolución del conflicto vecinal, sino que muchas veces lo agudiza, dando lugar a represalias y nuevos conflictos, subsistiendo el problema inicial en mayores dimensiones.¹²

Prácticamente desde el nacimiento mismo de la República Argentina han existido los jueces pacificadores que han buscado la solución de los conflictos mediante el avenimiento y la conciliación de las partes. Luego, con las sucesivas reformas legislativas provinciales se fue instituyendo de a poco la justicia letrada de menor cuantía, dada la complejidad de los asuntos que eran competencia de los jueces de paz. Como lo expresan Sosa y Berizonce, además del carácter técnico de los magistrados, la leyes fueron introduciendo reformas a su competencia, sobre la base de que no debía tratarse sólo de una justicia de menor cuantía, sino de establecer órganos

¹⁰ Ver, entre otras investigaciones, Berizonce, Roberto "Los Tribunales de Pequeñas Causas y de Vecindad". Propuesta para su recreación en los tiempos presentes, IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Uruguay, 1997; y Darrichon, Luis "La Justicia de menor cuantía", ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho. Comisión 2: Justicia de menor cuantía, *Revista Colegio de Abogados de San Isidro* N° 23, 1987.

¹¹ Capelletti, Mauro y Garth, Bryant, "El acceso a la justicia", Traducción de Samuel Amaral, *Revista Colegio de Abogados La Plata*, 1983, pag. 83.

¹² Berizonce, Roberto y Paladino, Leonardo E., "El proceso en las cuestiones vecinales". Tesina en Especialización en Derecho Procesal Profundizado. Universidad Notarial Argentina. La Plata, 2003.

judiciales con competencia especial para permitir a los justiciables el acceso al órgano administrador de justicia a nivel local, sin tener que trasladarse a los departamentos judiciales alejados¹³.

VI. La mediación en el Procedimiento de las Pequeñas Causas ante los jueces comunitarios

La mediación no es una novedad, sino la evolución actual de métodos que han tenido su origen en otras culturas y épocas, entre ellas, la oriental, que siempre ha concebido a los métodos autocompositivos como recursos ordinarios en la resolución de los desacuerdos.

A diferencia del abordaje heterocompositivo previsto en el proceso judicial, la mediación supone el control de las decisiones por las partes, el protagonismo, la colaboración y la superación de la confrontación. En sí misma es un proceso político que trabaja con el poder de las partes, a quienes les devuelve con la consecuente asunción de responsabilidad de sus decisiones y consecuencias.¹⁴

Asimismo constituye un proceso en el discurso. Trabaja en el nivel del contenido de la historia porque el conflicto está en los hechos que cuentan las personas, los que a su vez, dependen de cómo son percibidos. Y siguiendo los postulados del modelo de mediación estratégica, la mediación es también un proceso dirigido por el mediador en su carácter de director con múltiples funciones¹⁵.

La mediación dentro del Procedimiento de las Pequeñas Causas en los Juzgados Comunitarios viene a dar respuesta a la necesidad de repensar la función del sistema judicial y la solución efectiva de los conflictos. Estos últimos son inherentes a la propia existencia humana y elementos dinamizadores de nuestras vidas.

En esta dirección, y atendiendo a los nuevos escenarios sociales cursados por la diversidad, se vislumbra la mediación como un instrumento eficaz para atenuar la cultura confrontativa, en la que las diferencias muchas veces se canalizan en la violencia. Y yendo aún más lejos, se ha comenzado a pensar en los cambios en la cultura misma, concibiendo a la mediación como un movimiento cultural y los mediadores como agentes de cambio.¹⁶

La incorporación de la mediación al procedimiento ha significado un avance muy importante en los intentos del servicio de justicia por compatibilizar los diferentes métodos de gestión de los conflictos. Si bien la misma adolece de algunos cuestionamientos de índole procesal, metodológico y constitucional, y en relación a los principios generales de la mediación, en general debe verse con buenos ojos esta iniciativa legislativa provincial.

En relación a los cuestionamientos, debe reconocerse que la inclusión de la mediación, al igual que la conciliación, inmediatamente luego de promovida la demanda y ofrecida la prueba por el actor, trae aparejada inconvenientes que importan, en algunos casos, vulneraciones de garantías constitucionales. Ello se agrava cuando nos detenemos en el análisis de los aperecimientos legales en caso de

13 Berizonce, Roberto, "Justicia conciliatoria y Justicia de Paz", *Jurisprudencia Argentina*, T 1984-I, pág. 772 y Sosa, Guillermo, *Instituciones de la moderna Justicia de Paz letrada*, Librería Editora Platense, pág. 49.

14 Cuetó Rua, Julio C., *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961, pág. 13 y ss.

15 Calcaterra, Rubén, *Mediación estratégica*, Gedisa Editorial, Barcelona 2006, pág. 33 y ss.

16 Nato, Alejandro Marcelo, Rodríguez Querejazu, María Gabriela, Carabajal, Liliana María. *Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Editorial Universidad, Buenos Aires. 2006, pág. 20.

inasistencia.¹⁷ Como puede observarse, las partes en esta mecánica procesal se encuentran en desigualdad de armas para ejercer sus derechos, por cuanto el actor se ve compelido a mostrar su pretensión y pruebas de antemano y el demandado no, quien recién lo hace en la audiencia de vista de causa.¹⁸ Y desde otra perspectiva, el demandado se halla en desigualdad por cuanto puede ejercer su derecho de defensa y contradicción sólo de manera oral y en oportunidad de la audiencia de vista de causa.

En cuanto a metodología, la incorporación de la mediación al proceso en la oportunidad descripta trae aparejada su confusión con la conciliación, que a diferencia de ella, necesita del conocimiento de los antecedentes para que el órgano jurisdiccional colabore efectivamente con la solución del conflicto.

Finalmente se cuestiona el enfrentamiento que genera la convocatoria al requerido para la reunión de mediación mediante notificación con copia de la demanda y transcripción de los apercibimientos legales en caso de inasistencia, con el principio de voluntariedad de la mediación.

Sin perjuicio de las observaciones vertidas, que comparto, los resultados en la práctica son altamente positivos como consecuencia del conocimiento y compromiso social de los operadores, tanto del procedimiento judicial especial como de la mediación intraproceso. Sin embargo, para dar mayor protagonismo a esta nueva, inclusiva y eficaz manera de hacer Justicia, se deben aggiornar las competencias cuantitativa y cualitativa de los Juzgados Comunitarios e impulsar las reformas legislativas necesarias para dar respuesta a los cuestionamientos anteriormente planteados.

.....
 17 Ver los apercibimientos legales en caso de incomparecencia de actor y demandado en el artículo 575 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe Ley N° 5.531.

18 Ver el desarrollo de la audiencia de vista de causa en el artículo 576 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe Ley N° 5.531.

VII. La tutela judicial efectiva y las nuevas perspectivas de la Justicia

El Procedimiento de las Pequeñas Causas, al incorporar la mediación al proceso, intenta dar respuesta a la necesidad de gestionar dialógicamente el conflicto conforme los escenarios actuales de los Juzgados Comunitarios, desarrollados brevemente en el punto IV. Esta incorporación podría ser interpretada como una vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, si nos ceñimos a una interpretación estricta que supone el libre acceso a jueces y tribunales, la obtención de fallos motivados y la exigencia de su cumplimiento.

Sin embargo, la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental de la más alta categoría, es un derecho civil y, a la vez, un derecho político y social, que debe ser interpretado en un sentido más amplio que comprenda la satisfacción efectiva de los fines del Estado de Derecho y la realización de la paz social.

Ahora bien y partiendo de estas interpretaciones, que no son incompatibles, los ciudadanos tienen derecho a la tutela judicial de manera efectiva y a una administración de justicia que satisfaga los fines del Estado de Derecho y realice la paz social. En este marco cabe preguntarnos: ¿la mediación impacta en la tutela judicial y su efectividad?

Ambos interrogantes han generado intensos y riquísimos debates doctrinarios. Por un lado, quienes piensan que la justicia sólo puede ser administrada por jueces a través del desarrollo de procesos judiciales con adjudicación de sentencias y/o resoluciones. Y por el otro, quienes entienden a la justicia como forma de resolución de conflictos en un Estado Constitucional.¹⁹

.....
 19 La alusión a estos debates doctrinarios y un análisis breve puede verse en Figueruelo Burrieza, Ángela, "La mediación

Ahora bien, si estamos ante un conflicto de intereses que pertenecen al dominio absoluto de las personas, al ámbito de los derechos dispositivos, y siendo que la protección concedida por el Estado, muchas veces, no es lo efectivamente deseada, no podemos obligarlas a solicitar la tutela sólo ante los tribunales y a través de procesos judiciales.

El beneficio del principio dispositivo, supone la pérdida del eje central de la ley y la jurisdicción en las relaciones en conflicto, y la asunción por las partes de la definición del procedimiento de resolución conforme sus necesidades e intereses, importando la elección del método más adecuado, autonomía y responsabilidad de ellas en la solución del conflicto, sin contravenir el deber del Estado de asegurarles la tutela judicial efectiva.²⁰

Por ello, considero que la mediación en aras de contribuir a la tutela judicial efectiva en las sociedades modernas, debe promoverse como un instrumento de valor propio para el abordaje dialógico de los conflictos e independiente del efecto colateral que provoca en la descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y la disminución de costes de los procesos judiciales.

En este sentido las convenciones internacionales comprometen a los Estados a incorporar la mediación para solucionar

efectivamente los conflictos interpersonales, eliminar o mitigar las desigualdades sociales y favorecer la cohesión social. Ellas recomiendan el impulso de la mediación por parte de todos los operadores del sistema de justicia, ya sea antes del inicio del proceso judicial como asimismo durante su desarrollo²¹.

A la par del fomento e inclusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos al sistema de justicia civil, la diversidad de las sociedades actuales necesita también de la urgente revisión de las formas y procedimientos judiciales tradicionales. El proceso especial de las pequeñas causas juega un rol relevante en esta revisión constituyendo una nueva perspectiva de la Justicia que incorpora la mediación.

VII. Conclusiones

El Procedimiento de las Pequeñas Causas ante los jueces comunitarios de la provincia de Santa Fe, Argentina, es un avance normativo regional que incluye nuevas y más amplias perspectivas de la Justicia, con un enfoque integrador y protector de las minorías en situación de vulnerabilidad. Con sus principios y características da respuesta cotidiana a los principales obstáculos que asfixian al actual servicio de Justicia: la demora, el costo y la discriminación.

Si bien la competencia de la Justicia Comunitaria es variada, la ausencia de recursos humanos y materiales suficientes, y las limitaciones impuestas por la competencia cuantitativa provocan su desaprovechamiento en desmedro del justiciable que comúnmente es el desaventajado del sistema de Justicia tradicional.

.....

y el marco constitucional de la protección de derechos. Un posible precedente en la Constitución de Cádiz de 1982” en el Proyecto de Investigación *Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del procesal penal en el espacio judicial europeo* (referencia DER 2011-26954. Investigador principal: Bujosa Vadell, Lorenzo. Universidad de Salamanca); Martín Diz, Fernando “Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia” en Proyecto de Investigación concedido por Junta de Castilla y León (referencia SAO 125A08) y Alastruey Gracia, Raquel “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, material de lectura en 36º Curso de Especialización en Proceso Civil, Mediación y Arbitraje de la Fundación de la Universidad de Salamanca, 2015.

²⁰ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*. 9na. Edición. Fernández Ciudad SL. Madrid, 2007.

.....

²¹ Ver recomendación N° 43 de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En el otro extremo de esta realidad, encontramos a juezas y jueces comunitarios cercanos a sus comunidades que aprovechan los beneficios de este proceso sencillo y económico y privilegian la incorporación de la mediación dentro del mismo. Si bien la instancia de mediación adolece de algunos cuestionamientos, deben reconocerse sus buenos resultados, debidos, en gran parte, a la capacidad y el compromiso de los operadores y a las características propias de este método autocompositivo.

Estos extremos nos obligan a repensar la función del sistema judicial tradicional y la metodología para la efectiva solución de los conflictos interpersonales, más aun teniendo en cuenta la diversidad de las sociedades modernas cursadas por crisis económicas y creciente litigiosidad, que necesita contar con instrumentos nuevos y eficaces que tutelen efectivamente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Por ello, urge revisar las formas y los procedimientos judiciales tradicionales, incluir y fomentar la mediación y articular con los recursos públicos locales la construcción de redes para el abordaje dialógico de los nuevos conflictos interpersonales.

En este sentido estamos transitando en el Juzgado Comunitario de las Pequeñas Causas de Granadero Baigorria, ciudad del interior de la provincia de Santa Fe, Argentina, motivados por las bondades del proceso especial y por la inclusión de la mediación como instancia esencial. Los resultados en la práctica son auspiciosos, por cuanto se encuentran acompañados de buenas prácticas y de un necesario cambio de paradigma en los operadores jurídicos.

Referencias bibliográficas:

- ALASTRUEY GRACIA, Raquel
“Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, material de lectura en 36° Curso de Especialización en Proceso Civil, Mediación y Arbitraje de la Fundación de la Universidad de Salamanca, 2015.
- BARBERO, Sergio - GARCIA SOLA, Marcela.
“Lineamientos del principio de economía procesal” en *Principios Procesales*, T I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.
- BERIZONCE, Raúl, “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, Buenos Aires, 2002.
- BERIZONCE, Roberto “Los Tribunales de Pequeñas Causas y de Vecindad”. Propuesta para su recreación en los tiempos presentes, IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Uruguay, 1997.
- BERIZONCE, Roberto “Justicia conciliatoria y Justicia de Paz”, *Jurisprudencia Argentina*, T 1984-I.
- CALCATERRA, Rubén. *Mediación estratégica*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2006.
- CARABAJAL, Liliana María. *Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2006.
- CUETO RUA, Julio C. *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Buenos Aires.
- DARRITCHON, Luis “La Justicia de menor cuantía”. Ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho. Comisión 2: Justicia de menor cuantía. Revista Colegio de Abogados de San Isidro N° 23, 1987.

- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 1948.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “La mediación y el marco constitucional de la protección de derechos. Un posible precedente en la Constitución de Cádiz de 1982” en el Proyecto de Investigación *Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del procesal penal en el espacio judicial europeo* (referencia DER 2011-26954. Investigador principal: Bujosa Vadell, Lorenzo. Universidad de Salamanca).
- MARTIN DIZ, Fernando “Claves para el existo de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia” en Proyecto de Investigación concedido por Junta de Castilla y León (referencia SAO 125A08).
- NATO, Alejandro Marcelo - RODRIGUEZ QUEREJAZU, María Gabriela – PALADINO, Leonardo E. “El proceso en las cuestiones vecinales”. Tesina en Especialización en Derecho Procesal Profundizado. Universidad Notarial Argentina. La Plata, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. 9na. Edición. Fernández Ciudad SL, Madrid, 2007.
- PEYRANO, Walter Jorge, *Principios Procesales*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2011.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela “¿Comunidad? Mediación comunitaria, habitar efímero y diversidad cultural”, *Polis*, <http://polis.revues.org/3435>
- SOSA, Guillermo, *Instituciones de la moderna Justicia de Paz letrada*, Librería Editora Platense.

Rosa María Olave

Profesora de Negociación y Mediación y Directora del Programa de Gestión y Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Centros de Justicia Ciudadanos: una propuesta del Poder Judicial de Chile

Introducción

Este artículo tiene como objetivo principal presentar, en sus aspectos fundamentales, una propuesta de mejoramiento de acceso a la Justicia elaborada por el Poder Judicial y que fuera presentada a la presidenta de la República, sra. Michelle Bachelet, en diciembre del año 2015, la cual además fue aprobada por el Pleno de Ministros de la Corte Suprema de Chile.

Este proyecto denominado *Centros de Justicia Ciudadanos* es una iniciativa que busca acercar la justicia a las personas y las comunidades, a través de un proceso que permita un cambio de paradigma del Sistema de Justicia, promoviendo e instalando el diálogo como mecanismo para resolver los conflictos, garantizar el derecho de acceso a la Justicia y la recomposición del tejido social.

Constata como problemas principales la existencia de necesidades o brechas de acceso a la justicia, los bajos niveles de desarrollo de la tutela judicial efectiva y las

condiciones de vida deficitarias en el ámbito local, por lo que el sistema de Justicia no estaría respondiendo adecuadamente a la conflictividad social derivada de necesidades jurídicas insatisfechas (Documento *Centros de Justicia Ciudadanos*, Dirección Estudios Corte Suprema, 2015).

Propone un modelo de carácter sistémico que contempla distintas etapas para la resolución de un conflicto: una etapa preventiva-comunitaria, mecanismos de resolución colaborativa de conflictos y, finalmente cuando sea necesario, el proceso judicial. Todo esto en un modelo integrado.

Proceso de diagnóstico para elaboración de la propuesta

El diseño del modelo Centros de Justicia Ciudadanos ha sido elaborado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, quienes convocaron a distintos actores de Chile, tanto de la sociedad civil como de instituciones y grupos diversos, a participar y colaborar en este diseño.

La propuesta se elaboró recogiendo información de distintas fuentes: desde la información del propio Poder Judicial, en cuanto a ingresos y términos de causas en materias civiles, penales, familiares, laborales, y de fuentes de información provenientes de mediaciones en los ámbitos de familia, salud, trabajo, causas ingresadas a los Juzgados de Policía local y de la experiencia del Proyecto Unidades de Justicia Vecinal, del Ministerio de Justicia, así como también se consideraron antecedentes de otras instituciones nacionales, referidas a pobreza, nivel de asociatividad, efectivización de derechos, entre otros.

Así también, a través de la participación de los distintos actores, del mundo social, académico, político e institucional, sus opiniones fueron recogidas, sistematizadas y consideradas en la elaboración de un diagnóstico compartido y que ha sido una base importante para este diseño.

Elementos del diagnóstico

a. Lejanía del sistema de justicia con la ciudadanía y la exclusión de las necesidades jurídicas

Existe un sentimiento por parte de los distintos grupos que fueron consultados, de lejanía y distancia con el sistema formal de justicia, lo que significa la existencia de múltiples barreras para acceder al mismo: dificultad para comprender determinados procedimientos judiciales, los costos económicos y emocionales asociados a éstos y el impacto negativo que en general tiene judicializar un conflicto. Sumado a esto, muchas causas de menor cuantía pero con impacto social importante no ingresan al sistema judicial formal.

Asimismo, estudios señalan la baja confianza de la ciudadanía hacia los Tribunales de Justicia. Los resultados de la Encuesta Nacional de la Universidad Diego Portales del año 2014 y del Estudio del Centro de

Estudios Públicos del 2015 muestran que son percibidos como instituciones confiables por sólo cerca del 10% de la población.

b. Rápido escalamiento de los conflictos

En el diagnóstico se señala la falta de diálogo y de formas de resolución pacífica de conflictos, lo que produce que éstos escalen rápidamente y muchas veces estallen en situaciones de violencia, frente a lo cual se plantea la necesidad de intervenir tempranamente en los conflictos.

Un estudio del año 2015, del Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES), da cuenta que los chilenos sienten que tienen un nivel de conflictividad alto y similar al que perciben los habitantes de Argentina o China; más de la mitad de los encuestados en este estudio cree que es muy probable que algunos de los conflictos presentes en el país se expresen violentamente.

c. Necesidad de orientación legal y atención digna

Por otra parte, desde los distintos grupos consultados en el proceso de diseño de esta propuesta surgió la necesidad de poder contar con orientación legal respecto de cómo resolver los conflictos y cuáles son las posibilidades que el sistema de justicia ofrece, además de esperar recibir trato amable y cercano de manera tal de no producir situaciones de victimización secundaria.

d. Fortalecimiento y reconocimiento de mecanismos colaborativos y comunitarios de resolución de conflictos

Se constata que en Chile la oferta de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, en materias de familia, laboral y civil, es limitada e insuficientemente regulada y que a pesar de que en ciertas materias han ido siendo incorporadas, como en el caso de

familia o salud, no existe aún un tratamiento que permita considerarlos como una política integral de acceso a la Justicia.

Por otra parte y de acuerdo a lo recogido por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS) en reuniones con representantes de pueblos indígenas, los mecanismos comunitarios e indígenas de resolución de conflictos no son considerados ni conocidos por el sistema de justicia, por lo que sería necesario incorporarlos en este modelo

e. Educación en derechos y resolución pacífica de conflictos

Un área de desconocimiento que plantearon los distintos grupos fue el referido a los derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y colectivos, además de contar con suficientes herramientas para resolver los conflictos de manera pacífica. Lo que señalan los grupos consultados sobre lo que va sucediendo en muchas comunidades y frente a los conflictos es que éstos se van resolviendo muchas veces a través de la violencia.

Respecto de los datos cuantitativos que el sistema de justicia dispone sobre los conflictos ingresados a los Tribunales de Justicia, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (en <http://decs.pjud.cl/index.php/noticias/470-poder-judicial-presenta-propuesta-de-centros-de-justicia-ciudadanos>) cuenta con la siguiente información: sobre las materias civiles, el 52,3% son causas referidas a citación para la confesión de deuda y un 30% cobro de pagarés, representando en total el 82,3% del total de causas.

En cuanto a la justicia de familia, el 24% de las causas corresponde a pensión de alimentos, el 13% a violencia intrafamiliar y el 12% a vulneración de derechos de niñas y niños, representando el 49% de los ingresos en estas materias.

En relación a lo laboral, los datos señalan que el principal conflicto es el despido

injustificado y la indemnización sustitutiva de aviso previo, representando ambos un 16,6% del total de causas en este ámbito.

La propuesta de los Centros de Justicia Ciudadanos

La propuesta de los Centros de Justicia Ciudadanos señala como objetivo general: “Construir participativamente un sistema de diálogo y resolución participativa y pacífica de conflictos, que promueva el desarrollo individual y colectivo, con la participación de todas las personas y pueblos del país, que satisfaga universalmente las necesidades jurídicas, con enfoque de derechos y desde una perspectiva de política pública” (Documento *Centros de Justicia Ciudadanos*, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2015)

Para el logro de este objetivo se propone implementar un modelo sistémico de justicia y considera distintos procesos y mecanismos como la facilitación comunitaria, la educación en derechos y la resolución colaborativa de conflictos. Se busca la convivencia pacífica, la búsqueda de acuerdos a través del diálogo, garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva y generar avances en la efectivización de derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y colectivos de las personas y pueblos del país.

Como objetivos específicos, la propuesta de los Centros de Justicia Ciudadanos propone los siguientes (Documento *Centros de Justicia Ciudadanos*, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2015):

- Instalar el diálogo como mecanismo de resolución de conflictos en las relaciones sociales, comunitarias y familiares, hacia la convivencia pacífica y la reconstrucción del tejido social.
- Abrir canales que garanticen el acceso universal a una justicia cercana, participativa e inclusiva.

- Facilitar la coordinación y acceso a programas e iniciativas sociales de instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil, hacia la efectivización de derechos individuales y colectivos.
- Garantizar la tutela judicial efectiva, participativa, multicultural y adecuada.
- Fortalecer el sentido del proceso judicial como última alternativa o última ratio tendiendo a la descongestión de los tribunales y la resolución colaborativa y comunitaria de conflictos.
- Abordar las causas que originan la insatisfacción de las necesidades jurídicas para que mediante su solución se avance en la sostenibilidad de los acuerdos y la resolución real del conflicto.
- Avanzar en el desarrollo de un modelo descentralizado y de base ciudadana y comunitaria de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, para contar hacia el año 2040 con un modelo colaborativo, sistémico, complejo e integral de justicia.

Características del modelo

1. Sistémico y cambio de paradigma

El modelo busca un cambio de paradigma en la administración de Justicia, a largo plazo, que instale la cultura del diálogo como mecanismo de resolución de conflictos, para lo cual es necesario que el modelo sea concebido como un sistema, es decir, como un conjunto de programas, herramientas y acciones interrelacionadas entre sí.

Se busca poder entregar una oferta íntegra y coordinada desde el Estado de tal modo que no ocurran multiplicidad de acciones, donde los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos no sean considerados como alternativos o de menor categoría, sino como respuestas que pueden ser adecuadas para la solución de un determinado conflicto y en que el procedimiento judicial sea la última ratio del sistema.

2. Etapa preventiva-comunitaria

Esta etapa preventiva contempla la promoción de la cultura del diálogo, el desarrollo de capacidades personales y comunitarias para la resolución colaborativa de los conflictos y el fortalecimiento de redes comunitarias para la resolución de éstos.

En esta etapa se diseñarán, implementarán y evaluarán distintas iniciativas, como por ejemplo programas de educación y promoción de derechos; así también el modelo contempla programas de facilitación comunitaria que tendrían como objetivo principal el reconocimiento y fortalecimiento de los mecanismos comunitarios de resolución de conflictos, favoreciendo así la solución en una etapa temprana de evolución del conflicto y de acuerdo al contexto en que éste se desarrolla. Esto implica que los facilitadores comunitarios serían una primera puerta de entrada al sistema de justicia y promotores de la convivencia pacífica en las comunidades.

Uno de los desafíos de esta etapa comunitaria es instalar la cultura de diálogo, es decir, instalar procesos de escucha y conversación entre distintos actores y a distintos niveles que permitan generar consensos y contribuir a la búsqueda de soluciones cuando existan conflictos.

El diálogo es un espacio que permite la inclusión, que puede reunir a todos aquellos que pueden ser parte de un determinado problema para que ellos mismos puedan encontrar las soluciones. Esto adquiere especial importancia en contextos de exclusión, vulnerabilidad e interculturalidad.

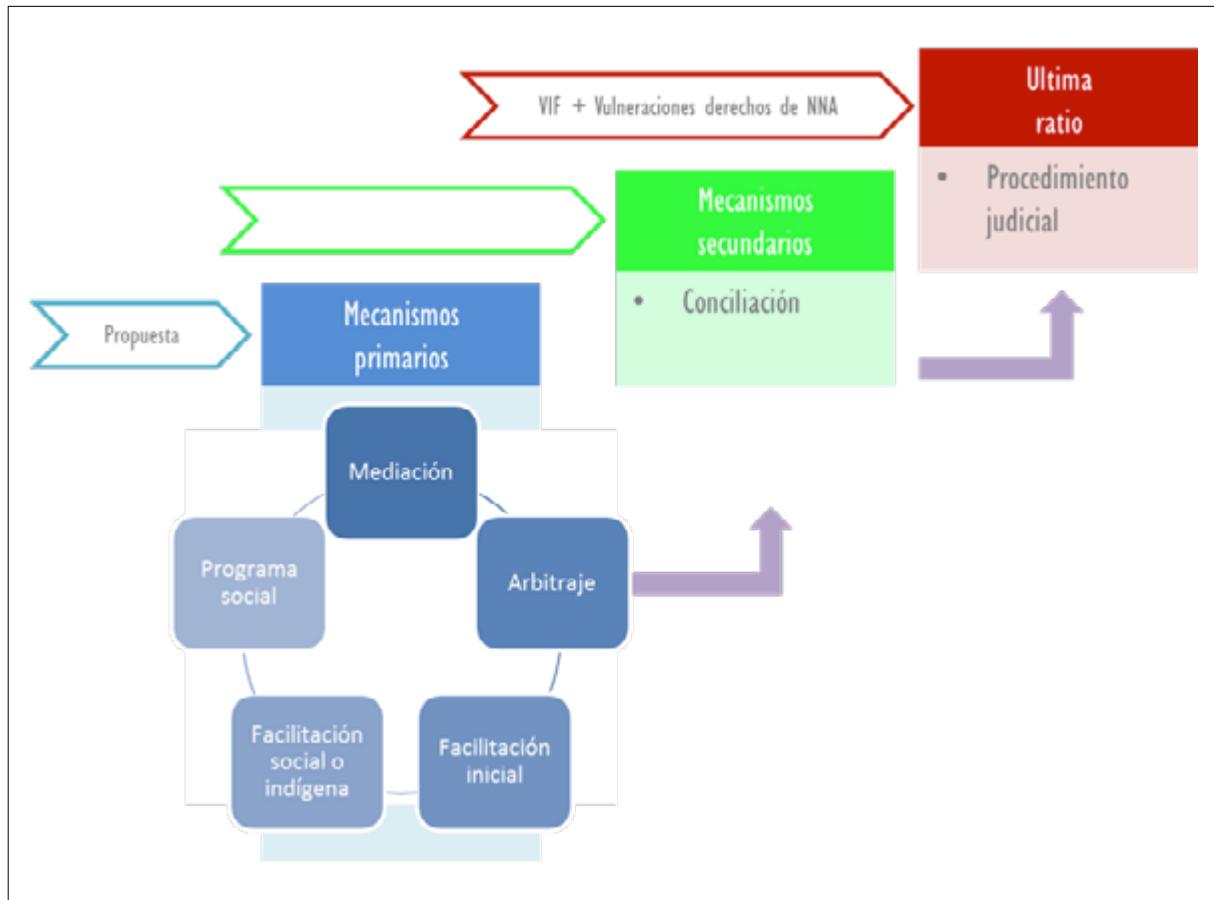
3. Sistema adecuado de resolución de conflictos

Las etapas anteriores que presenta el modelo ponen énfasis en la necesidad de contar con un sistema de prevención de conflictos, a través de los cuales, las personas y los grupos

puedan resolver por sí mismos los conflictos, mediante la adquisición de diversas capacidades y herramientas.

Pero, en determinados casos, cuando la fase preventiva no sea suficiente, el modelo de la propuesta de los Centros de Justicia Ciudadanos considera disponer de distintos

mecanismos de resolución colaborativa de conflictos como la mediación, conciliación y arbitraje, entre otros, los que podrían utilizarse extraprocesalmente como dentro del proceso, en distintas instancias del proceso judicial.



Fuente: Documento Centros de Justicia Ciudadanos, DECS, 2015

Algunos comentarios

La propuesta de los Centros de Justicia Ciudadanos del Poder Judicial busca dar respuesta a problemas, necesidades y requerimientos que hoy el país presenta, que están relacionados con los altos grados de desconfianza existentes entre las personas, hacia las instituciones y en particular hacia el sistema de justicia, y con la alta conflictividad en distintas áreas de la vida social.

El modelo considera la utilización de mecanismos de resolución de conflictos que permitan gestionarlos y/o resolverlos de una manera adecuada y pertinente, satisfacer las necesidades jurídicas y el mayor acceso a la justicia.

Es una propuesta que cuenta con una perspectiva de política pública, con enfoque de derechos y que considera en su diseño, implementación, monitoreo y evaluación, la

participación de distintos actores sociales e institucionales y la necesaria flexibilidad en su implementación de acuerdo a los contextos locales particulares; además incluye el concepto de necesidades jurídicas entendido como “aquella necesidad originada respecto del goce de un derecho constitucional, legal, jurisprudencial, administrativa o contractualmente reconocido o cuando la necesidad diga relación con la presencia de un conflicto, o un indicio de éste, que se quiere resolver” (*Centros de Justicia Ciudadanos*, 2015)

Finalmente, se puede afirmar que el modelo de justicia propuesto se orienta a un cambio a largo plazo, como un sistema de justicia que entregue nuevas formas de respuesta, las cuales sean inclusivas, auto-compositivas y colaborativas, y que respondan a las necesidades que hoy los ciudadanos demandan, frente a lo cual es un deber del Estado proporcionar un sistema para que los conflictos se solucionen.

Equipo de investigación

Lic. Alicia de la Fé, Dra. Stella Maris Margetic,
Dra. Patricia Mazzeo, Dra. Nélica Reggiardo,
Dra. Silvina Russo

Dirección Metodológica

Lic. M. Valeria Quiroga, Lic. M. Alejandra Sánchez
Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura
de la CABA. Director General Dr. Daniel Fabregas.
Directora Dra. Susana Velazquez.

Trabajo de investigación

Mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia

Resumen

El presente trabajo es una síntesis de nuestra obra publicada por la Editorial Jusbairens *Investigación sobre mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia*¹ y expone la metodología utilizada y los resultados de esa investigación que fue llevada a cabo en la ciudad de Buenos Aires, en la que se analizó una muestra no probabilística de 161 causas contravencionales y penales, que involucran amenazas simples, daños, violación de domicilio, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y hostigamiento, entre otros.

Con esta investigación se pudo demostrar la viabilidad de la mediación en esos casos, a partir del nivel de acuerdos alcanzados y la proporción del cumplimiento de los mismos; y a su vez, identificar algunos factores que pudieron haber facilitado esos acuerdos.

A partir del análisis del nivel de acuerdos alcanzados, así como la proporción del cumplimiento de los mismos, se presenta aquí evidencia de la efectividad de la mediación, y también se identifican factores que permiten facilitar los acuerdos.

La hipótesis de investigación consistió en que para que la mediación sea efectiva como mecanismo de resolución de conflictos, se deben reunir cinco condiciones copulativas:

- Que la violencia se encuentre controlada
- Que la frecuencia de la violencia no sea crónica
- Que las partes tengan capacidad de reflexión
- Que las partes tengan voluntad de cambio
- Que las partes estén asesoradas legalmente

1 <http://editorial.jusbairens.gob.ar/libro/cargar/149>

1. Introducción

Esta investigación nace a partir del trabajo diario en el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Tratando de abordar interdisciplinariamente los conflictos que se presentaban dentro de causas penales y/o contravencionales derivadas por un fiscal o un juez, detectamos que estábamos mediando con familias que habían vivido en al menos alguna ocasión, o bien situaciones de violencia propiamente tales o situaciones que habían sido percibidas tales, aunque no lo hayan sido en estricto rigor.

Se veía en la realidad de estas familias que se encontraban frente a nosotros, además de la violencia y el dolor que ésta conlleva para todos, aun en los casos de mayor naturalización, el deseo y la necesidad de seguir funcionando como familia; con los padres juntos o separados, encontrar la forma de ocuparse de sus hijos, de seguir adelante como parejas o de formar otras parejas, de mejorar el vínculo con esa madre, ese hijo, esa suegra o cuñado con quien el conflicto creció y la violencia y la denuncia vinieron a hacer un corte, una cuña, y esto fue lo que nos llevó a encarar la presente investigación.

Ese *hacer* diario nos llevó a reflexionar y ver que la sola intervención nuestra no parecía suficiente, que se necesitaba una intervención mucho más precisa y articulada. Sin embargo, advertimos que lo que habíamos trabajado juntos, familias y mediadores, familias y operadores del sistema judicial, había servido, algo había cambiado y por eso decidimos conformar un equipo de investigación enfocado en este proceso.

Se realizó un estudio descriptivo² cuyo objeto de estudio fue identificar los factores que posibilitan la construcción de acuerdos de mediación en casos atravesados por violencia

intrafamiliar y las variables que favorecen su sostenimiento en el tiempo.

2. Marco teórico

Entendemos que abordar este tema, como cualquier problemática humana, supone una riqueza, una complejidad en la que se entrecruzan lo biológico, psicológico, espiritual, social, cultural y contextual. Y esto requiere de miradas y abordajes simultáneos y articulados desde lo interdisciplinario o lo transdisciplinario.

Para una mayor comprensión de nuestro marco teórico, nos remitimos a nuestro trabajo ya citado en la página anterior, contextualizando aquí alguno de los conceptos allí analizados.

Tomamos como definición de “familia” la que brinda la Ley de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba por ser, a nuestro criterio, la más amplia y completa. Se considera familia a: “los integrantes del grupo familiar, entendiéndose por tal, el surgido del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o haya cesado el vínculo, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales” (Ley de Violencia Familiar de Córdoba N° 9283/2006).

Por la misma razón adoptamos como propios los conceptos vertidos en la mencionada ley para hablar de violencia familiar:

“A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, toda acción, omisión o abuso dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque esa actitud no configure delito.” (Art. 3°)

La familia es una organización compleja. Podemos también pensarla desde lo sistémico, lo relacional, con una dinámica

² Se propone en este tipo de investigación describir de modo sistemático las características de una población.

en permanente cambio e intercambio con el medio. No sólo se modifica por las variaciones internas de cada uno de sus integrantes sino por el intercambio constante de cada uno de ellos con el afuera. La organización familiar, a diferencia de otras, se sustenta en los lazos afectivos y nutre a través de ellos a sus miembros. Tiene una historia que excede la de la pareja y sus hijos para extenderse a las generaciones que los preceden.

La familia, como el individuo, para crecer atraviesa diferentes etapas normales, esperables, que son al mismo tiempo etapas críticas. Etapas esperables serían, por ejemplo, la constitución de la pareja, el nacimiento del primer hijo con la consiguiente inauguración del subsistema paterno, la entrada a la escolaridad, la adolescencia de los hijos, la salida de los hijos del hogar, etc.

Cada una de estas etapas tiene sus dificultades o puede tenerlas para uno y para todos los integrantes de la familia; como dijimos, conforman un sistema y lo que le pasa a uno repercute en todos. O aparecen crisis que si bien no son evolutivas, surgen motivadas por una desavenencia conyugal, la enfermedad de alguno de los miembros, la pérdida de empleo, un accidente y frente a estas situaciones el sistema tambalea, se desestructura y necesita volver a estructurarse.

El conflicto sucede. La causa penal cristaliza ese conflicto en el tipo penal, dando un marco que no responde en su totalidad a la complejidad del conflicto ni a las necesidades de las partes. La mediación amplía la mirada, focaliza sobre la complejidad del conflicto y busca que la palabra circule para que los vínculos sean restaurados y transformados.

A partir del pedido de intervención a la justicia, al abrir el espacio de mediación, se nos descubre en parte la singularidad de esta familia que llega con lo propio, con relaciones

y vínculos contruidos de determinada manera y con conflictos en los cuales aparece la violencia.

¿Cómo surge la violencia? ¿De dónde? Las situaciones son muchas, variadas, distintas, como familias se nos presentan. ¿Tal vez cuando se presenta una única visión del mundo y no se concibe otra posibilidad? Si bien no dejamos de ver que a veces hay rasgos de personalidad, en alguna o en ambas partes, que favorecen la generación de situaciones de violencia, entendemos que la violencia surge en la interacción, entre dos, en ese espacio “entre” y no solo desde uno. Entre dos, ligados afectivamente, se pueden generar muchas emociones y entre ellas también violencia.

Entendemos, siguiendo a Freud y al psicoanálisis, que la agresividad es inherente a la naturaleza humana y que a ninguno de nosotros nos es ajena esta energía. El hombre es un ser que entre sus disposiciones instintivas incluye una buena porción de agresividad, necesaria para su supervivencia. La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre, para dominar sus manifestaciones mediante formaciones reactivas psíquicas.

Nos es útil para entender parte de esta interacción de la que hablamos y para poder discriminar y trabajar sobre ella, la distinción de *violencia cíclica o permanente* a la que hace referencia la Organización Mundial de la Salud (OMS) y con más claridad la de *episódica y estructural* a la que se refieren Gianella, Curi y otros autores. La violencia episódica obedece a determinada situación puntual y tiene carácter transitorio. En el transcurrir de la crisis pueden emerger episodios de violencia. En cambio, la experiencia de violencia crónica trastorna de manera consistente y predecible, provocando fenómenos destructivos como son el silencio, la desconfianza y el aislamiento. También resulta interesante la diferencia entre

interacción simétrica y la complementaria³ aunque nos resultó de difícil identificación.

La ley funciona como límite para la violencia y en este sentido como organizadora de la cultura. La ley regula desde afuera lo que el individuo no puede manejar por sí mismo para vivir en sociedad.

El individuo adulto cuenta para dicho fin con la palabra como medio de expresión de sus emociones. Simbolizar le da la posibilidad de posponer, controlar, sublimar sus pulsiones.

La mediación habilita un espacio para el uso de la palabra, para expresar lo propio y reconocer lo del otro, para comunicarse. Porque entendemos que las familias siguen funcionando. ¿O es que una sentencia condenatoria o absolutoria, tal vez, resuelve la conflictiva familiar? Hemos conceptualizado operativamente a la mediación como: “un espacio cuidado, donde se respeta la voluntad de cada una de las partes. Un espacio en el que las partes pueden explorar qué necesitan, cómo quieren continuar a partir de la situación planteada. Resulta un modelo posible de respeto mutuo y tolerancia donde se pueden generar nuevas narrativas que faciliten para el futuro interacciones más saludables”.

Legislada en el art. 204 del CPP, la mediación es uno de los métodos alternativos de solución de conflictos que se da dentro del fuero contravencional y penal, es decir que se trata de mediación judicial. El proceso de mediación, que es siempre voluntario y confidencial, no supone la suspensión de los plazos procesales pero otorga la posibilidad de intentar acuerdos que procuren la finalización del proceso.

Nuestro centro de mediación tiene como objetivo acercar a las personas en conflicto, que puedan escucharse y reflexionar sobre la situación que motivó la denuncia,

sin tener como meta el acuerdo, sino satisfacer las necesidades de las partes en ese momento, utilizando una combinación de los distintos modelos de mediación existentes como el tradicional lineal de Harvard, el transformativo de Bush y Folger, el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb y otros abordajes alternativos; valoramos especialmente la posibilidad de trabajar, de pensar de manera interdisciplinaria y transdisciplinaria.

3. Metodología

Nos propusimos como objetivo “identificar los factores que posibilitan la construcción de acuerdos de mediación en causas de familias atravesadas por situaciones de violencia y las variables que favorecen su sostenimiento en el tiempo”.

En este estudio descriptivo, el universo se conformó con todas las causas del fuero en que tuvo intervención el centro y en las que se firmaron acuerdos, entre octubre de 2012 y enero de 2014.

Se trabajó con una muestra *no probabilística*⁴ integrada por un total de 161 casos, sobre los cuales los mediadores que participaron voluntariamente del proyecto de investigación completaron el instrumento de recolección de datos provisto de acuerdo a su observación personal. Se realizó posteriormente la verificación del acuerdo en el lapso de al menos un año.

La hipótesis puesta a prueba fue: *las familias que han atravesado situaciones de violencia pueden participar de un proceso de mediación, lograr acuerdos y sostenerlos en el tiempo si se cumplen los siguientes presupuestos:*

4 El muestreo no probabilístico es una técnica donde las muestras se recogen en un proceso que no brinda a todos los individuos de la población iguales oportunidades de ser seleccionados. Por lo tanto, los resultados de la investigación no pueden ser utilizados en generalizaciones respecto de toda la población.

3 Watzlawick, Paul, Janet Beavin y Don Jackson (1985), *Teoría de la comunicación humana*, Editorial Herder. Barcelona.

- Que la violencia se encuentre controlada
- Que la frecuencia de la violencia no sea crónica
- Que las partes tengan capacidad de reflexión
- Que las partes tengan voluntad de cambio
- Que las partes estén asesoradas legalmente

Compartimos, a continuación la caracterización de cada uno de estos presupuestos:

Que la violencia se encuentre controlada. Conceptualizamos operativamente *violencia controlada* como la situación en la que se ha generado un espacio en la relación vincular para poder usar la palabra en vez de la acción. Hace referencia también a la posibilidad de cada uno de manejar su propia violencia/agresividad/impulsos.

Que las partes tengan capacidad de reflexión. Entendemos la capacidad de reflexión como la capacidad de mirar, registrar, pensar sobre las propias emociones y sentimientos; mirar, registrar y pensar sobre emociones y sentimientos del otro y poder prever y registrar las consecuencias que los propios actos u omisiones tienen sobre nosotros y los otros.

Se construyó como una variable compleja, que se relevó para ambos roles –requerido y requirente- compuesta por tres dimensiones: registro de las emociones propias, registro del otro y registro de las consecuencias.

Que las partes tengan voluntad de cambio. Voluntad de cambio implica tener la disponibilidad de esforzarse para hacer algún movimiento, interno o externo, necesario para estar mejor con uno mismo, con el otro, con el entorno. Movimiento que se va a dar si uno está dispuesto a ver, a aprender algo nuevo dejando lo conocido y asumiendo los riesgos que esto conlleva.

Se construyó como una variable compleja, compuesta por tres dimensiones: disponibilidad para el esfuerzo, para el aprendizaje y para la búsqueda de un nuevo escenario.

Que la violencia no sea crónica. Hace referencia a la periodicidad con la que la violencia se manifiesta en el vínculo familiar. Hablamos aquí de episodios y situaciones aisladas de violencia.

Que las partes estén asesoradas legalmente. Se refiere aquí al acompañamiento jurídico que ambas partes han tenido previamente y al momento de la audiencia de mediación, asegurándonos así paridad y asesoramiento en obligaciones y derechos de los participantes.

4. Análisis e interpretación de datos de la muestra

Contexto en el cual se produce la muestra

Causas ingresadas a la gestión de Poder Judicial de CABA con identificación de violencia doméstica en el período 2012-2013:	3.074
Causas ingresadas al Poder judicial con identificación de violencia doméstica en el período 2012-2013, y gestionadas por el Centro de Mediación	1.117

De ese total de 1.117 causas, fue posible llevar adelante la mediación, es decir, sentar a las partes con la disponibilidad para dialogar directa o indirectamente con el otro y por lo tanto llevar a cabo la audiencia de mediación, en el 57% de los casos (637 casos). De esos casos, el 89 % arribó a acuerdos (569 casos) y el 11% no (68 casos).⁵ Ese nivel de acuerdo resulta superior a la tasa de acuerdo general verificada considerando la totalidad de los

⁵ Se pudo determinar que la tasa de acuerdos en estos casos con identificación de violencia fue superior a la tasa calculada en general sobre la totalidad de los casos mediados.

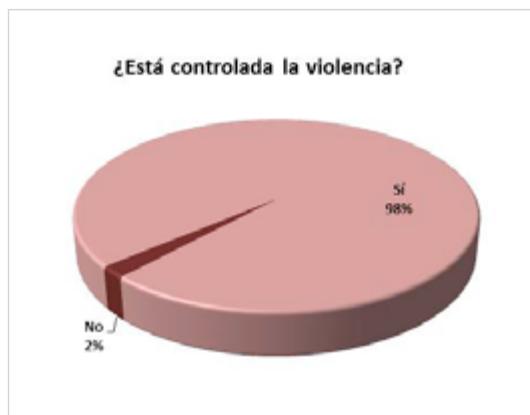
casos mediados según surge de los anuarios 2012 y 2013, con tasas de acuerdo del 81% y del 80% respectivamente, lo que resulta un hallazgo contextual para destacar⁶.

5. Hallazgos vinculados a los presupuestos de la hipótesis planteada

Vamos a compartir los resultados obtenidos en este trabajo, remitiendo nuevamente al trabajo publicado en extenso para un análisis más exhaustivo. Todos los datos fueron relevados en fichas luego de realizadas las audiencias por los propios mediadores y procesadas luego se pudieron obtener los valores que aquí adelantamos.

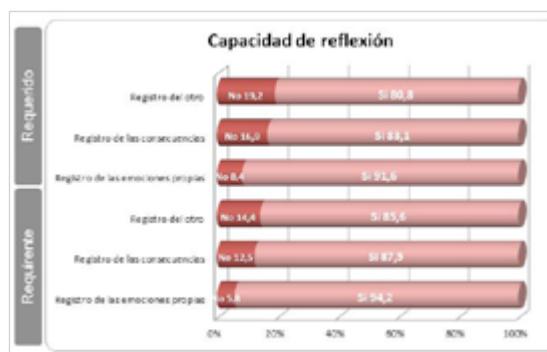
Verificación de nuestros presupuestos

Que la violencia se encuentre controlada.



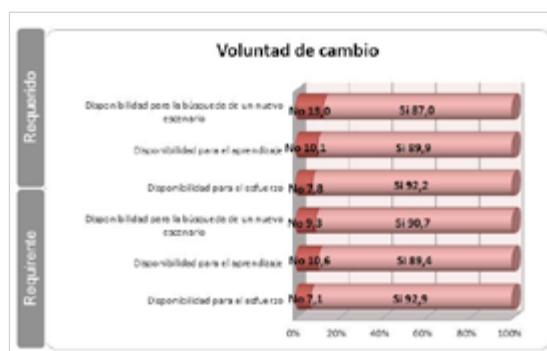
Del análisis de resultados surge que la violencia está controlada en el 98.1% de los casos relevados.

Que las partes tengan capacidad de reflexión.



Pudimos observar que los valores de la capacidad de reflexión tanto en el requirente como en el requerido superan el 80%, lo que da cuenta de un nivel elevado en ambas partes. Los valores registrados son ligeramente superiores respecto de todas las variables simples en el requirente respecto del requerido. Si bien esta diferencia no altera el equilibrio observado entre las partes, podría indicar una disponibilidad ligeramente mayor para pensar y reflexionar en el requirente.

Que las partes tengan voluntad de cambio.



Los valores obtenidos indican un alto nivel de voluntad de cambio en ambas partes, ubicándose a partir del 87%, y siendo ligeramente superiores en el requirente respecto del requerido.

⁶ Anuario estadístico sobre medición años 2012 y 2013 <https://versionanterior.jusbaires.gob.ar/content/anuario-estad%C3%ADstico-sobre-mediaciones-a%C3%B1o-2012-0>, <https://versionanterior.jusbaires.gob.ar/content/anuario-estad%C3%ADstico-centro-de-mediaci%C3%B3n-a%C3%B1o-2013>

Que la violencia no sea crónica.



Se observa que, contradiciendo el presupuesto, en el 20% de casos en los cuales se identificó con claridad la existencia de violencia crónica, se pudo trabajar con las partes, llevar adelante una mediación y arribar a un acuerdo.

Que las partes estén asesoradas legalmente.

Se cumplió en el 100% de los casos respecto del requirente y del requerido.

Para poder analizar la sostenibilidad de los acuerdos, se realizó **la verificación del cumplimiento** de estos acuerdos durante un año.

Entendemos por verificación al conjunto de herramientas que son utilizadas por el equipo interdisciplinario del Centro para contactar a las partes que han construido un acuerdo intentando ver si se está cumpliendo lo acordado. Se realizan llamados telefónicos y/o entrevistas personales con una frecuencia pautada de 1 mes, 3 meses, 6 meses y 1 año, o de acuerdo al tiempo y modo que las particularidades del caso requieran.

De esa verificación se obtuvieron los siguientes resultados:

Resultado de la verificación del cumplimiento del acuerdo		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Cumplimiento	118	73,3%	92,2%	92,2%
	Incumplimiento	10	6,2%	7,8%	100%
	Total	128	79,5%	100%	
Perdidos	Imposibilidad de comunicarse	33	20,5%		
Total		161	100%		

Contrariando nuestro presupuesto, en un 17,2% de casos registrados como de violencia crónica, no sólo fue posible llevar adelante la mediación y arribar a acuerdos como se vio anteriormente, sino que también se verifica su cumplimiento en el tiempo.

6. Análisis de datos

Valoración de los resultados obtenidos

Como consecuencia del análisis del estudio de campo realizado estamos en condiciones de afirmar que en el contexto de la justicia penal respecto de los delitos de amenazas simples, violación de domicilio, daños, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y la contravención de hostigamiento, en los que intervienen familias que han atravesado situaciones de violencia, *éstas han podido participar en procesos de mediación, lograr acuerdos y sostenerlos en el tiempo.*

Siguiendo a Karl Popper, en su método de ensayo y supresión de errores, procedimos a la falsación de los presupuestos y pudimos comprobar que las partes estaban asesoradas legalmente en el 100% de los casos y la violencia se hallaba controlada en el 98.1%. Para los presupuestos capacidad de reflexión, voluntad de cambio, y que la violencia no sea crónica, el porcentaje superó el 80% de los casos.

Uno de los resultados más importantes de este estudio exploratorio es que la mediación como proceso de resolución de conflictos en situaciones que involucran familias atravesadas por violencia es viable cuando la “violencia se encuentre controlada”. Pudimos constatar en el 98.1% de los casos relevados ausencia de violencia activa entre las partes que arribaron a un acuerdo.

En el cruce que hemos hecho del *presupuesto violencia controlada* con los otros presupuestos, no hemos podido constatar que existe asociación entre el control de la violencia y el sostenimiento de los acuerdos. Sin embargo se observa que en porcentajes muy altos los cumplimientos se dan cuando la violencia se encuentra controlada. Lo que nos permite concluir que la existencia de control sobre la violencia allana el camino hacia el acuerdo, y favorece el cumplimiento de los mismos.

Constatamos también que existe asociación entre la *capacidad de reflexión* del requirente y del requerido y el *control de la violencia*, lo que nos permite concluir que mejores niveles de capacidad de reflexión en situaciones de violencia controlada favorecen asimismo el alcance de acuerdos.

Respecto al cruce de la *violencia controlada* con *voluntad de cambio*, nos encontramos con distintos panoramas al examinar la persona del requirente y del requerido. En el caso del requirente en situaciones de *violencia controlada* hemos constatado que existe asociación entre ambas variables, haciendo posible mediar y a su vez, allanar el camino hacia el acuerdo. En cambio, respecto del requerido no se pudo constatar asociación entre ambas variables, pudiendo estar controlada la violencia sin haberse registrado niveles significativos de voluntad de cambio, sin perjuicio de arribar a acuerdos. Este punto que resulta ser un hallazgo en términos de “lo no previsto” genera un interrogante que daría lugar a una nueva investigación acerca de qué es lo que posibilita en este caso el camino hacia el acuerdo.

Con respecto a la relación entre la *violencia controlada* con otras intervenciones judiciales, se constató que había habido otras intervenciones judiciales tales como medidas cautelares, causas civiles, penales o contravencionales, además de la instancia en la que estábamos trabajando, en 72.8%. Sin embargo también vimos que en el 25.7% de esos casos la violencia se encontraba controlada aunque no había habido otras intervenciones judiciales. Ahora bien, se pudo asimismo constatar que los acuerdos fueron cumplidos en un 92.8% de los casos abarcando tanto situaciones que contaban con otras intervenciones judiciales (73.9%) como sin otras intervenciones (18.9%). Podríamos decir entonces que la violencia se encontraba controlada aunque no hubiera otra intervención judicial excepto la de la causa en que se estaba interviniendo. Entendemos que el contexto institucional del Poder Judicial actúa como garante de ese “espacio cuidado” que puede brindar la intervención de nuestro Centro en tanto nuestra mediación es intrajudicial. Se operativiza el encuentro en la generación de intercambios para la solución del conflicto. Este punto que resulta ser un hallazgo en términos de “lo no previsto”, genera un interrogante que daría lugar a una nueva investigación acerca del rol de la justicia como generadora de una oportunidad de cambio para las personas.

En relación a otro de los presupuestos evaluados (“que la violencia no sea crónica”), se constató su existencia en más del 80% de los casos. Al cruzar la variable *frecuencia de la violencia* con el presupuesto *violencia controlada*, hemos comprobado que si bien se asocia mayoritariamente con la *violencia episódica*, también se pudieron detectar casos de *violencia crónica* en situaciones de *violencia controlada*.

Al buscar la asociación entre el presupuesto antes mencionado y el cumplimiento de los acuerdos se registraron cumplimientos e incumplimientos tanto para casos de violencia episódica como crónica.

Este dato obtenido cuestiona nuestro presupuesto inicial en cuanto que solo se podía mediar en casos de violencia episódica, al observar que en el 17.2% de los casos la violencia era crónica e igual se pudo arribar a acuerdos sostenibles en el tiempo. Este punto que resulta ser un hallazgo en términos de “lo no previsto”, genera un interrogante que daría lugar a una nueva investigación acerca del impacto que tuvo la presencia o no de violencia crónica para lograr acuerdos y sostenerlos en el tiempo.

Ahora bien, respecto específicamente al presupuesto *capacidad de reflexión*, pudimos observar que los valores tanto en el requirente como en el requerido superan el 82.4% de los casos, lo que da cuenta de un nivel elevado de capacidad de reflexión existente en ambas partes. Los valores registrados son ligeramente superiores en el requirente respecto del requerido. Si bien esta diferencia no altera el equilibrio observado entre las partes, podría indicar una disponibilidad ligeramente mayor para pensar y reflexionar en el requirente (quien realiza la denuncia quizá reflexiona sobre lo acontecido con anticipación al requerido y además no se puede ignorar que el requerido se encuentra en una situación de constreñimiento como denunciado en una causa penal o contravencional, lo que seguramente podría influir en sus capacidades.

Respecto al presupuesto *voluntad de cambio*, pudimos observar que los valores tanto en el requirente como en el requerido superan 86.4%, lo que da cuenta de un alto nivel de voluntad de cambio en ambas partes. Los valores registrados son ligeramente superiores en el requirente respecto del requerido, lo que nos permite llegar a igual valoración que la realizada respecto de la capacidad de reflexión.

Sin embargo, cabe resaltar que, si bien una alta capacidad de reflexión parece tener estrecha vinculación con la posibilidad de arribar a acuerdos, la relación no se

mantiene entre la *capacidad de reflexión* y el *sostenimiento de esos acuerdos* y lo mismo ocurre respecto del presupuesto *voluntad de cambio*. Este punto resulta ser un hallazgo.

En la variable *otras intervenciones para el sostenimiento del acuerdo*, también surgió que el mediador en un altísimo porcentaje consideró necesario sugerirlas. Entre ellas apoyo terapéutico, programas para desarrollar habilidades comunicacionales, comunicación no violenta, etc.

7. Conclusiones

Con este estudio exploratorio y nuestra reflexión cotidiana permanente intentamos construir teoría desde la práctica. Hemos podido comprobar que en los procesos de mediación observados en los que hemos arribado a acuerdos, las partes se encontrarían en una relación de paridad en cuanto a sus capacidades de enfrentar el conflicto, pudiendo reflexionar sobre lo acontecido. Esto es importante porque los acuerdos requieren el aporte de ambas partes y la posibilidad de movimiento y compromiso para explorar alternativas, una cierta plasticidad psíquica.

De acuerdo a los antecedentes y resultados analizados, ha quedado de manifiesto la viabilidad y la efectividad del proceso de mediación contrastando con las posturas de los que plantean la imposibilidad de llevarlo a cabo cuando ha existido violencia.

El haber identificado los presupuestos esgrimidos por medio de este estudio supone un cambio de paradigma al considerar a las familias atravesadas por violencia con capacidad para responsabilizarse de sus actos, devolviéndoles el poder para revertir conductas dañinas, lo que tendría impacto positivo para la reestructuración de pautas relacionales y el desarrollo de mecanismos de resolución de conflictos más eficaces y funcionales.

Hacia adentro del Centro de Mediación, el impacto que esta investigación impulsó a generar nuevos procedimientos y recursos para dar respuestas a los desafíos que se nos iban presentando. Se requiere el compromiso ético de los profesionales que intervienen en este tipo de casos: mediadores capacitados especialmente en la temática de violencia (Ateneo de Casos-Supervisión- Capacitación específica- Talleres) para el desarrollo de mayores destrezas, en un enfoque necesariamente interdisciplinario.

La particularidad del proceso de mediación es que trabaja desde la práctica, desde el caso por caso. Nosotros lo hacemos desde el enfoque sistémico, relacional, promoviendo la potencialidad de los vínculos para el sostenimiento de la familia, sin desconocer ni dejar de estar atentos al contexto señalado.

Nuestras mediaciones son intrajudiciales y transdisciplinarias en las que participan los distintos operadores del sistema, generando un contexto que favorece a que las partes puedan mantener un equilibrio en cuanto a sus capacidades de enfrentar el conflicto. Así pueden reflexionar sobre lo acontecido y tienen la posibilidad de movimiento y compromiso para explorar alternativas y lograr acuerdos sustentables con el aporte de ambos por igual.

Con respecto al sostenimiento de los acuerdos se pudo constatar que en el 92% de los casos verificados efectivamente, se sostuvieron, siendo éste a nuestro parecer el dato más relevante, satisfactorio y que da significado y consistencia a nuestra investigación.

Nuestra modalidad de trabajo, que incluye el acompañamiento de las familias, favorece la prevención, procurando que no se repitan situaciones como las que dieron lugar a la denuncia. Si logramos comprender qué redes integran y cuáles necesitarían los actores que se encuentran con el mediador, muchos puntos críticos podrían ser abordados de

manera favorable. Cuando las personas llegan al espacio de mediación, existe una red social personal, red social significativa o red microsocia con distinto grado de presencia e intensidad y con relación a ésta se pueden pensar y optar por nuevas estrategias de resolución de conflictos.

El fortalecimiento de una red deviene de suma importancia tanto hacia adentro de la institución Poder Judicial como hacia las demás organizaciones públicas y privadas. Elogiamos al legislador de la Ciudad de Buenos Aires que supo ver la importancia de que sea un órgano oficial quien tuviera a su cargo la mediación penal en la jurisdicción, reconociendo el compromiso que nos compete como Estado. También es responsabilidad del Estado evitar que el fraccionamiento en distintas jurisdicciones y diferentes fueros revictimice a las familias que se encuentran extraviadas en el laberinto judicial.

Creemos que es necesario contar con un código unificado de familia que abarque toda la problemática que la aqueja para acompañarla así en su desarrollo, por lo que debiera crearse una Justicia de Familia que contara con competencia civil y penal; y tener equipos interdisciplinarios que trabajen mano a mano con el juez así como intervenciones que desde distintos caminos alternativos coadyuven a mantener a la familia “funcionando” como familia.

8. Bibliografía consultada

- BALLARIN, Silvina (2012), *Puntos de Encuentro Familiar. El derecho a vivir en familia*, Mar del Plata, Editorial EUDEM.
- BERARDO Ema, GRECO Silvana y VECCHI Silvana (2005), *Experiencias de Mediación y Violencia Familiar, la Mediación como recurso de intervención democratizadora en las relaciones de poder*
- BUSTELO, Daniel (1995), *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, BMS Ediciones S.L.
- CARAM, María Elena (2002), *El espacio de la mediación penal*. 2002. Disponible en línea: http://www.revistalatrama.com.larevista_articulo.php?id=1&ed
- CÁRDENAS, Eduardo (1999), *Violencia en la pareja. Intervenciones para la paz desde la paz*, Buenos Aires, Ediciones Gránica.
- CURI, Sara y GIANELLA, Carolina (2002), *Mediación y violencia familiar en el contexto judicial*. Disponible en línea: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/73.pdf> (recuperado el 1° de junio de 2012).
- FREUD, Sigmund (1930), *El malestar en la cultura*. Obras Completas Volumen 21, Buenos Aires, Amorrortu editores.
- HEISE, Lori (1994), *Violencia contra la mujer, la carga oculta de la salud*, Programa Mujer, Salud y Desarrollo. OPS. Washington D.C.
- ILUDÍAN, Mirta y TAPIA, Graciela (1998), "Mediación y Violencia Familiar". Publicado en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- NAJMANOVICH, Denise (1998), *Interdisciplina: Riesgos y Beneficios del Arte Dialógico*. Revista TRAMAS, Publicación de la Asociación Uruguaya de Psicoanálisis de las Configuraciones Vinculares, T. IV, N° 4
- WATZLAWICK, Paul; JANET Beavin, y DON Jackson (1985), *Teoría de la comunicación humana*. Barcelona, Editorial Herder.

María Maltos Rodríguez

Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Chihuahua. Profesora en licenciatura y posgrados. Consultora. Asesoró en la redacción de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y en la iniciativa de Código Nacional de Justicia Penal para Adolescentes.

La justicia restaurativa en las leyes “nacionales” mexicanas

Resumen

La reforma al sistema de justicia penal que México inició en entidades federativas y trasladó en junio de 2008 a todo el país a través de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha ido aumentando contenidos relacionados con la justicia restaurativa. Las cuatro leyes de carácter nacional, conforme se han ido promulgando, tienen cada vez más disposiciones relacionadas no solo con la aplicación de procesos de carácter restaurativo, sino a hacer cada vez más restaurativa la orientación del sistema completo. En este breve artículo se describen los contenidos relacionados con justicia restaurativa en las cuatro disposiciones mexicanas de carácter nacional, las correcciones de deficiencias legislativas y operativas que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes buscó realizar con base en las experiencias de las anteriores, para concluir con algunos puntos que podrían tomarse en cuenta para reformas de carácter posterior.

Introducción

Previo a la reforma constitucional para instaurar el sistema de justicia penal de corte acusatorio, ya algunas entidades federativas¹ mexicanas habían hecho cambios a sus legislaciones y, como el caso de Chihuahua, incluso ya estaban operando el sistema un año y medio antes del 18 de junio de 2008.

A partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del año 2008, e incluso antes, como fue el caso de Chihuahua, la justicia restaurativa ha tomado mayor auge pues, aunque puede aplicarse en materias distintas a la penal, es en ésta donde ha cobrado más relevancia en México por las posibilidades que brinda de una reparación integral del daño causado a la víctima.

Además de la reforma constitucional de 2008, en octubre de 2013 y en julio de 2015 se publicaron otras dos reformas al inciso c) de la fracción XXI, artículo 73, que facultaron al Congreso de la Unión para expedir “leyes

¹ México (Estados Unidos Mexicanos) es una República compuesta por Estados que se encuentran unidos en una federación conforme al artículo 40 de su Constitución Política.

únicas”, a las que finalmente se les ha llamado “nacionales”.²

Este nuevo tipo de ley implica que las entidades federativas ya no podrán legislar en estos temas, como sí ocurre con las leyes generales, en que concurrentemente los congresos locales pueden legislar en el ámbito de su competencia lo que el Congreso de la Unión no ha contemplado. Esto tiene como objetivo unificar la operación y práctica nacional en estas materias, que desde que inició la implementación de la reforma al sistema acusatorio ha sido dispar, especialmente en el tema de justicia penal para adolescentes. Sin embargo, esto aumenta el compromiso de que dichas leyes deben hacerse con sumo cuidado y que cualquier reforma a las mismas debe ser ampliamente debatida con especialistas, pues produciría un efecto inmediato a todo el país que las entidades federativas no podrán aminorar.

Estas cuatro leyes o códigos “nacionales” son: Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado el 5 de marzo de 2014); Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (publicada el 29 de diciembre de 2014); Ley Nacional de Ejecución Penal (publicada el 16 de junio de 2016); y, Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (publicada el 16 de junio de 2016).

La última contiene diversas materias que abarcan a las tres primeras (procedimental, mecanismos alternativos, ejecución), entre otras como parte sustantiva y hasta prevención del delito. Además, recogiendo las experiencias de las anteriores, tanto de la aplicación del Código Nacional y la Ley de Mecanismos como de los diversos anteproyectos que tuvo la Ley de Ejecución, buscó corregir algunas deficiencias tanto legislativas como operativas y, además,

aumentar considerablemente los contenidos restaurativos.

A continuación, se describen los contenidos en materia de justicia restaurativa, mecanismos alternativos y soluciones alternas de las tres primeras leyes nacionales para, finalmente, comparar los cambios que incorpora en cada una de esas materias la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. A partir de su implementación, monitoreo y evaluación, podríamos tomar en cuenta aspectos específicos que esta Ley buscó mejorar de las anteriores, que conduzcan a reformas posteriores en esas tres primeras leyes que permitan una mejor operación del sistema integral de justicia penal.

1. Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)

Publicado el 5 de marzo de 2014³ con una *vacatio legis* que dependía en cada entidad federativa de las declaratorias que hicieran los congresos estatales, con plazo máximo al 18 de junio de 2016. Este código surgió de tres iniciativas distintas, mismas que fueron dictaminadas en conjunto.

1.1. Ausencia de un principio de justicia restaurativa

A diferencia de algunos códigos procedimentales penales de los Estados, el CNPP no contempla un principio de “justicia restaurativa”.

¿En qué consistía el principio de justicia restaurativa de los códigos estatales? Sus redacciones eran muy similares, refiriéndose casi todos ellos a la justicia restaurativa como un “proceso” en el que participan la víctima u ofendido, persona indiciada,

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>. Visitada por última vez el 12 de octubre de 2016.

³ Código Nacional de Procedimientos Penales. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf. Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016.

imputada, acusada o sentenciada, así como la comunidad para la reparación del daño y atención a otras necesidades derivadas del delito, principalmente. Para una idea general, véase el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.⁴

1.2. Soluciones alternas

Lo que sí contiene el CNPP son las llamadas “soluciones alternas”, la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios. Estas son las figuras procesales a través de las cuales entran al sistema los acuerdos derivados de conciliación, mediación o la junta restaurativa (que a la letra de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos es el único modelo de justicia restaurativa, en estricto sentido).⁵

Cabe precisar que esta expresión de “soluciones alternas” se la debemos al propio CNPP, pues en los códigos locales estas figuras recibían diversos nombres, el más

común, “salidas alternas”, tal como en otros países de Latinoamérica, abarcando figuras muy diversas entre sí como los acuerdos reparatorios (también llamados “conciliación” por algunas legislaciones), la suspensión condicional del proceso o suspensión del proceso a prueba, el procedimiento abreviado y hasta los criterios de oportunidad; todas estas figuras distintas entre sí y con objetivos diversos. El CNPP, resaltando el principal propósito de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, llamó a estas dos figuras “soluciones alternas”, pasando el procedimiento abreviado a “formas de terminación anticipada” y los criterios de oportunidad a “formas de terminación de la investigación”.

2. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC)⁶

Publicada el 29 de diciembre de 2014 y producto de una iniciativa del Ejecutivo Federal, su objeto es establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, conforme al primer párrafo del artículo primero de la propia ley.

2.1. Ausencia de un principio de justicia restaurativa

La LNMASC es omisa en señalar un principio de justicia restaurativa, aunque es el Código Nacional el que tendría que señalarlo, si tomamos en cuenta las experiencias previas de las entidades federativas mexicanas y, además, porque debe trascender a todo el sistema y no solo a los mecanismos alternativos.

4 El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que ya no está vigente dada la Declaratoria de entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales en dicha entidad federativa (a excepción de los casos del sistema anterior que todavía se encuentren en trámite). <http://www.congresochihuahua.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/16.pdf>. Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016.

5 Antes de la reforma publicada el 29 de diciembre de 2014 al Código Nacional de Procedimientos Penales, el artículo 183, que habla de principios generales a seguir en las soluciones alternas y el procedimiento abreviado, mencionaba expresamente en su cuarto párrafo que en lo relativo a la conciliación y mediación, se estará a lo dispuesto en la ley de la materia (refiriéndose a la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal que todavía no se publicaba). Con dicha reforma se eliminó el párrafo y eso ha traído confusiones de índole operativa. Ahora lo único que liga a los mecanismos alternativos de la Ley Nacional respectiva con las soluciones alternas, es el artículo primero de dicha Ley, lo que ha provocado que un gran número de acuerdos reparatorios se lleven en la práctica sin intervención de personas facilitadoras, las cuales deben estar certificadas. El mencionado artículo primero de la Ley Nacional señala: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable”.

6 Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf. Visitada por última vez el 12 de octubre de 2016.

2.2. Mecanismos alternativos que contempla

La LNMASC debería contener modelos de justicia restaurativa que permitan la reparación integral del daño causado a las víctimas del delito. Sin embargo, no cumple totalmente esta finalidad, pues de los tres mecanismos alternativos que consagra, solamente la “junta restaurativa” es propiamente un modelo de justicia restaurativa. Tanto la conciliación como la mediación están redactadas en la LNMASC siguiendo modelos civiles, no penales.

¿Qué implica lo anterior? Que la mediación, sobre todo, sea posible utilizarla (si atendemos literalmente a la letra de la LNMASC) solamente en conflictos en que ambas partes han colaborado en su construcción (como lesiones en riña, por ejemplo) y no cuando hay víctima y persona ofensora claramente visibles, es decir, cuando una causó daño a otra sin recibirlo previamente o cuando el daño ocasionado es muy desproporcionado al recibido, como ocurre en la mayoría de los conflictos penales.

Como resultado de un proceso de conciliación, mediación o junta restaurativa, atendiendo al artículo primero de la LNMASC y a las prácticas de algunas entidades federativas, se puede lograr (tomando en consideración requisitos de procedencia y momentos procesales señalados en el propio CNPP):

- a. Acuerdo reparatorio.
- b. Proyecto de plan de reparación y propuesta de condiciones por cumplir para presentar a aprobación (o modificación) del juez de control en una suspensión condicional del proceso.

2.2.1. Conciliación

La LNMASC conceptualiza a la conciliación de la siguiente manera:

Artículo 25. Concepto

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados.

Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

Pese a que la LNMASC es omisa en cuanto a los casos en que sea más conveniente el uso de algún mecanismo u otro, en la práctica, la persona que facilita “valida emociones” pero no profundiza en el trabajo de las mismas, tampoco busca una transformación en la relación entre las partes. Su objetivo principal es llegar a un acuerdo lo más justo posible.

Por lo anterior, este mecanismo está recomendado para aquellos casos en los que las personas intervinientes no se conocían y no seguirá habiendo contacto entre ellas, el nivel emocional es relativamente bajo y la reparación parece referida, de inicio, solo a cuestiones económicas. Ejemplo típico: un accidente de tránsito en el que hay daños, pero no lesiones.⁷

2.2.2. Mediación

El artículo 21 de la LNMASC señala:

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante

⁷ Ello, por supuesto, siempre y cuando sea delito conforme al Código Penal de la entidad federativa de que se trate, pues en algunas este hecho no es constitutivo de delito a menos de que haya fuga, lesiones u otras circunstancias, como sucede en la Ciudad de México, por ejemplo.

la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.

Tal como se señaló en el punto anterior respecto de la conciliación, la LNMASC es omisa en cuanto a los casos en que es más adecuado un mecanismo u otro, en la práctica de este mecanismo, la persona que facilita sí profundiza en el trabajo de emociones, sí busca una transformación en la relación entre las partes (no implica que su objetivo sea reconciliarles, pero sí trabaja sobre su comunicación y trato para interacciones futuras).

Así como está redactado en la LNMASC y descrito el procedimiento en el artículo posterior,⁸ como se dijo antes, es más propio de otras materias como la civil, por lo que para aplicarlo tal cual lo señala la Ley, el conflicto debería ser “co-construido” o de lo contrario se corre el riesgo de revictimización, al poner a una persona que ha sufrido un daño sin haberlo ocasionado o buscado, en una mesa “moralmente equitativa” con quien se lo ocasionó.

Por lo anterior, este mecanismo está recomendado para aquellos casos en los que las personas intervinientes tenían alguna relación previa o, por algún motivo, seguirán teniendo interacción, el nivel emocional es alto y, como anteriormente se dijo, el conflicto es co-construido. Ejemplo: lesiones en riña entre parientes, vecinos o personas que trabajan en espacios comunes.

⁸ “Artículo 22. Desarrollo. Una vez que los Intervinientes acuerden sujetarse a la mediación, el Facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión, el papel que él desempeñará, las reglas y principios que rigen la sesión así como sus distintas fases; acto seguido, formulará las preguntas pertinentes a fin de que los Intervinientes puedan exponer el conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así como identificar las posibles soluciones a la controversia existente...”

2.2.3. Junta restaurativa

El único mecanismo de la LNMASC que sí es un modelo de justicia restaurativa. La Ley lo define de la siguiente manera:

Artículo 27. Concepto

La junta restaurativa es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

Aquí sí hay víctima y persona ofensora claramente definidas, además de permitir la participación de la comunidad. En los artículos posteriores hay una descripción minuciosa, tal vez demasiado, del procedimiento de la junta restaurativa, que implica sesiones previas de preparación y, finalmente, la sesión conjunta en la que se da el encuentro.

La ley señala como criterios para recurrir al uso de la junta restaurativa la naturaleza del caso (sin especificar nada más) o el número de personas involucradas.

En cuanto a la naturaleza del caso, podríamos determinar (por la metodología y teorías subyacentes a la propia junta y no por cuestiones jurídicas) lo siguiente:

- a. Hay víctima y persona ofensora claramente visibles (no hay co-construcción del conflicto como en la mediación aunque, se insiste en ello, la conciliación y la mediación que maneja la LNMASC deberían distinguir entre víctima y persona ofensora, este no debería ser un criterio para llevar o no llevar una junta, pero dada la letra de la Ley, lo es).

- b. Por las circunstancias del caso se ha afectado a la comunidad, ya sea por la relación de ésta con las personas directamente involucradas o por los hechos en sí mismos.
- c. La reparación del daño va más allá de cuestiones meramente patrimoniales (esto le distingue para la conciliación, pero no para la mediación, en que también se tratan reparaciones más allá del tema económico, aunque tal como está redactada, en la mediación esas reparaciones serían mutuas).

3. Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP)

Aprobada en su totalidad por el Poder Legislativo y publicada por el Ejecutivo Federal el 16 de junio de 2016 en el Diario Oficial de la Federación.⁹

En las leyes de ejecución de las entidades federativas no se hacía mucha alusión al tema de justicia restaurativa. Algunas hablaban de “mediación” o de “mecanismos alternativos de solución de controversias” pese a referirse a etapas en que ya había sentencia condenatoria ejecutoriada. La Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social del Distrito Federal (2011) sí tenía todo un título referido a la justicia restaurativa y con estructura para aplicarse de manera posterior a la sentencia. La Ley Nacional de Ejecución Penal incorpora el tema y, aunque le faltan varias precisiones y medidas para evitar revictimización, es un gran avance en lo que respecta a buscar la reparación integral del daño y satisfacer las necesidades de la víctima que no necesariamente una sentencia condenatoria satisface.

Cabe aclarar que por “ejecución penal”, según la propia LNEP, entendemos que aplica para personas privadas de la libertad por estar sujetas a una medida cautelar de prisión preventiva y para aquéllas que lo están por una sentencia condenatoria a pena de prisión. En este punto nos referimos solamente a la segunda situación.¹⁰

3.1. Tipos de procesos restaurativos

El artículo 204 de la LNEP nos lleva a distinguir dos tipos de procesos restaurativos:

- a. Programas. Según la experiencia nacional e internacional, estos se realizan con la participación de las personas privadas de la libertad en actividades de diversa duración, dependiendo del modelo que se utilice, en las que se realiza trabajo de reflexión sobre el daño causado, orientado por los principios de la justicia restaurativa. En estos programas no intervienen las víctimas o personas ofendidas directamente, sino solo las personas privadas de la libertad y, dependiendo del modelo, sus familias. Hay participación de víctimas en algunos programas pero solamente para contar su historia y esto no sucede si entre las personas privadas de la libertad que le escuchan, se encuentra quien cometió el delito en su contra. Esto se conoce como panel de víctimas.
- b. Encuentros. La facilitación de encuentros entre la persona privada de la libertad y la víctima o persona ofendida, lo que implica sesiones de preparación para reunirlos al final, cuando se considera que las personas se encuentran listas para ello. Desafortunadamente, en la LNEP no hay distinción entre la facilitación de delitos graves de los que no lo son,

⁹ Ley Nacional de Ejecución Penal: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>. Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016.

¹⁰ En su artículo 20, la LNMASC menciona que debe haber cambio de la medida cautelar a una en libertad para que una persona pueda participar en un mecanismo alternativo.

pese a que el procedimiento, duración y manejo es distinto. Deberá implementarse con cuidado para no incurrir en revictimización.

3.2. Modelos de justicia restaurativa que incorpora para la reparación del daño

El único modelo de justicia restaurativa (para encuentros) que incorpora textualmente la LNEP es la junta restaurativa, pues prácticamente replica el contenido de la LNMASC en cuanto a este mecanismo a modo de que pueda repararse el daño a la víctima.

Pese a los beneficios de este modelo, en ejecución penal su utilización es más compleja dado que implica llevar a personas de apoyo y representantes de la comunidad, por lo que se requiere un buen nivel de seguridad que no todas las prisiones en México tienen. Por otro lado, la LNEP abre la posibilidad de aplicación de procesos restaurativos a todos los delitos, pero la experiencia comparada nos ha mostrado que la gravedad de algunos (violación, secuestro, homicidio doloso) implican una privacidad y un ambiente mucho más íntimo para su realización, por lo que en algunos estados de la Unión Americana se utiliza mayormente el modelo de reunión o diálogo víctima-ofensor para estos delitos. Sin embargo, una búsqueda de una interpretación más amigable del texto de la LNEP podría llevarnos a la posibilidad de aplicar este modelo en la práctica.

Respecto a quiénes pueden aplicar estos procesos, la propia LNEP habla de las personas facilitadoras certificadas en los términos de la LNMASC y que pertenecen a los Órganos Especializados en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, aunque no especifica la capacitación especial necesaria que deben recibir para el ámbito penitenciario y, sobre todo, para la atención de delitos graves, que las 180

horas de capacitación para la certificación de la LNMASC y los lineamientos correspondientes no contemplan, pues se realizaron ex profeso para su uso en mecanismos alternativos, con las limitantes de delitos en que éstos proceden, establecidas en el CNPP.

3.3. Mediación penitenciaria

El artículo 206 señala al respecto:

En todos los conflictos inter-personales entre internos o entre internos y personal penitenciario derivado del régimen de convivencia, procederá la Mediación Penitenciaria entendida como el proceso de diálogo, auto-responsabilización, reconciliación y acuerdo que promueve el entendimiento y encuentro entre las personas involucradas en un conflicto generando la pacificación de las relaciones y la reducción de la tensión derivada de los conflictos cotidianos que la convivencia en prisión genera. Para su aplicación, se seguirán las disposiciones contenidas en esta ley, el Protocolo correspondiente y en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia penal.

Existen ya buenas prácticas en México al respecto. El Estado de Sonora nos ofrece el ejemplo más claro. Sin embargo, debe tenerse mucho cuidado en qué proceso se va a utilizar, dependiendo del caso. “Mediación” como la maneja la LNMASC es entre personas que han co-construido un conflicto y se han causado un mutuo daño, aunque además de la remisión, el artículo también da una breve descripción de corte un poco más restaurativo; la mediación entendida como un diálogo entre víctima y ofensor, sí sería un modelo restaurativo.

Dependiendo del caso en concreto es el modelo que debería aplicarse y, para ello,

será de gran relevancia el protocolo que se emita, como señala el propio artículo, pues la LNEP está cerrando a un solo modelo que no podría funcionar para todos los casos. Asimismo, deberá tenerse cuidado en cómo se manejan estos procesos entre internos y personal penitenciario, pues podemos encontrarnos ante un desequilibrio de poder que posiblemente las personas facilitadoras con todas sus técnicas no puedan manejar. ¿Cuáles serían los efectos de estos “acuerdos”? La LNEP no especifica, así que esperaremos al protocolo correspondiente y, a final de cuentas, a los criterios en la aplicación práctica.

3.4. Efectos de los procesos restaurativos en ejecución penal

En cuanto a los “alcances” de la justicia restaurativa, la LNEP (art. 203) señala que si el sentenciado se “somete” al proceso de justicia restaurativa, se considerará por el Juez de Ejecución como parte complementaria del plan de actividades, al que la propia Ley define de la siguiente manera:

A la organización de los tiempos y espacios en que cada persona privada de la libertad realizará sus actividades laborales, educativas, culturales, de protección a la salud, deportivas, personales y de justicia restaurativa, de conformidad con el régimen y organización de cada Centro.

La persona privada de la libertad tiene el derecho de participar en la integración de su plan de actividades (art. 9, fracción XI) y la obligación de cumplirlo (art. 11, fracción VII). A diferencia de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social del Distrito Federal, la LNEP no menciona expresamente el efecto de considerarse reparado el daño si derivado del proceso se llega a un acuerdo y éste se cumple en su totalidad a satisfacción de la víctima o persona ofendida.

El Título V de la Ley establece los llamados “beneficios preliberacionales”, para los cuales establece requisitos, algunos de ellos relacionados al cumplimiento del plan de actividades y la reparación del daño, como: libertad condicionada (artículo 137, fracciones IV y V) y libertad anticipada (artículo 141, fracciones IV y V). También se establece que ante la posibilidad de preliberación por criterios de política penitenciaria y ante la falta de recursos económicos de la persona privada de la libertad, puede recurrirse a los “mecanismos alternativos” o “procedimientos de justicia restaurativa” (artículo 151) y la posibilidad de sustitución de la pena ante ciertos requisitos (artículo 144, fracción IV).

La LNEP no distingue cuando estos efectos son de la participación en un programa o un proceso que implica encuentro. Debemos recordar que para este último la víctima o persona ofendida debe querer participar de manera voluntaria e, incluso, tratándose de delitos graves, la práctica internacional nos señala que un encuentro debe realizarse a solicitud de la víctima, no de la persona privada de la libertad por sentencia condenatoria.¹¹

Sin duda, el análisis de todo lo que implica el contenido de la LNEP en materia de justicia restaurativa sería exhaustivo y requeriría de otro espacio más amplio.

¹¹ Se hizo mucho énfasis en este punto durante las capacitaciones de Eduardo Mendoza (Ex Director del Programa en el Estado de Texas) en México (2011 y 2012), gran parte de los puntos abordados durante dichas capacitaciones pueden verse en el siguiente documental: <https://www.youtube.com/watch?v=Hxt6JrRwJJo>. Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016. Este es uno de los requisitos manejados también por la Escuela Menonita del Este de Virginia (EMU). Ver Stutzman Amstutz, Lorraine, *The Little Book of Victim Offender Conferencing. Bringing Victims and Offenders Together in Dialogue*. The Little Books of Justice and Peacebuilding. Good Books. United States of America, 2009. Páginas 55 y 56.

4. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA)

Producto de dos iniciativas, ambas presentadas en 2015. Fue aprobada en su totalidad por el Poder Legislativo el 14 de junio de 2016 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio del mismo año.¹²

4.1. Principio de justicia restaurativa

Entre las leyes estatales de justicia para adolescentes que se emitieron a partir de la reforma constitucional de 2005, solo siete de ellas (Chihuahua, Guerrero, Jalisco, Michoacán, San Luis Potosí y Tabasco) consagraban un principio de justicia restaurativa. Dicho principio era, incluso, entendido como un proceso (en términos similares a la redacción en los códigos de procedimientos penales para personas adultas, según la cita realizada en el punto 1.1).

La LNSIJPA consagra un principio mucho más amplio que se entiende más allá de un “proceso” para alcanzar un “acuerdo” o “resultado restaurativo”, como decían los códigos estatales.

Artículo 21. Justicia Restaurativa.

El principio de justicia restaurativa es una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad. Este principio puede desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias.

El análisis de las implicaciones de este principio nos llevaría mucho más allá del objetivo y límites de este texto, solo cabe resaltar que no se constriñe a “encuentros”, sino que establece la posibilidad de trabajo individual en pro de la restauración, no solamente en la intervención de las personas facilitadoras sino, interpretado de manera amplia, incluso en las decisiones de quienes juzgan u otras autoridades y personas operadoras del sistema. Al ser un principio, permea a toda la Ley Nacional, por lo que las decisiones, actos y determinaciones de las autoridades deben tomar en consideración dicho principio, para efecto de que, en lo posible, lo que deba realizar la persona adolescente traiga consigo un efecto restaurativo en las víctimas o personas ofendidas, en la comunidad y/o en la propia persona adolescente.

4.2. Soluciones alternas

Las soluciones alternas que establece la LNSIJPA son: acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso. Evitando ser repetitiva con el CNPP cuya aplicación es supletoria, solo hace algunas diferencias en cuanto a temporalidad, agrega algunas condiciones en la suspensión condicional del proceso más adecuadas para las personas adolescentes, entre otras reglas especiales.

Cabe resaltar que esta Ley corrige una deficiencia que ya se había señalado en este mismo texto respecto al CNPP: vincula de manera clara y literal los mecanismos alternativos de solución de controversias con las soluciones alternas. Los artículos 82 y 93 hacen esta precisión. El 93 señala lo siguiente respecto a los acuerdos derivados de los mecanismos alternativos:

Los acuerdos alcanzados a través de los mecanismos establecidos en este Título, se tramitarán conforme a lo establecido en el Título siguiente, ya sea como acuerdos reparatorios o como propuesta del plan de

¹² Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441663&fecha=16/06/2016. Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016.

reparación y sugerencias de condiciones por cumplir para la suspensión condicional del proceso.

4.3. Mecanismos alternativos de solución de controversias que contempla

A diferencia de la LNMASC que solo tiene la junta restaurativa, esta Ley contiene varios modelos de justicia restaurativa conocidos a nivel mundial¹³, en la forma de mecanismos alternativos. Además, tiene también la posibilidad de mediación para aquellos delitos en los que haya una co-construcción del conflicto y las personas adolescentes deban tomar responsabilidad y hacer reparaciones mutuas.

Los mecanismos alternativos que contempla (artículo 84) son:

- a. Mediación. En los mismos términos que la LNMASC, anteriormente explicada.
- b. Procesos restaurativos:
 - i. Reunión víctima-persona adolescente. En esta solamente participan la víctima o persona ofendida y la persona adolescente, con su representante. Es más privada y suele ser más rápida de realizar (cuando se usa en delitos no graves) que la junta restaurativa o los círculos. Como modelo de justicia restaurativa, se busca que la persona adolescente asuma su responsabilidad y repare el daño.
 - ii. Junta restaurativa. En los mismos términos que la LNMASC, ya mencionados.
 - iii. Círculos. Estos se han aplicado con éxito en otros países y en México se

empiezan a utilizar en materia escolar, ahora han sido contemplados en esta Ley. Existen diversos tipos de círculos en la doctrina y en la práctica nacional e internacional. Su incorporación y uso en justicia penal de adolescentes se contempló de manera excepcional. Se establece que participarán la persona adolescente (entenderíamos que también su representante legal), la víctima o persona ofendida, comunidad y personas operadoras del Sistema de Justicia para Adolescentes. Se establece utilizarlos para casos con un gran número de participantes, cuando se requiera la intervención de las personas operadoras para alcanzar un resultado restaurativo y una última hipótesis que deja abiertas posibilidades: “cuando la persona que facilita lo considere el modelo idóneo, en virtud de la controversia”.

4.4 Justicia restaurativa en la etapa de ejecución de las medidas de sanción

Conforme al artículo 195, pueden realizarse tanto programas individuales bajo los principios de la justicia restaurativa, así como establece la LNEP, como los procesos restaurativos a que se refiere la propia LNSIJPA que, a diferencia de la Ley de Ejecución como vimos, contiene tres modelos restaurativos y no solo el de junta.

En cuanto a los efectos del cumplimiento de los acuerdos, se establece que se tendrá por reparado el daño causado y que, fuera de ello, no habrá ningún otro perjuicio o beneficio para la persona adolescente por su participación.

También se establece que para el caso de delitos graves (es decir, aquellos que ameriten medida de sanción de internamiento), la preparación de quienes participan deberá ser de al menos seis meses y procederán solo a solicitud de la víctima o persona ofendida

¹³ Zehr, Howard, *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. Colección: Los Pequeños Libros de Justicia y Construcción de la Paz. Philadelphia Good Books-Intercourse. PA. 2007. Páginas 57 a 63.

(artículo 196). Esto implica un mayor cuidado hacia la víctima que lo establecido por la LNEP que va conforme a las prácticas internacionales anteriormente mencionadas.

Otro aspecto a resaltar es el establecido por el artículo 193, que señala (en armonía con otros artículos de la Ley) la especialización de quienes facilitan los procesos y, además, que cuenten con capacitación en justicia restaurativa en ejecución de medidas de sanción. No especifica que esto incluya la distinción y el entrenamiento para procesos en delitos graves, pero sí abre una puerta importante en pro de la protección a las víctimas que no abrió la LNEP.

5. Comparativo de contenidos en las cuatro leyes

La LNSIJPA contiene, por la propia materia que regula, aspectos de los otros tres ordenamientos nacionales: procedimiento, mecanismos alternativos, ejecución e, incluso, una parte sustantiva, tal como se mencionó al inicio.

Por lo anterior, el comparativo se realiza en base a los contenidos de las leyes únicas que estableció la primera reforma constitucional de octubre de 2013 al artículo 73 (ejecución penal, procedimientos penales y mecanismos alternativos) con la de julio de 2015 (justicia penal para adolescentes).

CONTENIDO	CNPP	LN Masc	LNEP	LNSIJPA
Principio de justicia restaurativa	No lo contiene	N/A ¹	N/A	Sí lo contiene
Soluciones alternas	Acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso	N/A	N/A	Acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso
Vinculación clara de las soluciones alternas con los mecanismos alternativos	No, había una breve referencia que se eliminó en la reforma del 29 de diciembre de 2014.	N/A	N/A	Sí, artículos 82 y 93.
Mecanismos alternativos que son modelos de justicia restaurativa	N/A	Junta restaurativa	N/A	Reunión víctima con persona adolescente, junta restaurativa, círculos.
Mecanismos alternativos que no son modelos de justicia restaurativa	N/A	Conciliación y mediación	N/A	Mediación
Modelos de justicia restaurativa que contempla	N/A	N/A	Junta restaurativa	Reunión víctima con persona adolescente, junta restaurativa, círculos.
Mediación penitenciaria	N/A	N/A	Sí	Sí
Procedencia	N/A	N/A	Para todos los delitos, pero sin establecer capacitación especial de quienes facilitan para manejar delitos graves	Para todos los delitos, dando indirectamente una posibilidad (193) de fortalecer la capacitación de quienes facilitan para llevar delitos graves

Establece la posibilidad tanto de programas individuales como de encuentros entre víctima y persona adolescente	N/A	N/A	Sí	Sí
Establecimiento de medidas para evitar revictimización en delitos graves	N/A	N/A	No	Sí: preparación mínima de seis meses y procedencia solo a solicitud de la víctima o persona ofendida.

Conclusiones

Los contenidos de justicia restaurativa en las leyes nacionales, principalmente en ejecución penal y justicia penal para adolescentes, son muchos y muy importantes. Hay cuestiones que, de inicio, deberían ser revisadas, principalmente para protección de las víctimas y privilegiar que estos procesos cumplan con su objetivo principal: la reparación del daño causado, así como la satisfacción de las necesidades de quienes participan y la atención a las causas del delito.

La LNSIIPA, como se mencionó en párrafos anteriores, intenta corregir algunas de las deficiencias que ya se han detectado en la operación del CNPP y la LNMA SC, así como las que pudieron percibirse en los anteproyectos de la LNEP.

Tomando como ejemplo a la LNSIIPA y una vez que puedan tenerse algunas experiencias concretas de su operación, podrían considerarse en reformas posteriores a las tres primeras los aspectos más relevantes que se han mencionado en este artículo, como son:

a. Código Nacional de Procedimientos Penales:

- i. Agregar un principio de justicia restaurativa, que era un avance que ya tenían algunos códigos procedimentales de las entidades federativas y que el nacional no contiene.

- ii. Vincular de manera clara las soluciones alternas a los mecanismos alternativos de solución de controversias.
- b. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal:**

- i. Incorporar más modelos de justicia restaurativa, para ampliar las opciones de intervención de las personas facilitadoras y evitar revictimización al colocar a las víctimas en mesas “moralmente iguales” con quien les ocasionó el daño.

- ii. No consideramos que requiera un principio de justicia restaurativa, pues éste debe ir en el CNPP para repercutir a todo el sistema, no solo a mecanismos alternativos.

- iii. Salvo el artículo primero, en la Ley se habla solamente de los acuerdos reparatorios. Sería muy útil mayor especificidad en cuanto al manejo de los mecanismos alternativos para la suspensión condicional del proceso, basado en experiencias exitosas de algunas entidades federativas.

c. Ley Nacional de Ejecución Penal:

- i. Dado que abre la posibilidad a todos los delitos, distinguir (tal vez esto se hará a través de protocolos, pero no lo dice expresamente) el manejo de los delitos graves de aquéllos que no lo son,

pues la experiencia internacional nos muestra que son muy distintos, incluso en modelos utilizados. El hecho de que el “tribunal de enjuiciamiento” durante la audiencia de individualización de sanciones informe a las partes de la posibilidad de participar en procesos restaurativos en ejecución penal, puede resultar contraproducente (y revictimizante), sobre todo en delitos graves (artículo 202).

- ii. Adicionar otros modelos más adecuados para la facilitación de procesos restaurativos (encuentros) en prisión, no solamente la junta restaurativa.
 - iii. Incluir una capacitación o certificación adicional para el manejo de delitos graves por parte de las personas facilitadoras, así como se menciona en la LNSIJPA, pues las 180 horas que menciona la LNMASC son solamente para el manejo de los mecanismos alternativos que menciona dicha Ley y en el tipo de delitos a que limita el CNPP en el caso de las soluciones alternas, no para todas las posibilidades que pueden darse en el ámbito de ejecución penal, que son de un grado de dificultad mucho mayor.
- d. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes:
- i. Tal como se ha mencionado, esta Ley prevé y salva varias cuestiones que faltaban a las demás leyes nacionales, incluyendo en el tema de ejecución, pese a haberse aprobado y publicado ambas leyes los mismos días. Habría que tener cuidado en la interpretación y aplicación, pues una idea fundamental de la Ley es que, a diferencia de lo que actualmente sucede salvo por pocos estados como Oaxaca, los mecanismos alternativos para alcanzar soluciones

alternas en adolescentes se faciliten por una persona capacitada, certificada y especializada, no como arreglos entre Fiscalía y Defensa en que terminan reparando el daño (y solo en el aspecto económico) quienes ejercen la patria potestad o la tutela y, en la mayoría de los casos, no hay acciones de reparación y responsabilidad por parte de la persona adolescente. Esperemos que con esta Ley, las Procuradurías o Fiscalías realicen acuerdos reparatorios con el uso de mecanismos alternativos facilitados por personas capacitadas y especializadas en los términos de la propia Ley, lo cual beneficia no solo a las personas adolescentes, sino también a las víctimas. Esto es congruente con el cambio cultural que estas reformas promueven, principalmente a través de la justicia restaurativa.

- ii. Siendo la más completa de las leyes nacionales en cuanto a contenidos de justicia restaurativa, el tema clave para este ordenamiento es la efectiva aplicación. La materia de justicia penal para adolescentes ha seguido preocupantemente intocada en algunas entidades federativas pese a la reforma constitucional de 2005, que incluso precedió a la reforma procesal penal para personas adultas. Esperemos que con esta Ley, el sistema de justicia para adolescentes verdaderamente se aplique bajo los principios que nos marcan diversos instrumentos internacionales.

La implementación de la LNEP y la LNSIJPA, sobre todo de esta última, será una experiencia valiosa para considerar posibles reformas a las otras leyes nacionales, para continuar creciendo como país en la reforma integral al sistema de justicia penal.

Pese a las áreas de oportunidad ya mencionadas, es de resaltarse el gran paso que México está dando para la aplicación de

procesos restaurativos, principalmente en justicia para adolescentes, lo que implicará un enorme esfuerzo no solamente en capacitación y especialización, sino en fomentar el cambio de la cultura punitiva que tiende a la estigmatización, por otro paradigma restaurativo, que busca reparación y transformación de las relaciones a través de la responsabilidad y la empatía, principalmente.

Sigamos de cerca los procesos de implementación de estas leyes, esperando que a través del monitoreo y evaluación permanente podamos hacer los ajustes necesarios, en lo cual la sociedad civil tendrá un papel preponderante.

Lo más importante es notar que, cada vez más, la justicia restaurativa adquiere mayor relevancia, este artículo busca resaltar cómo los contenidos sobre este tema van siendo cada vez más amplios e integrales, conforme vamos reformando o creando más leyes y realizando labores de implementación y/o consolidación, dependiendo de la materia que se trate.

Glauco Gumerato Ramos

Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) Vice-Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Advogado em São Paulo.

Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica¹

SUMÁRIO: 1. Mediação e conciliação no movimento de *Acesso à Justiça*. 2. Mediação e conciliação no NCPC. 3. Nota sobre a Lei 13.140/2015. 3.1 Aspectos gerais da *mediação extrajudicial*. 4. Equívocos dogmáticos do modelo de mediação e conciliação adotado no NCPC. 5. Equívocos dogmáticos (*segue*): incidência do denominado “princípio” da cooperação. 6. Fechamento.

SUMMARY: 1. Mediation and conciliation in the Access to Justice motion. 2. Mediation and conciliation in the NCPC. 3. Note on Law 13.140/ 2015. 3.1 Overview from the of -court mediation. 4. Dogmatists Misconceptions of the mediation and conciliation model adopted by NCPC. 5. Misconceptions dogmatists (follows): incidence of so-called “principle “of cooperation. 6. Closing.

ABSTRACT: The text presents, under the vision of its author, the errors of the model adopted in the new CPC Brazil , and does so in two perspectives: i) regarding compulsory conciliation hearing and mediation as a procedural step after the

demand proposition and before the counter arguments of the defendant, and ii) as to the possible authoritarian attitudes by the judges trying to get a consensus solution in the civil process, under the guideline of “ principle “ of cooperation laid down in Article 6 of the NCPC .

KEY WORDS: civil process –consensual solutions– mediation and conciliation –model adopted by the new CPC Brazil– critical analysis.

RESUMEN: El texto expone, bajo la visión de su autor, algunos de los errores del modelo adoptado en el nuevo CPC de Brasil y lo hace en doble perspectiva: i) en cuanto a la obligatoriedad de la audiencia de conciliación y mediación como etapa procedimental luego de la proposición de la demanda y antes de la contestación del reo, y ii) en cuanto a las posibles investidas autoritarias por parte de los jueces, intentando obtener una solución consensuada en el proceso civil, bajo la directriz de “princípio” de la *cooperación* establecido en el artículo 6° del NCPC. El texto, asimismo, hace un brevísimo abordaje sobre las directrices de la Ley 13.140/2015, posterior al NCPC, que trata de la “*mediação entre particulares como meio de solução*”

¹ Artigo especialmente elaborado a convite do Centro de Estudos de Justiça de las Americas (CEJA, www.cejamericas.org), com sede em Santiago do Chile.

de controversias”, con énfasis en la *correcta* previsión de posibilidad de una *mediación extrajudicial*.

PALABRAS CLAVES: proceso civil – soluciones consensuadas – mediación y conciliación – modelo adoptado en el nuevo CPC de Brasil – análisis crítico.

1. Mediação e conciliação no movimento de Acesso à Justiça

O denominado movimento de *Acesso à Justiça* ganhou impulso significativo a partir dos anos setenta do séc. XX com o chamado “Projeto Florença”, liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde se buscou um quadro comparativo sobre o tema no âmbito dos principais países ocidentais. A grande investigação de coleta de dados gerada pelo “Projeto Florença” foi inaugurada por um “relatório de introdução” de autoria de Cappelletti e Garth, que posteriormente transformou-se no ensaio publicado na Europa sob o título *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*, literatura hoje clássica na dogmática do direito processual.²

De todas as conclusões e recomendações encontradas no relatório, observou-se que basicamente existiam três obstáculos a serem ultrapassados para a aproximação ao ideário de acesso à justiça, que seriam transpostos por aquilo que se convencionou chamar, a partir de então, de as *três ondas renovatórias*.³⁻⁴

2 No Brasil, o ensaio mereceu tradução intitulada de *Acesso à Justiça* (tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. O livro é de leitura obrigatória para quem pretenda entender o significado do acesso à justiça do qual se apropriou a doutrina do direito processual para justificar certas proposições e soluções no âmbito legislativo e jurisprudencial.

3 Cf. Araújo Cintra, Grinover e Dinmarco. *Teoria geral do processo*, 9ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp. 42-45; cf., também, Cappelletti, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo* (RePro) 74/82, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

4 Especificamente sobre a *primeira onda renovatória* (=assistência judiciária ao necessitado), cf. Ramos, Glauco

Em relação à transposição desses três obstáculos por meio das chamadas *ondas renovatórias*, Cappelletti e Garth assim se manifestaram:

“Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira *onda* desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente *enfoque de acesso à justiça*, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.”⁵

A partir daí é possível observar que os temas relacionados à mediação e à conciliação no âmbito do processo jurisdicional encaixam-se na perspectiva da *terceira onda renovatória*. Nota-se que a *terceira onda renovatória* funciona como pauta de anseios em torno daquilo que ideologicamente se pretende impor às relações intersubjetivas, de modo a que os conflitos de interesses sejam acomodados (=pacificados) pela disposição consensual bilateral dos sujeitos imersos no conflito de interesses, e tudo dentro do marco teórico proposicional do *enfoque de acesso à justiça* (=terceira onda renovatória). Nessa *terceira onda renovatória*, via de regra, também estão albergadas a ideia de justiça de “pequenas causas” e todos os demais

Gumerato. “Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados no Brasil”. *Cadernos Adenauer n° 3 (Acesso à justiça e cidadania)*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 31-51. Cf., ainda, Ramos, Glauco Gumerato. “Assistência jurídica integral ao necessitado”. *Revista dos Tribunais* (RT) 765/48, julho 1999, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

5 Cf. Cappelletti e Garth. *Acesso à justiça*, p. 31. Cf., também, Cappelletti in “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *passim*.

“Meios de Alternativos de Resolução de Conflitos”, ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR), na conhecida expressão do direito norte-americano.

Observado macroscopicamente a partir dos postulados de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é possível intuir que o enfoque de *Acesso à Justiça*, na sua orientação *ideológico-dogmática*, tem aderência à denominada *Nova Esquerda* (= *New Left*), movimento de intelectuais europeus e norte-americanos das Ciências Humanas surgido a partir dos anos 60 do século passado, voltado a uma nova interpretação do marxismo clássico do final do séc. XIX. Dentro do marco ideológico de “libertação individual” e da “justiça social” para as massas, a mensagem da *Nova Esquerda* consistia em propalar a ideia de que o mundo é opressor e o poder existente é usurpado, de modo que a extirpação do poder levará ao mesmo tempo à “justiça” e à “libertação”⁶. Impulsionados por escritores de grandes atributos intelectuais, como Chistopher Hill na Inglaterra, John Kenneth Galbraith e Ronald Dworkin nos Estados Unidos, Habermas e Foucault na Europa continental⁷, os pensadores da *Nova Esquerda* naturalmente também influenciaram vários juristas teóricos ligados ao estudo do processo jurisdicional, onde a ideia de “justiça”, ou mais especificamente de “justiça social”, passou a avassalar os discursos que formam o mundo do Direito e do processo. Não é por outra razão que Cappelletti e Garth afirmaram que a *terceira onda renovatória* seria o *enfoque de acesso à justiça*, onde está inserida, dentre outras, a ideia da mediação e da conciliação obtidas no curso do processo jurisdicional, revelando uma postura de cariz maquiavélico no qual os “fins” (=enfoque de acesso à justiça) justificariam os “meios” (=imposição da

cultura de soluções consensuais dentro do ambiente do processo).

Posturas *teórico-ideológicas* dessa natureza invariavelmente fomentam e potencializam o protagonismo interventor do Estado-Judiciário e de seus juízes, revelando certos aspectos que marcam a distinção de perfil entre um *Estado ativo* e um *Estado reativo*, do qual nos deu notícia Damaska⁸⁻⁹.

Ao meu sentir, e a partir de uma análise global de sua estrutura, essa vocação *dirigista-autoritária* é uma das marcas características do novo CPC. Em vários de seus aspectos o novo código de processo potencializa, de maneira perigosa, os poderes do juiz na condução do procedimento, situação que, não raro, acaba por menoscabar à liberdade (=dispositividade) que a todos é assegurada desde o plano constitucional.

Nesse panorama, a autoridade judicial atua no curso do processo com vistas a alcançar um resultado que atenda a uma espécie de *eficientismo-estatal-consequencialista* voltado a concretizar aquilo, e tudo aquilo, que possa gerar um resultado mais proveito quanto possível em perspectiva *ex parte principis*, o que naturalmente melhor se atinge com pautas autoritárias tão ao gosto dos *estatólatras* paternalistas que dão

8 Damaska, Mirjan R.: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un *Estado activista*, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adapten los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen.”. Cf. em *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original em inglês *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

9 Ainda Damaska, op. cit., p. 128: “Un *Estado reactivo* se limita a proporcionar el marco de apoyo dentro del cual los ciudadanos persiguen los objetivos que han elegido. Sus instrumentos deben liberar las fuerzas espontáneas de la autogestión social. El Estado no contempla ninguna noción de interés separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales”.

6 Scruton, Roger. *Pensadores da Nova Esquerda (Thinkers of the New Left)*. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações Editora, 2014, pp. 22-23.

7 Cf. Scruton, Roger, op. cit. p. 14.

organicidade jurídica a um Estado-Judiciário de perfil (ultra)ativo, como é o caso brasileiro. Não foi por outro motivo que o novo CPC adotou no Brasil um modelo de mediação/conciliação que viabiliza ao juiz impor verticalmente às partes que busquem a *autocomposição* de seus conflitos de interesse dentro do curso do processo jurisdicional, cujo ambiente, por imperativo lógico, é *conflitivo*.

Ao estabelecer que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º), e que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º), invariavelmente o NCPC coloca-se a serviço do ideário da *terceira onda renovatória*, que tem como pauta genérica de atuação o próprio *enfoque de acesso à justiça*. É dizer, *enfoque de acesso à justiça* na perspectiva “pacificadora” do Estado-Juiz de perfil mais ativo e, portanto, substancialmente mais autoritário.

2. Mediação e conciliação no NCPC

O novo Código de Processo Civil brasileiro é fruto da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e está em vigor desde 17 de março de 2016¹⁰. O código traz em sua estrutura um capítulo destinado a Audiência de Conciliação ou de Mediação (=art. 334, § 1º a 12)¹¹, como uma

etapa inicial a ser desenvolvida no curso do processo de conhecimento, antes mesmo de o réu apresentar a sua defesa.

A possibilidade de conciliação endoprocessual não é novidade no âmbito do processo civil brasileiro. O código revogado, o CPC-73 (=Código Buzaid)¹², apesar de não prever a mediação em suas disposições, sempre previu a conciliação como forma de solução consensual e o fazia de duas maneiras distintas: como regra *especial* e como regra *geral*. Como *regra especial*, a conciliação deveria ser tentada pelo juiz da causa quando da realização da audiência de instrução, voltada à produção da prova oral no curso

mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

¹² O revogado CPC-73 entrou em vigor em janeiro de 1974 e vigorou até março de 2016. Era conhecido por *Código Buzaid* pelo fato de que o seu “pai intelectual” foi o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que posteriormente também se tornou Ministro do Supremo Tribunal Federal, além de ter sido professor de direito processual civil da Universidade de São Paulo. Sobre o fato de o CPC-73 ser conhecido como *Código Buzaid*, cf., dentre outros, Mitidiero, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, *Revista de Processo* (RePro) 183/165, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio de 2010. Cf. também, RAMOS, Glauco Gumerato. “Alfredo Buzaid”, *Revista de Processo* (RePro) 183/319. Publicado ainda em *Processualistas históricos do Brasil*, vol. 1. Coord. Calmon, Petrônio e Hoffman, Paulo. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), 2010.

¹⁰ Cf. a íntegra do texto do NCPC do Brasil em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

¹¹ CPC, Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à

do processo (CPC-73, arts. 447-449). Como *regra geral*, a conciliação constava no rol dos “poderes” do juiz no processo civil, que deveria tentar, a qualquer tempo – portanto, mesmo após a prolação da sentença – conciliar as partes (CPC-73, art. 125, IV).

Já no NCPC o legislador reservou um lugar de destaque para a conciliação e a mediação, instituindo uma audiência de caráter *obrigatório* que antecederá o oferecimento da defesa escrita por parte do réu. A audiência de conciliação ou de mediação só não ser realizada se ambas as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse na solução consensual, ou quando a questão jurídica em debate não admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º, I e II). E mais: em perspectiva indistintamente *autoritária*, o legislador ainda previu que o não comparecimento das partes para audiência de conciliação será considerado “ato atentatório à dignidade da justiça” (= *Contempt of Court*), gerando uma multa sancionatória de até 2% sobre a vantagem econômica pretendida ou sobre o valor da causa, que será revertida em favor da União Federal ou do Estado membro (NCPC, art. 344, § 8º). Abaixo mencionarei a minha impressão *negativa* quanto à obrigatoriedade imposta pelo legislador para a realização da audiência de conciliação ou de mediação.

3. Nota sobre a Lei 13.140/2015

Ainda durante a *vacatio legis* do NCPC, o legislador brasileiro positivou a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*” (art. 1º, *caput*).¹³

Deixando de lado os dispositivos dessa Lei que versam a “*autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*”, que

não interessam aos fins do presente artigo, importante destacar que as disposições sobre a “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias*” não estão em exata sistematicidade com aquilo que o legislador previu sobre o tema no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, a Lei brasileira sobre “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias*” estabelece regras: [i] sobre os princípios que orientam a mediação (art. 2º, incs. I a VII), [ii] sobre quem pode atuar como mediador (arts. 4º a 8º), [iii] sobre o mediador extrajudicial (arts. 9º e 10), [iv] sobre o mediador judicial (art. 11 a 13), [v] sobre o procedimento de mediação extrajudicial e judicial (arts. 14 a 29). [vi] sobre a confidencialidade do procedimento de mediação (arts. 30 e 31).

3.1 Aspectos gerais da mediação extrajudicial

Ponto *positivo* da Lei de Mediação foi a instituição da *mediação extrajudicial*, já que aqui, em rigoroso respeito à autonomia da vontade, viabiliza aos interessados a possibilidade de utilizarem-se da mediação *fora* do ambiente jurisdicional e *sem* qualquer interferência do Poder Judiciário. Mas o fato é que a cultura da *mediação extrajudicial* ainda não é algo presente no Brasil, até mesmo pelo fato de a Lei que a instituiu ser ainda muito recente, de modo que o país não dispõe de uma base de dados empíricos que possa mensurar a eficácia e a disposição das pessoas em buscar a solução consensual de seus conflitos pela via da *mediação extrajudicial*. Sem embargo, a previsão da *mediação extrajudicial* no direito positivo brasileiro é algo de extrema relevância e, oxalá, com o tempo as pessoas em conflito possam dela se utilizar para o atingimento de uma solução consensual dos respectivos interesses, o que sem dúvida ajudará a subtrair a excessiva carga de processos que hoje suporta o Poder Judiciário no Brasil.

¹³ Cf. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

O procedimento de *mediação extrajudicial* será iniciado através de *convite* feito de uma parte em relação a outra propondo a negociação sobre determinado conflito de interesse, estabelecendo-se a pauta de negociação e propondo-se data e local da primeira reunião, considerando-se rejeitado o convite se este não for respondido em até trinta dias de seu recebimento (Lei de Mediação, art. 21, parágrafo único).

Existe ainda a possibilidade de a *mediação extrajudicial* estar prevista em contrato através do que se convencionou chamar de *cláusula de mediação*, que deverá conter: [i] prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião após o recebimento do *convite* para mediação, [ii] o local da primeira reunião, [iii] os critérios de escolha do mediador e/ou da equipe de mediação, [iv] a penalidade em caso de não comparecimento após *convite* para a primeira reunião (Lei de Mediação, art. 22, inc. I a IV). E por se tratar de cláusula inserida em contratos, naturalmente que também é possível dispor sobre outros temas que sejam compatíveis com dinâmica da mediação.

Também é possível que a *cláusula de mediação* estabeleça o compromisso das partes em *não* dar início a processo arbitral ou judicial durante certo prazo ou até que se implemente determinada condição. Essa possibilidade repercutirá no processo arbitral ou judicial e funcionará como *pressuposto negativo de desenvolvimento válido e regular do processo*. Ou seja, *não* deve existir entre as partes o compromisso de *não iniciar* o processo arbitral ou judicial. Havendo o compromisso, o árbitro ou o juiz *suspenderá* o curso do respectivo processo (Lei de Mediação, art. 23, *caput*).

4. Equívocos dogmáticos no modelo de mediação e conciliação adotado no NCPC

Um dos grandes equívocos dogmáticos foi o NCPC prever uma audiência de conciliação como etapa *obrigatória* no curso do processo voltado à formação de sentença. Evidentemente que nessa audiência também deverá ser tentada a *mediação* entre as partes.

A instauração de um processo jurisdicional cria um ambiente *conflitivo* de caráter dialógico, onde posicionamentos parciais e antagônicos são contrapostos e onde o objetivo final é de que um deles prevaleça, total ou parcialmente. Nesse panorama, até mesmo por que as partes em conflito estarão diante do Poder Judiciário e das correlatas formalidades daí decorrentes, nada impede que soluções consensuais via conciliação ou mediação sejam *incentivadas*. É grave, contudo, é a autorização do legislador para que tais audiências sejam *determinadas* verticalmente pela autoridade judicial. E é exatamente aí que está um dos equívocos do modelo de mediação e conciliação adotado pelo CPC brasileiro: impor às partes que se reúnam em audiência de conciliação ou mediação, e ainda sob pena de multa pelo não comparecimento, que reverterá em favor da União ou do Estado membro. Reitera-se que a audiência somente não acontecerá se ambas as partes – autor e réu, portanto – *expressamente* afirmarem que não têm interesse na autocomposição, o que deverá ser feito na petição inicial, pelo autor, e pelo réu através de pedido formulado com antecedência de dez dias da audiência que será obrigatoriamente designada pelo juiz (CPC, art. 334, §§ 4º e 5º).

A obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação demonstra um duplo equívoco do legislador. O primeiro é o equívoco *autoritário*, sempre agressivo e dispensável diante do panorama republicano e democrático estabelecido pela ordem

constitucional. O segundo é o equívoco *pragmático*, já que além do fato de se impor que as partes estejam em audiência de conciliação, quando entre elas há o sentimento conflitivo que é natural no ambiente do processo, ainda por cima cria-se uma audiência a mais na já carregada pauta de audiência dos juízes de primeira instância. A experiência do processo civil brasileiro em termos de audiência de mediação e conciliação neste primeiro ano de vigência do novo CPC está sendo desastrosa. Tornou-se notícia corrente o fato de que os juízes, sistematicamente, vêm ignorando a obrigatoriedade da designação da audiência de mediação ou de conciliação, já que isso gera uma etapa a mais no já demorado processo jurisdicional brasileiro, mostrando-se de pouca ou de nenhuma utilidade prática uma vez que as partes, via de regra, não se esforçam em prol da autocomposição na audiência de mediação ou conciliação. Em suma: é um autoritarismo contraproducente.

Além da obrigatoriedade na realização da audiência de mediação ou de conciliação como etapa de um processo voltado à formação de sentença, outro equívoco que poderia ser apontado seria quanto ao fato dessas respectivas medidas de autocomposição serem realizadas *perante e internamente* ao Poder Judiciário, cuja vocação constitucional é para decidir impositivamente por sobre a autonomia privada, naturalmente respeitando as regras do *due process of law*. A dinâmica da solução dada pelo poder jurisdicional aos conflitos intersubjetivos de interesse, portanto, submete-se à lógica da *heterecomposição*.

Dentro da perspectiva principiológica da *eficiência* na obtenção de resultados positivos, não parece producente que a *autocomposição* através das técnicas da mediação ou da conciliação seja buscada dentro do ambiente do Poder Judiciário, um ambiente, como já dito, naturalmente conflitivo e para o qual autor e réu ingressaram exatamente porque

o conflito de interesses havido entre eles, por uma razão ou outra, não foi dissipado pelo consenso. Não que não se possa estimular a mediação ou a conciliação no curso do processo. O estímulo deve ocorrer e pode levar a soluções consensuais. Mas querer que a respectiva audiência seja uma etapa obrigatória no curso do processo voltado à formação de sentença, a ser realizada diante e internamente ao Poder Judiciário, sugere a percepção pragmática de que as partes não estarão, intima e psicologicamente, preparadas para uma solução orientada pelo consenso.

5. Equívocos dogmáticos (segue): incidência do denominado “princípio” da cooperação

Durante o respectivo processo legislativo, a doutrina brasileira posicionou-se de maneira favorável e contrária em relação à conveniência e ao conteúdo do projeto de novo Código de Processo Civil, que posteriormente se converteu em direito positivo. Eu mesmo externei vários posicionamentos críticos contra alguns aspectos do Código durante a etapa de discussão de seu projeto no parlamento brasileiro.¹⁴

Dentre as suas “normas fundamentais”, o NCPC adotou aquilo que comumente – e de

14 Por exemplo, Ramos, Glaucio Gumerato. “Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, em *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*. Juan Montero Aroca – *Liber Amicorum*, en homenaje y para celebrar su LXX. Coords. Colomer, Juan-Luiz Gómez, Vilar, Silvia Barona, Cuadrado, Pía Caldeón. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012, pp. 363-371. Também de minha autoria “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual”, *Revista de Processo (RePro)*, 239/421, jan. 2015. Tb. “Expectativas em torno no Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/213, abr-jun 2015. Cf, ainda, o meu “Garantismo processual e poderes do juiz do projeto de CPC”, em *Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, vol. 2. Coords: Didier Jr, Fredie, Freire, Alexandre, Dantas, Bruno, Nunes, Dierle *et alli*. Salvador: Ed. JusPodium, 2014, pp. 641-643.

forma errada – é chamado de “princípio” da *cooperação* (=colaboração), demonstrando aí um indisfarçável viés ideológico denotador do caráter *dirigista* e pretensamente *solidário* a que subjaz o novo Código¹⁵. Assim está no art. 6º do CPC:

“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Da forma como previsto no art. 6º do CPC, o “princípio” da *cooperação* impõe a todos os sujeitos do processo (=autor e réu, inclusive) o dever de cooperar entre si, numa excêntrica postura subversiva da dinâmica do processo jurisdicional, que por imperativo lógico imerge às partes em um ambiente *dialogal-conflitivo* onde as posturas antagônicas, por intermédio do devido processo legal, são debatidas com parcialidade, com o objetivo de prevalecer uma sobre a outra. O processo jurisdicional não se presta a reunir os sujeitos que nele se contrapõem para que se auxiliem reciprocamente. No processo, cada uma das partes pretende que o próprio ponto de vista, indiscutivelmente radicado na parcialidade de suas pretensões, seja acolhido e contemplado pela tutela jurisdicional, e tal fato não se compadece com o dever de *cooperação* que o art. 6º do CPC brasileiro viabiliza ao juiz impor verticalmente às partes litigantes. As incongruências da *cooperação* à brasileira vêm recebendo críticas severas e contundentes por parte da doutrina.¹⁶

.....
¹⁵ Sobre a influência ideológica que – lamentavelmente – compromete a legislação processual como um todo, cf. Aroca, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la *buen fe procesal*”, em *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador Juan Montero Aroca), Tirant lo Blanch : Valencia, 2006, p. 294-353. A respectiva obra também foi editada no Chile, Santiago: Editorial Metropolitana, 2008. V. ainda, com muito proveito, Costa, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)* 82/205, abr-jun de 2013.

¹⁶ Dentre outros, Delfino, Lúcio. “Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Traçando na contramão da doutrina”, *Revista Brasileira*

É verdade que até o presente momento – e eu escrevo este texto no final de agosto de 2016 – as designações de audiência de mediação e conciliação não estão sendo determinados conforme o pretendido pelo legislador do NCPC. As justificativas dos juízes de primeira instância são várias. Falta de tempo hábil; atraso nas pautas pela designação de mais uma audiência; falta de pessoal preparado para atuar como mediador e/ou conciliador; falta de um local separado, próprio e adequando, dentro dos palácios de justiça, para que as partes possam se reunir para a mediação etcetera. Também não faltam os juízes que, no afã de induzir às partes a uma solução consensual, pessoalmente se encarregam de conduzir a audiência de mediação ou conciliação, o que é um equívoco ainda mais grave diante carga psicológica de autoridade que a presença da pessoa física do juiz sugere para as partes.

Independente disso, quando se enfoca a obrigatoriedade que o NCPC pretendeu dar à realização de audiência de mediação ou de conciliação, na perspectiva do “princípio” da *cooperação* estatuído no art. 6º do código, pode-se chegar a atuações arbitrárias e autoritárias por parte dos juízes, voltadas a arrancar – a fórceps – uma solução consensual a todo o custo no curso do processo. Afinal de contas, se “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”, é natural supor que os juízes sentir-se-ão autorizados a invocar o “princípio” da *cooperação* para impor às partes que se empenhem em alcançar uma solução consensual ao problema que foi trazido para resolução através do processo civil. Ou será que alguém dúvida que isso poderá acontecer? E creio que isso acontecerá – se é que já não está acontecendo – até mesmo em

.....
de Direito Processual (RBDPro), 93/149. Cf. ainda Streck, Lênio, Delfino, Lúcio, Dalla Barba, Rafael Giorgio, Lopes, Ziel Ferreira. “O bom litigante – Riscos da moralização o processo pelo dever de cooperação do novo CPC”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/340.

nome do ativismo judicial que, infelizmente, oprime as garantias processuais estabelecidas desde a Constituição.

Em suma, os reflexos do – erroneamente – chamado “princípio” da *cooperação* sobre o modelo de mediação e conciliação adotado pelo novo CPC brasileiro, podem potencializar interferências arbitrárias sobre a autonomia da vontade das partes litigantes.

6. Fechamento

Ainda que a previsão legislativa da conciliação endoprocessual já exista há muito tempo no Brasil, conforme acima comentado, a mediação no plano do direito positivo brasileiro ainda é uma novidade, seja a de caráter *judicial*, ao meu ver falha, pelos motivos neste texto apontados, seja a *extrajudicial*, esta, sim, com inegável vocação para conduzir os sujeitos em conflito rumo a solução consensual dos respectivos problemas, e isso pelo simples fato de que essa modalidade de mediação, já que *extrajudicial*, estará sendo realizada onde toda e qualquer tentativa de solução consensual terá condições de alcançar o seu maior rendimento positivo possível: *fora* do ambiente do Poder Judiciário, cujo pragmatismo autoritário de suas engrenagens, além do ambiente conflitivo perante ele instaurado, acaba sendo naturalmente refratário ao consenso que legitima o consenso decorrente da autonomia privada da vontade.

Sem embargo, é mister que o Estado brasileiro e as organizações não-governamentais (ONGs) fomentem as vantagens que as soluções consensuais geradas, fundamentalmente, pela *mediação extrajudicial* poderão trazer às pessoas e suas respectivas esferas de direito e de liberdade.

Só com o tempo saberemos se esse aspecto importante de nossa democracia, que é a solução consensual dos conflitos

intersubjetivos de interesses através da conciliação e da mediação, foi devidamente apreendido, compreendido e operado por nossa sociedade.

Mas antes disso é fundamental que os esquemas legais que regram a mediação e a conciliação não as aprisione nos domínios exclusivos do processo jurisdicional e/ou do Poder Judiciário, cujo ambiente conflitivo aí formado é logicamente contrário ao ambiente cooperativo que se exige para o resultado eficiente das soluções consensuais dos conflitos de interesses.

Jundiaí-SP, agosto de 2016

Bibliografia

- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 1993.
- AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la *buena fe procesal*”, *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch: Valencia, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo (RePro)* 74/82, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)* 82/205, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original em inglês *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DELFINO, Lúcio. “Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 93/149, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, *Revista de Processo (RePro)* 183/165, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- RAMOS, Glauco Gumerato. “Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados no Brasil”. *Cadernos Adenauer nº 3 (Acesso à justiça e cidadania)*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- _____. “Assistência jurídica integral ao necessitado”. *Revista dos Tribunais (RT)* 765/48, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Alfredo Buzaid”, *Revista de Processo (RePro)* 183/319. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. “Alfredo Buzaid”, *Processualistas históricos do Brasil, vol. 1*. Coord. CALMON, Petrônio e HOFFMAN, Paulo. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), 2010.
- _____. “Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*. JUAN MONTERO AROCA – *‘Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX*. Coords. COLOMER, Juan-Luiz Gómez, VILAR, Silvia Barona, CUADRADO, Pía Caldeón. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012.
- _____. “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade procesual”, *Revista de Processo (RePro)*, 239/421, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. “Expectativas em torno no Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/213, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.
- _____. “Garantismo processual e poderes do juiz do projeto de CPC”, em *Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, vol. 2. Coords: DIDIER JR, Fredie, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et alli*. Salvador: Ed. JusPodium, 2014
- SCRUTON, Roger. *Pensadores da Nova Esquerda (Thinkers of the New Left)*. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.
- STRECK, Lênio, DELFINO, Lúcio, DALLA BARBA, Rafael Giorgio, LOPES, Ziel Ferreira. “O bom litigante – Riscos da moralização o processo pelo dever de cooperação do novo CPC”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/340, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

Marco Fandiño

Coordinador de Estudios y Proyectos de CEJA.

Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia

Este artículo es un extracto de la publicación “Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ) para favorecer el Acceso a la Justicia en América Latina” publicada por CEJA en el año 2016 y financiada por el International Development Research Centre (IDRC) de Canadá con el objetivo de generar recomendaciones para la elaboración de políticas públicas destinadas a favorecer el acceso a la justicia de grupos vulnerables mediante la incorporación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en América Latina.

Es importante advertir que en estas páginas se emplearán de forma indistinta la denominación MAPJ (Mecanismos Alternativo al Proceso Judicial, expresión utilizada a raíz de este estudio con la finalidad de ampliar el conocimiento hacia instancias no asociadas en los MASC tradicionales) así como también la expresión originaria y con más reconocimiento en la región, MASC en referencia a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

1. Ampliar el catálogo de técnicas de resolución de conflictos para superar la visión restringida limitada al arbitraje, la mediación y la conciliación

Al analizar cómo se han regulado los MAPJ en América Latina se ha detectado una especial rigidez a la hora de establecer cuáles deben ser las técnicas concretas que se utilizarán para la resolución de los conflictos. En la gran mayoría de leyes generales de MASC dictadas a partir de la década de los años noventa, se habilita el uso del arbitraje, la mediación y/o la conciliación para la resolución de conflictos entre particulares. Analizando de forma comparada dicha legislación se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, la mayoría de los países se inclina por regular algunas técnicas de resolución de conflictos de forma restringida. Por ejemplo, la Ley 1770 de 1997 de Bolivia, limita al arbitraje y la conciliación como formas válidas para la resolución de conflictos entre sujetos jurídicos. El mismo fenómeno está presente en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002

de El Salvador, en la que, en este caso, se limita a estas tres técnicas de resolución de conflictos.

Además, al analizar la legislación no se identifican razones concluyentes detrás de la decisión de regular la mediación para un caso civil e impedir a su vez que este conflicto pueda ser resuelto por conciliación o arbitraje, por ejemplo. Esta concepción restringida a la hora de regular solamente algunas técnicas de resolución de conflictos en detrimento de otras puede limitar gravemente la posibilidad de que las partes opten por recurrir a una instancia alternativa. Esto podría afectar también en aquellos casos en que exista una persona a cargo de la derivación del caso, la cual va a ver muy restringida su capacidad de actuación a las técnicas de resolución colaborativa de conflictos más clásicas.

En América Latina, todavía se mantiene la identificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos solamente con el arbitraje, la mediación y la conciliación. A pesar de ello, en el último tiempo, producto de las importantes innovaciones en el ámbito de los Alternative Dispute Resolutions, se ha profundizado en mecanismos más sofisticados para la resolución de los conflictos como la negociación, la amigable composición, los mini juicios (mini-trial), los tribunales multipuertas (Multi-door Courthouse) y la ley colaborativa, por poner algunos ejemplos. Además, también se está innovando a través de procesos híbridos en los que se combinan diversas técnicas, lo que puede generar extraordinarios resultados en la resolución de conflictos. En el ámbito de los conflictos penales, los procesos relacionados con Justicia Restaurativa, no siempre se ven potenciados por una restringida visión que limita los MASC a la mediación y conciliación penal.

En ese sentido, podemos afirmar que existe una necesidad de fomentar la difusión y

el uso de otras técnicas de resolución de conflictos que, a pesar de ser desconocidas, pudiesen ser más idóneas en determinados tipos de conflictos. Además, es fundamental que las normativas existentes en la mayoría de países de la región avancen hacia una regulación más inclusiva que no limite la posibilidad de resolver conflictos solamente a través del arbitraje, la mediación y la conciliación.

2. Necesidad de realizar diagnósticos de oferta y demanda de forma previa a la implementación

Uno de los elementos analizados en el diagnóstico sobre Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial realizado, tiene que ver con el poco nivel de análisis de cuál es la demanda de justicia existente en la ciudadanía a la hora de implementar estas iniciativas. Como se pudo analizar en el estudio de caso sobre las Casas de Justicia en Colombia -elaborado por DeJusticia para el CEJA-, se produjo una forma de implementar las casas de justicia “sobre la marcha y según las circunstancias del momento” lo que también se ha podido percibir en otros países.

Para ello, se vuelve vital la elaboración de diagnósticos tanto de oferta como demanda, un elemento esencial a la hora de configurar una política pública de acceso a la justicia de estas características. En ese sentido, consideramos fundamental rescatar las palabras del PNUD¹ en el año 2005, mencionando que para tener una imagen fidedigna del estado del acceso a la justicia es necesario realizar un diagnóstico a través de dos estudios “diferenciados pero complementarios”.

En primer lugar, siguiendo al PNUD, se

¹ *Manual de políticas públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe*, PNUD, 2005, Publicado por INECIP en Argentina.

debería ejecutar un estudio de diagnóstico de las necesidades jurídicas de la población, y, a continuación, un estudio de los operadores y servicios de justicia para tener una idea de cuáles son aquellas herramientas a las que tiene acceso la población. A continuación, describiremos posibles metodologías a través de las cuales es posible ejecutar estos estudios a los que nos referiremos como diagnósticos de demanda y de oferta respectivamente.

a) Diagnóstico de demanda

Como se ha dicho con anterioridad, nuestra perspectiva de acceso a la justicia no se limita solamente al conflicto, ya que no toda la labor jurisdiccional se centra en la resolución de los mismos. Por el contrario, el acceso a la justicia debiera incorporar una serie de necesidades jurídicas insatisfechas de prevalencia en la población, que no siempre se manifestarán en un conflicto.

En esa línea, se ha podido percibir que, en muchos países, se ha tratado de obtener diagnóstico de la conflictividad en función del número de casos que ingresan al sistema de justicia formal o a los sistemas alternativos. Esta visión asociada a causas, limita e invisibiliza un gran conjunto de problemas de necesidad jurídica que, tal y como menciona el PNUD, pueden ingresar al sistema o no, e -incluso- ni siquiera ser expresados.

Siguiendo al PNUD nuevamente, una metodología general para diagnosticar dichas necesidades jurídicas podría tomar como referencias dos aspectos objetivos (las condiciones sociales y estructurales de la población y el grado de disfrute y realización de los derechos) y un elemento subjetivo (las percepciones y expectativas acerca del sistema de justicia).

Uno de los primeros estudios de estas características fue realizado en el año 2004 en el partido de Moreno en la provincia de

Buenos Aires.² En la actualidad, algunos países han avanzado con la realización de diagnósticos de necesidades jurídicas de estas características, como por ejemplo Colombia, donde la Corporación Excelencia en la Justicia, adaptando la metodología propuesta por PNUD, realizó un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas en las localidades Chía y Armenia en 2007 y en Cali, Pereira y Apartadó en 2012. También en Colombia, la organización Dejusticia gracias al apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá, publicó en el año 2014 una Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas³. Otra Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas fue realizada por la consultora GFK Adimark Chile para el Ministerio de Justicia de Chile.

A nuestro juicio, los estudios y encuestas de necesidades jurídicas constituyen uno de las herramientas más precisas a la hora de realizar diagnósticos relacionados a la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial ya que la visión tradicional asociada a la identificación de conflictos con casos no permite obtener una imagen fidedigna de la conflictividad real de la sociedad. Asimismo este análisis en profundidad de las necesidades jurídicas permite articular una oferta de servicios mucho más amplia y que pueda incluir herramientas de difusión y formación en derechos.

b) Diagnóstico de oferta

Otro estudio fundamental a la hora de ejecutar un diagnóstico previo a la implementación de MAPJ tiene que ver con un estudio de la oferta de servicios de justicia existentes. A la hora de caracterizar los ámbitos de este diagnóstico, parece acertado continuar con la metodología propuesta por

.....
 2 <http://cippec.org/pics/Informes%20y%20docs%20de%20trab.%20NJI.%20Un%20estudio%20en%20el%20partido%20de%20Moreno.pdf>
 3 http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.619.pdf

PNUD, que distingue entre los siguientes actores: organismos estatales, organizaciones de la sociedad civil e instituciones tradicionales comunitarias.

Uno de los elementos sobre el que es necesario hacer énfasis tiene que ver con la necesidad de abandonar el estudio de la oferta del sistema de justicia oficial, de forma exclusiva. En ese sentido, debe generarse información acerca de otros servicios que puedan estar prestándose desde actores no institucionales como ONGs o autoridades comunitarias o indígenas. A la hora de implementar una iniciativa de política pública como los MAPJ, que tendrá una repercusión a nivel presupuestario, deben priorizarse aquellas regiones o localidades en las que el nivel de oferta de servicios de justicia sea bajo en todos los ámbitos anteriormente descritos. Por el contrario, implementar un MAPJ en una localidad en la que existe una fuerte tradición de resolución de conflictos en el ámbito de autoridades comunitarias o indígenas puede verse no sólo como un despilfarro de recursos, sino también como un intento de menoscabar aquellas formas de resolver conflictos.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que existen algunos casos en los que las necesidades jurídicas esconden otro tipo de necesidades que en ocasiones tienen un origen de carácter social más allá de lo jurídico. De hecho, en algunos servicios de información y orientación jurídica se deriva a otras instancias en las que se ofrecen prestaciones o servicios sociales que pueden coadyuvar a erradicar un supuesto conflicto jurídico. Por ejemplo, una demanda laboral puede tener como base un problema de conocimiento de la legislación laboral por parte del trabajador. En ese caso, más que activar la resolución del conflicto laboral, parece más adecuado derivarlo al ámbito de los servicios de información y orientación jurídica del Ministerio del Trabajo o del organismo correspondiente.

Los diagnósticos previos de oferta de servicios jurídicos no deben limitarse al estudio de la oferta de servicios de justicia oficial, sino también abarcar los sistemas alternativos y otras esferas como las ONGs y la justicia indígena o comunitaria. La realización de un diagnóstico previo de oferta de servicios de justicia puede contribuir a la mejor focalización de los recursos así como a no menoscabar otras formas de resolución de conflictos comunitarias o indígenas que estén en funcionamiento.

3. El debate entre la obligatoriedad y la voluntariedad: hacia una racionalización de la obligatoriedad

Uno de los debates más controvertidos en la implementación de MAPJ en América Latina ha sido la regulación obligatoria o voluntaria de los mismos. El movimiento en favor de la obligatoriedad tiene su origen en las experiencias más antiguas de América Latina, esto es, la Ley 23 de 1991 en Colombia y la Ley 24.573 de 1995 en Argentina. En la legislación colombiana inicial se reguló la conciliación administrativa obligatoria en materia laboral, mientras que en la regulación argentina se reguló la obligatoriedad de forma general.

Antes de profundizar en la temática es necesario hacer una aclaración. Cuando decimos que existen audiencias de mediación y/o conciliación obligatorias, obviamente no nos referimos a que exista ninguna obligación de llegar a un acuerdo sino de asistir a la audiencia. La denominación técnica más precisa, siguiendo la legislación colombiana, sería decir que es un requisito de procedibilidad.

La obligatoriedad o configuración de MASC como requisito de procedibilidad ha tenido impacto en otros países como Perú, Nicaragua, Uruguay o Chile (en materia

familiar). Uno de los principales problemas con la obligatoriedad ha sido la poca claridad con la que el legislador ha establecido la necesidad y la justificación de la misma. Por ejemplo, en Argentina, la legislación sobre mediación prorrogó por cinco años la obligatoriedad de la misma con la finalidad de que la mediación fuese conocida por la población y, por lo tanto, se viese potenciado su uso. Sin embargo, la siguiente normativa (Ley 26.589 de 2010) regula la obligatoriedad de forma definitiva.

Una de las grandes críticas a la obligatoriedad tiene que ver con la asociación que se hace de los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial como una herramienta de descongestión del sistema de justicia. Como CEJA ha reiterado en sus últimas publicaciones, el sistema de justicia civil en la región se caracteriza por su ineficiencia y el bajo acceso a la justicia que ofrece a la ciudadanía⁴. En ese sentido, la obligatoriedad de la mediación o la conciliación se ha visto como una posibilidad para reducir notablemente el número de causas que ingresan a los juzgados civiles. Por ejemplo, la Ley 23 de 1991 de Colombia se denomina de forma explícita “ley que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales”.

Una de las desventajas de este fenómeno es que no se han encontrado estudios concluyentes que aseguren que la obligatoriedad de la mediación o la conciliación extrajudicial en materias civiles mejore sensiblemente el funcionamiento del sistema judicial civil. Es necesario que en aquellos casos en los que se regulen los MASC de forma obligatoria con fines de agilizar el sistema judicial se realicen mediciones periódicas que analicen el nivel de descongestión alcanzado. Además, se

debería realizar un análisis en profundidad en relación acerca de cuáles son aquellos casos o materias en los que hay un mayor y menor nivel de éxito con la finalidad de avanzar hacia un modelo en el que se racionalice el uso obligatorio de los MASC, orientado a aquellos casos con mayor probabilidad de éxito en instancias auto-compositivas. Otro de los aspectos que debiese ser analizado tiene que ver con la calidad de los acuerdos alcanzados así como con la satisfacción de los usuarios en relación a su necesidad jurídica inicial. Esta perspectiva va a permitir identificar si las partes han visto satisfecha su necesidad jurídica y por ello no deciden ingresar al sistema judicial o si, por el contrario, no están satisfechas con el acuerdo alcanzado pero aun así no acceden al sistema de justicia por considerar que existen barreras de acceso o desconfianza.

Una posibilidad que no siempre se ha tenido en cuenta es la posibilidad de regular de forma obligatoria solamente el hecho de que las personas acudan a una sesión informativa en la que reciban explicación acerca de cuáles serían las instancias de MASC a las que podrían optar así como las consecuencias de acudir a la vía judicial. Esta sesión informativa no implicaría los costos de acudir representado a la audiencia de mediación ni asumir los honorarios del mediador, excepto en el caso de que las partes sí deseen asistir finalmente a la audiencia de mediación o conciliación.

Por otro lado, en la mayoría de países no se aprecia un debate científico y técnico acerca de cuáles son las materias que deben ser objeto de obligatoriedad y cuáles no. En ese sentido, pareciese importante estudiar y profundizar cuáles son los resultados obtenidos en las distintas materias; esto para configurar la obligatoriedad solamente en materias en las que se espere un razonable grado de consecución del acuerdo. Una propuesta interesante es la que tiene que ver con el grado de coexistencialidad de los conflictos que plantea Leandro Giannini en el estudio

⁴ *Aportes para un diálogo sobre el Acceso a la justicia y la reforma civil en América Latina*, CEJA, 2013, Santiago de Chile

de caso sobre la mediación obligatoria en Argentina⁵.

Con carácter general, los sistemas basados en la obligatoriedad de la mediación se basan en la imposición de sanciones en los casos de inasistencia a la audiencia como imposibilidad de reconvenir la demanda o apercibimientos. Esta lógica debería avanzar hacia sistemas basados en incentivos que contribuyan a generar una mayor aceptación del uso de dichas alternativas.

De forma general, consideramos que la obligatoriedad de los MASC con una finalidad de descongestión o de difusión de estas soluciones en la sociedad, se ha planteado de forma bastante contradictoria, asociando en muchos casos varios objetivos de política pública a su implementación. Por otro lado, no se han realizado evaluaciones acerca de la efectividad de esta política de descongestión. En ese sentido, en aquellos casos en los que se regulen los MASC como requisito de procedibilidad, parece adecuado avanzar hacia un modelo de racionalización de la obligatoriedad, que incluya un ejercicio de identificación de aquellas materias con mayor probabilidad de éxito así como que establezca mecanismos periódicos de evaluación del impacto como política de descongestión. De todas formas, es importante mencionar que la explicitación de los MASC como herramienta de descongestión daña mucho a la imagen de estas instancias y genera un importante descrédito entre los operadores del sistema de justicia y los abogados. No se debe perder de vista que el objetivo principal de los MASC es su idoneidad para resolver conflictos debido al protagonismo de las partes.

5 Giannini encuentra una definición a los conflictos coexistentes en las siguientes palabras de Engelman “conflictos dentro de relaciones continuas largamente frecuentadas o asociaciones de personas con trato continuo”. Según el autor en este tipo de conflictos, herramientas como la mediación aportan mayores ventajas ya que permite no solo mirar al pasado, sino también al presente e, incluso, al futuro.

4. El rol de los abogados

Cuando se analizan de forma comparada los diversos países en los que los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial han tenido cierta incidencia, uno de los aspectos que suele resultar más controvertido tiene que ver con el rol que se les asigna a los abogados en la resolución colaborativa de conflictos.

En relación a la participación de los abogados en audiencias extrajudiciales representando a sus clientes se ha dicho que podrían favorecer la frustración del acuerdo ya que al abogado “siempre le interesa ir a juicio”. Es decir, la opinión aquí caricaturizada tiende a asociar a los abogados con intereses para acceder a un proceso judicial que les permita cobrar honorarios en función de las diversas instancias procesales. Esta visión de los abogados, independiente de que esté extendida o no, lo cual no es objeto de este trabajo, está más presente en países en los que la resolución colaborativa de conflictos es bastante desconocida y los propios abogados no han sido advertidos del adecuado y remunerado rol que pueden desempeñar en la representación legal de clientes basada en la búsqueda de acuerdos. Por el contrario, en aquellos países con larga trayectoria en el campo de los MASC y con amplia presencia de una “cultura del acuerdo”, esta especialización puede suponer una gran fuente de ingresos para los mejores profesionales.

Más allá de estas consideraciones acerca de los incentivos económicos de los abogados, nos gustaría dedicar algunos párrafos a la pertinencia de que los abogados ejerzan representación legal en las audiencias de mediación o conciliación extrajudiciales.

Como entenderán, al tratarse de instancias de toma de decisiones ajenas al proceso judicial y perteneciente a la esfera de la autonomía de las partes, existen ciertos derechos o garantías que no se aplican, como por

ejemplo el derecho fundamental a un debido proceso. De hecho, al tratarse de materias de carácter civiles, la doctrina dominante entiende que en algunos procedimientos judiciales corresponde una flexibilización del derecho al debido proceso al no regir garantías básicas del derecho procesal penal como el derecho al recurso o el derecho a la asistencia letrada⁶.

En ese sentido, la asistencia letrada en las audiencias extrajudiciales de mediación o conciliación, en la mayoría de países de América Latina es completamente facultativa. Uno de los mayores desafíos que genera esa regulación tiene que ver con la gran cantidad de países en los que el acceso a un abogado en materias no penales se ve ampliamente restringido, sobre todo a la hora de solicitar representación extrajudicial. De esta forma, una regulación facultativa de la asistencia letrada genera graves riesgos a la igualdad entre las partes, así como a la calidad de los acuerdos obtenidos. Además, en estos casos se incentiva de alguna forma que el tercero facilitador del acuerdo asuma un rol más activo en la protección de la parte no representada lo que va en desmedro de su necesaria imparcialidad.

El mejor escenario, sin lugar a dudas, sería que existiese un staff de abogados destinados a la representación en este tipo de casos. Sin embargo, los recursos para las iniciativas de acceso a la justicia suelen ser bastante limitados, motivo por el cual una opción interesante podría ser establecer mecanismos en los que el mediador o conciliador pueda expulsar al abogado de una parte cuando la otra no esté representada.

Otra opción, mucho más drástica, sería prohibir en todos los casos la representación letrada. Sin perjuicio de que inicialmente

sería una opción legalmente aceptable ya que, como mencionamos con anterioridad, estas audiencias no se rigen por las garantías relacionadas con el debido proceso, pensamos que la eliminación completa de los abogados particulares de las audiencias extrajudiciales generaría un gran distanciamiento de éstos con la resolución colaborativa de conflictos. Una medida de estas características, contribuiría definitivamente a afianzar en la realidad esa percepción de que los abogados prefieren acudir a la vía judicial para obtener mayores ganancias.

Una regulación de la representación letrada bastante anómala ha sido la sucedida en Argentina, en donde la mediación, además de ser una instancia completamente obligatoria, también regula una segunda obligación, tal y como es la imposición de que las partes asistan a las audiencias con asistencia letrada. Salvo en algunas provincias como Chubut, Chaco y San Luis, la representación obligatoria es un fenómeno ampliamente extendido a nivel nacional.

En el caso argentino, se ha intentado incorporar a los abogados en estas instancias desde el punto de vista de la obligación, algo que no sucede en esa forma en ninguno de los países latinoamericanos objeto de este estudio. A nuestro juicio, la carga de esta obligación recae en la persona que busca acceder a la resolución de su conflicto, ya que además de sufrir una obligación de acudir a mediación también se le impone la obligación de contratar a un abogado de forma completamente taxativa.

En la situación en la que se encuentran los MASC en la región, es fundamental trabajar de forma coordinada con los abogados para que comprendan que la consolidación de los MASC es un fenómeno irreversible en el cual su participación, además de generarles un nuevo espacio de crecimiento laboral y económico, contribuye a la dignificación del servicio que prestan a sus clientes.

⁶ *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información*, Duce, Marín y Riego, CEJA, 2008.

5. Coordinación entre los MAPJ y el sistema de justicia: condenados a entenderse

Como se detalla en la publicación que da origen a este artículo, en América Latina los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial tienen un nivel de relacionamiento bastante fluido con los sistemas de justicia formal. En ese sentido, se ha constatado que la cercanía entre los MAPJ y el sistema de justicia puede generar efectos tanto positivos como negativos en su funcionamiento.

Una problemática detectada, es que la naturaleza de los MASC se basa en prácticas bastante desformalizadas las que, sin perjuicio de que presentan un ritualismo mínimo y necesario, no adolecen de la excesiva burocratización que caracteriza a los sistemas judiciales latinoamericanos. De esta forma, se ha constatado en algunos países que la cercanía institucional con el sistema de justicia formal puede generar que los MASC se comiencen a burocratizar y adquirir formalismo “por contagio”. Aspectos desformalizados como la libertad de medios para notificar, la posibilidad de no asistir con abogado, que no sea obligatorio presentar una demanda con requisitos legales, son elementos fundamentales para garantizar el funcionamiento de los MASC de forma coherente a sus principios, de ahí que la pérdida de estos rasgos, generaría problemas de credibilidad y efectividad.

En la otra cara de la moneda, algunas experiencias han basado su éxito en la cercanía institucional entre los MASC y el sistema de justicia formal, lo que coadyuva a que exista una mejor conexión y a que aspectos prioritarios como la derivación de casos se vean reforzados. Otro de los aspectos favorables tiene que ver con el efecto disuasorio que genera el hecho de que los MASC estén adscritos al sistema judicial. Una de las debilidades de muchas experiencias de MASC tiene que ver con la baja asistencia

de las partes a las audiencias y del bajo nivel de cumplimiento de los acuerdos. El hecho de que los MASC se sitúen en la órbita del sistema judicial genera un efecto de “sombra de la ley”⁷ gracias al cual existe una mayor predisposición al cumplimiento de los acuerdos.

El estudio de diagnóstico de los MAPJ deja claro que la coordinación con el sistema de justicia es una realidad incontestable. A pesar de ello, deben advertirse y analizarse en profundidad tanto posibles consecuencias negativas (contagio de formalismos) como positivas (efecto disuasorio que mejora el nivel de asistencias y el cumplimiento de los acuerdos).

6. El valor jurídico de los acuerdos

Otro debate que ha generado posturas bastante diversas es el que tiene que ver con el valor jurídico que se le confiere a los acuerdos alcanzados en sede extrajudicial. De esta forma, a nivel regional se han generado dos modelos bastante diferenciados. En primer lugar, existe un grupo de países como Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú en que el acuerdo entre las partes se equipara a una sentencia judicial y, por lo tanto, tiene de forma automática valor de cosa juzgada. Por otro lado, existe un segundo grupo de países, entre los que se encuentra la mediación familiar en Chile, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, República Dominicana, en los cuales es necesario que la autoridad judicial realice un acto de homologación judicial para que el acuerdo obtenga valor jurídico y sea ejecutable en caso de incumplimiento de los términos del acuerdo.

⁷ “A systemic perspective of ADR in Latin America: Enhancing the Shadow of the Law through Citizen Participation”, Mariana D. Hernández Crespo, *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, Vol. 10, 2008.

Una de las principales dificultades a la hora de homologar judicialmente los acuerdos, es que el sistema de justicia civil en la región se caracteriza por su excesiva lentitud y su funcionamiento burocratizado. Esto supone que aquellos casos que se han gestionado rápidamente a través de un MASC obteniendo un acuerdo en un tiempo razonable tienen que pasar por un sistema judicial colapsado, produciéndose en ese caso un “atasco a la salida” del acuerdo. Además, a través de entrevistas, se nos ha transmitido que el procedimiento de homologación judicial de los acuerdos se suele realizar por los jueces de forma más o menos automática, en el cual se verifica que los acuerdos no contravienen disposiciones del ordenamiento jurídico o no afectan a bienes jurídicos indisponibles.

Otra de las consecuencias negativas del procedimiento de homologación tiene que ver con el bajo nivel de legitimidad que le confiere a las soluciones autocompositivas, favoreciendo la visión de que la justicia ordinaria tiene el verdadero poder, en detrimento de aquellas instancias en las que el ciudadano es el protagonista de la toma de decisiones.

El principal objetivo asociado a la homologación judicial de los acuerdos es que se pueda evitar que proliferen acuerdos ilegales por los particulares. A nuestro juicio, esta afirmación no se hace cargo del amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la mayoría de ordenamientos jurídicos de América Latina, lo que provoca la existencia de un bajo número de casos que no son susceptibles de acuerdos entre las partes. Estas consideraciones deberían tenerse en cuenta a la hora de configurar otros mecanismos diferentes para asegurar la legalidad de los acuerdos.

La homologación judicial es un trámite excesivamente burocrático y que envía un

mensaje muy negativo a la ciudadanía de que la resolución colaborativa de conflictos entre particulares está supeditada a la decisión final de los jueces. Como se mencionó con anterioridad, sería importante favorecer otros mecanismos distintos a la homologación como la capacitación a los mediadores y conciliadores acerca de los acuerdos que son susceptibles de acuerdo. Otra opción podría ser que los mediadores y conciliadores tengan acceso directo al juez para poder conversar con él de forma informal y espontánea acerca de los aspectos jurídicos que surjan en la formulación del acuerdo entre las partes.

En conclusión, debe avanzarse hacia la profundización en otros mecanismos, como la capacitación para asegurar que los acuerdos entre los particulares sean ajustados a derecho. La homologación judicial es un acto excesivamente burocrático y producto de una visión de predominancia de los jueces profesionales en detrimento de la resolución autónoma de los conflictos por los particulares.

7. Seguimiento y cumplimiento de los acuerdos

Otro aspecto conflictivo relacionado con los acuerdos tiene que ver con cómo el acuerdo se proyecta en el tiempo, cuál es su grado de cumplimiento así como si existen o no mecanismos para hacer seguimiento a dicho cumplimiento.

La calidad de los acuerdos entre particulares no ha sido objeto de este estudio pero ha sido un tema identificado desde la perspectiva de la necesidad de mejorar los acuerdos que se alcanzan con la finalidad de que éstos tengan un mayor nivel de cumplimiento y éxito. Para ello, las técnicas de resolución colaborativa de conflictos deben estar basadas en la posibilidad de generar valor agregado en el acuerdo y que el mismo no esté basado exclusivamente en la renuncia de las partes a alguna de sus pretensiones. Es fundamental

focalizar la capacitación de los mediadores y conciliadores en mejorar sus capacidades para generar valor a través de los acuerdos para que exista un nuevo escenario de consenso en el que ambas partes encuentren un beneficio común.

Por otro lado, es necesario que existan mecanismos que permitan identificar el grado de cumplimiento de los acuerdos, los motivos del incumplimiento así como la valoración del servicio recibido por parte de los usuarios. Los MAPJ deben analizar estos aspectos ya que suponen una fuente importante de posibles reingresos de casos en el sistema.

De esta forma, una solución adecuada podría pasar por generar instancias de seguimiento -de forma presencial o telefónica- a través de las cuales se pueda obtener una valoración del usuario acerca del servicio disfrutado. Además, a esta instancia de seguimiento le correspondería realizar un seguimiento al grado de cumplimiento de las condiciones del acuerdo, pudiendo programar nuevas audiencias si se hubiese producido algún cambio en las circunstancias de las partes. Finalmente, le correspondería a esta instancia ofrecer orientación a las partes en caso de que una de ellas haya optado por el incumplimiento de las condiciones del acuerdo.

La creación de instancias de evaluación y seguimiento de los acuerdos permite obtener información de valoración del servicio por los usuarios, así como detectar problemas en el cumplimiento de los mismos y ofrecer soluciones en caso de que no lo haya. El estudio de las características del cumplimiento de los acuerdos, permitirá obtener información sobre cómo se podrá mejorar la prestación del servicio para evitar los incumplimientos y los reingresos.

8. Focalización en grupos vulnerables. Más allá de las reglas de Brasilia...

Desde el año 2008 en el que se dictaron las Reglas de Brasilia en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana, aumentó notablemente el número de artículos, documentos de trabajo e investigaciones orientadas a abordar la temática de los grupos vulnerables desde la perspectiva del acceso a la justicia. Además, esta también ha sido una temática que ha orientado las políticas institucionales del sector justicia a nivel regional, dictándose protocolos de actuación, manuales y actividades de capacitación que tienen por objetivo la mejora del acceso a la justicia por personas pertenecientes a estos grupos.

De esta forma, las Reglas de Brasilia se configuran como uno de los documentos provenientes de organismos y reuniones internacionales que más impacto ha tenido en el ámbito de las políticas judiciales de las últimas décadas. Sin perjuicio de esta valoración altamente positiva, desde CEJA consideramos que todavía es necesario debatir sobre la profundización de las Reglas de Brasilia así como la mejora de su consistencia interna. A nuestro juicio, existen dos aspectos fundamentales en los que es necesario avanzar en el perfeccionamiento de las Reglas de Brasilia.

Un primer aspecto tiene que ver con la estructuración de las reglas. En el capítulo I se describen los grupos vulnerables que serán beneficiarios de las reglas. En el capítulo II bajo el título de “Efectivo Acceso a la Justicia para la defensa de los derechos” se establecen recomendaciones específicas para situaciones como: 1) Cultura Jurídica, 2) Asistencia Legal y Defensa Pública, 3) Derecho a Intérprete, 4) Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, 5) Medios Alternativos de Solución de Conflictos y 6)

Sistemas de Resolución de Conflictos dentro de las comunidades indígenas. Un tercer apartado se destina a la “Celebración de Actos Judiciales”, destacando temas como: 1) Información procesal o jurisdiccional, 2) Comprensión de actuaciones judiciales, 3) Comparecencia en dependencias judiciales y 4) Protección de la intimidad. Finalmente, un último capítulo es destinado a la eficacia de las reglas.

Como se puede comprobar al analizar la estructura general de las Reglas de Brasilia, el apartado se constituye como un elenco de fórmulas bastante amplias para favorecer el acceso a la justicia como la cultura jurídica, la Defensa Pública, el Derecho a Intérprete, los MASC y los sistemas indígenas de resolución de conflictos. De esta forma, se recomienda hacer énfasis en que el conjunto de las reglas debe ser aplicable a cualquier forma de gestión y resolución de conflictos a través de la cual se gestione el conflicto, independientemente de su ubicación institucional o su carácter oficial o privado. Este aspecto no queda suficientemente claro con la regulación actual.

Un segundo aspecto tiene que ver con la necesidad de que las Reglas de Brasilia, puedan profundizar en cada uno de los grupos vulnerables descritos, focalizando en cada uno de ellos las recomendaciones necesarias. Por ejemplo, el apartado III, destinado a la celebración de actos judiciales, hay algunos aspectos que solamente hacen relación a determinados grupos vulnerables. Por ejemplo, en relación a la información procesal o jurisdiccional solamente se menciona a las víctimas como único grupo vulnerable con tratamiento específico. Por otro lado, en el apartado sobre comparecencia en dependencias judiciales, solamente se profundiza en los casos de las víctimas, niños, niñas y adolescentes y comunidades indígenas.

Se hace necesario avanzar hacia una

reglamentación que en relación a cada uno de los grupos vulnerables establezca recomendaciones específicas a lo largo del proceso de conocimiento de su necesidad jurídica independientemente de cual haya sido la posibilidad por la que haya optado.

De forma general, se valoran muy positivamente las Reglas de Brasilia, como uno de los documentos de trabajo que más impacto han tenido en el campo de las políticas públicas del sector justicia en las últimas décadas. A pesar de ello, consideramos necesaria una reformulación y reestructuración de las reglas para que, de forma comprensiva, regulen con igualdad de condiciones cada una de las distintas posibilidades de solución de conflictos y que realicen un esfuerzo pormenorizado de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de favorecer el acceso de cada uno de los grupos vulnerables que describe.

9. Información, evaluación y seguimiento

Un aspecto fundamental a la hora de planificar la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial desde una perspectiva de política pública tiene que ver con la generación de información estadística fiable y la creación de instancias de evaluación y seguimiento que permitan generar y procesar dicha información para favorecer la toma de decisiones relacionadas con la continuidad o modificaciones en el alcance de los programas.

Uno de los elementos característicos de la implementación de los MAPJ en América Latina, es que no siempre existe claridad sobre cuáles son los objetivos de política pública que persiguen. Además, en muchos casos se les asocian varios objetivos de distinta naturaleza, lo que complejiza bastante la posibilidad de medir su éxito. Para evitar esta indefinición de los objetivos de estas políticas es importante que se

establezcan objetivos medibles y que puedan ser supervisados a través de instancias permanentes que tengan a su cargo el procesamiento y análisis de la información estadística.

Es imprescindible que los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial configuren como un aspecto esencial la producción de información estadística confiable. Además, deberán generarse instancias de evaluación y seguimiento que procesen y analicen dicha información y que puedan concluir el grado de cumplimiento de los objetivos esgrimidos al momento de su implementación.

10. Necesidad de favorecer una tutela efectiva de los derechos para garantizar una negociación adecuada de los intereses

La implementación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina surge a partir de los años noventa. En esa época, se produjo la reforma procesal penal, uno de los procesos de reforma judicial que ha tenido mayor impacto en el conjunto de países de la región. En ese momento, los esfuerzos concertados de las agencias de cooperación internacional y los bancos multilaterales de desarrollo se enfocaron en apoyar los procesos de reforma a la justicia penal debido a la necesidad histórica de consolidar el Estado de Derecho y resguardar los derechos y garantías de los usuarios del sistema.

Al momento de emprenderse la reforma procesal penal, el sistema de justicia civil también adolecía de graves cuestionamientos debido a sus altos niveles de ineficiencia y lentitud. Es en ese contexto es que surgen los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos como una respuesta para descongestionar los juzgados civiles tal y como lo reflejan las leyes de Argentina y Colombia de los años noventa.

A pesar de que inicialmente los MASC se implementaron a través de esta visión utilitarista y de descongestión de la justicia, con el paso del tiempo se configuraron como una respuesta mucho más adecuada para una gran cantidad de conflictos con una participación activa de las personas involucradas en el conflicto.

A día de hoy, todavía está bastante extendida la opinión que identifica a los MASC como instancias dependientes o de menor importancia que la justicia oficial. Aspectos como la necesidad de homologación judicial de los acuerdos, la obligación de acudir a mediación como forma de descongestionar la justicia y la imposición de asistencia letrada, contribuyen a fortalecer la imagen de los MASC como una “justicia de segunda clase”.

Un grave cuestionamiento al funcionamiento de los MASC se produce debido a que en la mayoría de países de la región, se concentran muchos esfuerzos en facilitar el acceso a la justicia y los MASC, mientras que las barreras de acceso a la justicia ordinaria civil siguen siendo muy elevadas. La excesiva duración de los procesos, los costos de acceso y representación y la baja confianza en el sistema genera que, en muchos casos, los MASC aparecen como la única opción disponible para aquellos usuarios que no pueden acceder al sistema judicial ni asumir los costos de un arbitraje. De esta forma, se ha pervertido la idea de que los MASC sean una alternativa diferente a la justicia formal, ya que en muchos casos son la única posibilidad algunos grupos sociales.

Por otro lado, a la hora de configurar espacios abiertos a la libre voluntad de las partes y a la negociación de intereses entre particulares, es fundamental que estos espacios se articulen en base a la existencia de un sistema de reconocimiento de derechos eficaz y expedito. Para que los acuerdos entre particulares funcionen de forma correcta, debe existir la posibilidad de que, en

cualquier momento, una de las partes pueda interrumpir la negociación y acudir a la vía judicial. El funcionamiento de los MASC sin este efecto disuasorio del sistema judicial, puede generar efectos negativos y desigualdad entre las partes. Por lo tanto, en aquellos casos en los que los MASC no funcionen de forma correcta quizás sea necesario replantear las opciones del proceso judicial como una “alternativa a las alternativas”.⁸

Consideramos que la adecuada viabilidad de los MASC como una forma idónea de resolver conflictos entre particulares no puede ser vista como algo estanco al funcionamiento de la justicia ordinaria. Los MASC y la justicia ordinaria forman parte de la oferta de justicia disponible y, por lo tanto, el hecho de que exista mayor o menor eficacia en alguna de las opciones de resolución de conflictos, va a impactar considerablemente en las decisiones que tomen los particulares. En ese sentido, el hecho de que el sistema de justicia funcione de forma eficiente, confiable y accesible no debe ser visto como una competencia a los sistemas alternativos de solución de conflictos. Por el contrario, el sistema judicial debería tender a encargarse de aquellos conflictos con mayor complejidad y carga probatoria así como aquellos casos en los que no exista ninguna posibilidad de autocomposición. Por su parte, en este contexto, a los MASC les corresponderá la resolución de un número indeterminado de casos en los que, independientemente de la complejidad de los mismos, exista posibilidad de establecer algún tipo de acuerdo entre las partes.

En definitiva, los MASC y la justicia ordinaria deben avanzar hacia una integración total en la cual los procedimientos judiciales utilicen las fórmulas auto compositivas dentro del proceso; y los MASC puedan recibir casos que provengan del sistema de justicia. El funcionamiento eficiente, confiable y accesible del sistema judicial generará un efecto positivo hacia los MASC ya que éstos solamente deberían conocer aquellos casos en los que exista alguna voluntad de negociación o acuerdo. Por su parte, el sistema judicial se hará cargo de aquellos casos con mayor confrontación y/o complejidad. El sistema actual basado en generar instancias ágiles de casos a través de MASC mientras se mantienen procesos infinitos en la justicia ordinaria no es viable en las sociedades actuales y las políticas de descongestión a través de MASC se han visto muy debilitadas, sobre todo por la poca capacidad de medir y evaluar su propio éxito.

8 “Una alternativa a las alternativas. Patrones para la solución de conflictos” en *Consideraciones sobre la prueba judicial* Taruffo, M., Ibáñez, P.A., Candau, A., Fontamara, México, 2011.

Guillermo Nicora

Investigador categorizado y docente de Derecho Procesal Penal y de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Atlántida Argentina. Egresado del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal (CEJA). Director del Área Provincia de Buenos Aires del INECIP. Este informe se realiza en el marco del proyecto de investigación "Gestión de conflictividad y justicia de proximidad Mar del Plata – Batán 2015-2016", dirigido por el Mg Leonardo Palacios, y radicado en el Área de Investigación de la Universidad Atlántida Argentina. Contacto: guillermo.nicora@atlantida.edu.ar

Transformación de juzgados de faltas en juzgados de pequeñas causas

Un proyecto para la ciudad de Mar del Plata, Argentina

Abstract

This paper describes a project to transform municipal misdemeanor courts in small claims courts, in order to facilitate the management of conflicts that usually fail to enter the courtroom. The project reported here also proposes the opening of centers of justice in neighborhoods where specially trained community peacemakers address the problems between people (or between individuals and companies) seeking to reduce violent derivations of these conflicts. The work also analyzes the transformation of the judicial system perspective away from the model of punishment to the offender, toward one that provides a positive outlook about the conflict and facilitates the creation of community resources for its management.

Introducción

La ciudad de Mar del Plata es la quinta ciudad en cantidad de habitantes de la Argentina y, conjuntamente con la vecina ciudad de Batán, representa la séptima mayor área urbana del país (INDEC, 2015a), con la particularidad de que, por ser el principal destino turístico nacional, durante el verano suele duplicar su población (lo que la coloca en el cuarto lugar de la Argentina). Sus más de 600.000 habitantes padecen hace años una de las mayores tasas de desocupación del país (INDEC, 2015b). El análisis delictual desarrollado desde el municipio en los últimos años viene entregando información de calidad, a partir de la constitución del Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito (CeMAED). Se trata de un equipo multidisciplinario de analistas que a partir de datos de fuentes oficiales, produce informes periódicos y estudios específicos en busca de comprender los fenómenos delictivos y orientar la toma de decisiones. Del conjunto de

informes producido, ha sido particularmente interesante (porque llevó a priorizar la preocupación que dio pie a la experiencia que aquí se relata) la revelación de que mucho más de la mitad de los homicidios dolosos cometidos en la ciudad se explican a partir de conflictos personales, vecinales y violencia de género (CeMAED, 2015). Esta información apoyada en hechos demostró que los discursos alarmistas que promovían el miedo a perder la vida en forma inminente a manos de ladrones desconocidos y desalmados que entraban a sangre y fuego en casas y comercios, debían ser relegados a un segundo plano de preocupación: vivir en casas enrejadas y electrificadas y desconfiar de los extraños, no parece ser un remedio ni prioritario ni eficaz, cuando las amenazas a la propia vida provienen mucho más de personas con las que uno tiene una relación previa¹

En estas páginas intentaremos describir los rasgos centrales del proyecto de Código de Justicia Municipal preparado por una comisión mixta para el Partido de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina (que abarca las ya mencionadas ciudades de Mar del Plata y Batán), con el objetivo de diseñar herramientas que permitan mejorar la gestión de conflictos en el ámbito local.

El sentido de la reforma: el desarrollo de una Política Integral de Justicia Municipal

El proyecto, inserto en la política de seguridad del municipio, busca reconvertir la Justicia Municipal de Faltas (actualmente prisionera de un modelo burocrático

¹ Si bien no es motivo de este estudio, es insoslayable la referencia a que, tanto en Mar del Plata como en muchas comunidades de la Argentina, la relación entre muertes violentas causadas por el tránsito y los homicidios intencionales es inversamente proporcional a las respectivas percepciones de peligro por la sociedad de ambas causales de lesiones y muerte. Las explicaciones al respecto aún esperan un estudio sistemático.

meramente recaudatorio, y de nulo impacto sobre las políticas públicas municipales) en juzgados de pequeñas causas. Se propone una mirada renovada sobre la justicia municipal, que pasaría a actuar como un servicio público de gestión de la conflictividad². Esta justicia municipal comenzaría a intervenir desde un lugar distinto en los conflictos que hoy sólo se dimensionan como infracciones a reglamentos municipales, lo que ignora o minimiza el impacto de esos conflictos en los intereses, percepciones y calidad de vida de los vecinos. Al mismo tiempo, debe comenzar a intervenir en conflictos que hoy no tienen respuesta formal del sistema de justicia ordinaria, que suele considerarlos casos menores o insignificantes, y por lo general, carece de procedimientos simplificados. Gradualmente, la Justicia Municipal que concibe el proyecto tendría que absorber las competencias y estructuras actuales de la Justicia Municipal de Faltas, hacia un modelo descentralizado y orientado a brindar acceso a la justicia mediante la resolución de conflictos (con o sin intervención de tribunales competentes, independientes e imparciales de los que habla el artículo 8.1 de la CADH), y ya no dedicado al castigo pecuniario de faltas y contravenciones.

Las Casas de Justicia

El proyecto propone crear en varios sectores de la ciudad **Casas Municipales de Justicia**, centros comunitarios que procuren cercanía y pertenencia barrial, pensados

² La administración de justicia en la República Argentina está asentada básicamente en el nivel provincial: cada provincia organiza su propio Poder Judicial (completamente independiente del Poder Judicial de la Nación, que es un fuero de excepción) y sus propias normas de procedimiento, según la Constitución y las leyes de cada provincia. Los municipios (cuya existencia y autonomía respecto de los gobiernos de provincia son una exigencia de la Constitución Federal) no tienen ninguna injerencia ni responsabilidad en la organización y funcionamiento de la justicia. Los juzgados de faltas municipales son considerados tribunales administrativos y no órganos judiciales independientes, y en la mayoría de los municipios, los jueces no gozan de real (ni formal) independencia respecto del intendente municipal.

como agencias de intervención territorial en tres niveles coordinados entre sí: uno de orientación y asesoramiento, otro de compondores vecinales que pueden ser tanto funcionarios municipales como voluntarios, ambos especialmente capacitados), y otro de tribunales municipales formados por los jueces municipales (los actuales jueces de faltas) y jurados populares voluntarios.

El primer nivel: orientación y asesoramiento

Cada casa funcionará principalmente como un centro de orientación y derivación de los conflictos (o necesidades percibidas como tales) hacia áreas estatales o privadas que puedan o deban intervenir. El proyecto busca que en cada Casa de Justicia haya referentes permanentes o rotativos de las distintas áreas destinadas a desarrollo social, servicios públicos, servicios legales, etc. Con ese incremento de la presencia territorial del Estado se busca facilitar e incentivar que los vecinos de todos los barrios accedan a un amplio abanico de servicios públicos. Esto en muchos casos es decisivo a la hora de canalizar necesidades y reclamos que de lo contrario, suelen derivar en conflictos, incluso violentos.

Se tuvo especialmente en cuenta en el diseño del proyecto que una compleja estructura estatal (que abarca dependencias de los gobiernos nacional, provincial y municipal, entes autárquicos, empresas del Estado, empresas privadas concesionarias de servicios públicos, etc.), combinada con una situación crítica y permanente de baja capacitación e incentivo de los funcionarios, carencias presupuestarias, ausencia o debilidad de entes de control, e insuficiente percepción del ciudadano como cliente y destinatario principal de las funciones estatales, son condiciones que llevan a que las personas destinatarias de los servicios públicos del Estado suelen tener enormes barreras

de acceso, subempleo de los recursos disponibles, demoras en el inicio de la demanda y consiguiente recepción de los servicios, y otros problemas. Esto produce un desgaste energético y emocional que lleva a buena parte de los ciudadanos a adoptar una posición escéptica frente al Estado como prestador de servicios, aumentando la inclinación a acudir a otras vías (de hecho, y muchas veces violentas) de satisfacción de necesidades.

En ese sentido, el proyecto sostiene que al constituir las Casas de Justicia como una suerte de “ventanilla única” a la que el ciudadano puede acudir para manifestar una necesidad y requerir el apoyo estatal para satisfacerla, se facilita la captación temprana de situaciones de conflicto, y se permite su abordaje tempestivo y eficaz.

Entre los servicios que estarán presentes en cada Casa de Justicia (y que se vinculan principalmente a servicios urbanos y servicios sociales además de acceso a salud, vivienda, empleo, educación y justicia), se incluirá siempre algún servicio jurídico gratuito para el público, que podrá funcionar bajo convenios con el servicio de defensa pública del Poder Judicial, los Colegios de Abogados o las Universidades.

El segundo nivel: la composición de conflictos

En un segundo nivel de intervención, las Casas funcionarán también como un mecanismo de búsqueda del diálogo y la composición, procurando que la contraparte del reclamante acepte discutir el conflicto dentro de este nuevo servicio municipal.

El escenario aquí presenta especiales desafíos: se parte de considerar que las soluciones composicionales encuentran apoyo y condiciones favorables en escenarios no coactivos, en los que las partes con intereses encontrados coincidan en un primer

interés, cual es el de canalizar y solucionar su conflicto. Pero este escenario tiende a ser ideal y poco realista: buena parte de los conflictos interpersonales se producen entre una persona que pretende algo (un bien, una posición o una situación) que otra ya detenta (indebidamente, a criterio del pretensor), y quien a su vez resiste el cambio. El resistor, generalmente, no desea abrir las puertas a la amenaza de cambio de esa situación que le es favorable, y no estará, por tanto, dispuesto en forma espontánea al diálogo necesario para la composición. Y, de forma paradójica, cualquier modalidad de citación coactiva (esto es, cualquier forma de requerimiento por parte del sistema de justicia tradicional) produce un endurecimiento de las posiciones y puede definirse como una escalada del conflicto, que aleja su solución en lugar de acercarla.

Es aquí donde el proyecto pone un asterisco: cuando una persona se presente ante un componedor vecinal (que el proyecto denomina “vecino pacificador” y puede ser o bien un funcionario público del municipio, o bien un voluntario, ambos con capacitación, actualización y supervisión específicos), parte central de la función del componedor será la de contactar a la contraparte del reclamante para persuadirlo de la conveniencia de aceptar un proceso de diálogo y composición que podría evitar la escalada judicial del conflicto. Se espera que una llamada telefónica o una visita personal sean más amigables que un telegrama de intimación o una citación judicial, y que una reunión en un centro barrial de referencia (al que probablemente, el convocado ya conozca por haber recibido antes en él alguna orientación o servicio), resulten menos intimidante que una audiencia en un generalmente hostil edificio judicial del centro de la ciudad. Y la posibilidad de ser oído en forma privada por el componedor, sin necesidad de recurrir a los servicios de un abogado, es un estímulo para abrir la puerta a conocer la posición del otro, desde un lugar no necesariamente percibido como amenazante.

En este nivel, el proyecto hace mucho énfasis en la participación del voluntariado. El trabajo del componedor demanda tiempo y dedicación, cada componedor podrá atender muy pocos casos a la vez, y por tanto podría irrogar un costo insoportable para el erario público. Pero además de las cuestiones presupuestarias (nunca despreciables a la hora de concretar proyectos), hay razones más profundas para que se convoque a personas dispuestas a donar algo de su tiempo en beneficio de la construcción de una sociedad mejor, razones vinculadas con la reconquista para la comunidad de la capacidad y la práctica de “digerir” los conflictos que naturalmente ocurren en su seno, como una tarea colectiva y no como una mera manifestación del poder del Estado (volveremos sobre esto al final de este trabajo).

Si el componedor logra interesar al destinatario del reclamo en el inicio de un proceso compositivo, procurará algún tipo de compromiso arbitral sencillo pero formal, en el que ambas partes acepten dirimir su disputa en el ámbito del servicio de justicia municipal. Esto permite solucionar el problema causado por la inexistencia de apoyo normativo para la construcción de una justicia municipal con jurisdicción imperativa³. En este sentido, el proyectado sistema municipal de justicia no sería en verdad un tribunal judicial cuya jurisdicción dependa de una atribución del Estado, sino que estaría más próximo a un servicio público de arbitraje⁴. Esta forma legal permitiría, en caso de fracasar las gestiones compositivas, el pase del caso al siguiente

3 Salvo en lo que hace al poder de policía municipal que sí fundamenta la competencia de los jueces municipales de faltas para decidir multas, clausuras o decomisos, pero no para procurar soluciones pacíficas a los conflictos tratados sólo como infracciones.

4 La legislación civil argentina autoriza a los particulares a pactar –en forma voluntaria– la intervención de árbitros para dirimir conflictos que no sean de orden público y que sólo afecten derechos disponibles, y los laudos arbitrales tienen en ese caso, un valor vinculante análogo al de las sentencias judiciales.

nivel, lo cual es muy importante: si tras fracasar los esfuerzos compositivos, las partes supieran de antemano que les espera el mismo páramo de ineficacia, alto costo o falta de acceso a la justicia, los incentivos para procurar una solución consensuada disminuyen notablemente.

Si se logra una solución compositiva, el componedor documentará sencillamente los compromisos recíprocos, de forma que su cumplimiento pueda ser verificado y eventualmente reclamado ante los propios tribunales municipales. Si el acuerdo no es alcanzado, las partes podrán acudir al nivel siguiente en busca de otro tipo de solución del diferendo.

Tercer nivel: los tribunales municipales de justicia

Para los conflictos que no puedan resolverse por los caminos de la composición, el proyecto diseña un sistema judicial, compuesto por un Tribunal Municipal (integrado por todos los jueces municipales de Faltas creados por la legislación provincial vigente, pero organizados bajo el modelo de colegio de jueces y no en los actuales juzgados unipersonales), una Oficina Judicial diseñada conforme la bien conocida experiencia regional en materia de separación de funciones jurisdiccionales y administrativas, y un Jurado Vecinal, que es quizás el punto más innovador y desafiante del proyecto.

La opción por un jurado popular (en un modelo reducido, comparado con el jurado clásico del sistema anglosajón) guarda intensa coherencia con lo que hasta aquí se explicó: dado que el proyecto hace eje en la reconversión de una estructura pseudo judicial (jueces administrativos) orientada a la sanción de infracciones, transformándola en auténticos tribunales de justicia, era imprescindible dotar a esta Justicia Municipal de los órganos competentes, independientes e imparciales que exige

la Convención Americana de Derechos Humanos para dirimir todo tipo de asuntos mediante la intervención estatal. Como no estaba en el horizonte de factibilidad del proyecto lograr una reforma legislativa de nivel provincial (que sería imprescindible para modificar el régimen de designación y estabilidad así como la independencia de los jueces municipales de Faltas respecto de los intendentes), y menos aún lidiar con los bien conocidos desafíos de la transición, y teniendo en cuenta que todo el proyecto se orienta a fortalecer la capacidad de la comunidad para gestionar sus conflictos, era completamente natural (y casi podríamos decir, imprescindible) acudir a los jurados populares, cuya larga tradición cultural tiene especial acogida en nuestro país a nivel constitucional⁵.

Ciertamente, el proyecto contempla un sistema de jurados simplificado. Los miembros del jurado serán seleccionados desde una lista de voluntarios renovable anualmente (que pueden ser las mismas personas inscriptas como componedores vecinales, aunque por supuesto, no se permite la intervención en ambos roles en el mismo caso), el sistema de selección, excusación y recusación de jurados es muy sencillo, todo el procedimiento en materia de instrucciones y deliberación está regulado de manera elemental y flexible, con procedimientos enteramente orales bajo los principios del sistema adversarial, y se permite al jurado, además de emitir un veredicto en favor de una u otra de las partes bajo el estándar de preponderancia de la prueba, sugerir una sentencia al juez, quien podrá homologarla

5 El art. 24 de la Constitución de la Nación Argentina establece (en el capítulo destinado a declaraciones, derechos y garantías) que el Congreso de la Nación promoverá el establecimiento del juicio por jurados. El jurado popular además, ha estado presente en virtualmente toda la historia constitucional argentina, como herramienta fundamental para abandonar las estructuras judiciales altamente concentradas y funcionales al modelo colonial y reemplazarlas por tribunales de justicia compatibles con un diseño republicano de país.

o apartarse de ella, pero en este último caso, con expresión de los fundamentos para ello, y sin modificar el sentido del veredicto.

Las decisiones del juez (no el veredicto del jurado) son recurribles en un procedimiento bien simplificado: la impugnación oral motivada, en la misma audiencia en que la decisión es pronunciada ante las partes, genera de manera inmediata la fijación una nueva audiencia ante otro juez del Tribunal, en un plazo de uno a tres días del pronunciamiento originario, donde las partes son escuchadas sobre los agravios, y se adopta la decisión definitiva.

El jurado no es obligatorio, ya que será convocado si el juez lo entiende necesario, o si cualquiera de las partes lo solicita. De este modo, el sistema permite que buena parte de los casos sea resuelta directamente por el juez, cuyo ya mencionado déficit congénito de independencia respecto del poder administrador deja de ser un problema, desde que ambas partes consienten que sea el responsable de fijar los hechos y dirimir el caso.

En caso de someterse el caso a un jurado, el juez resolverá si se compondrá de cinco miembros (el número mínimo, y estándar para los casos generales) o un número mayor que no excederá de doce. Sus miembros serán sorteados desde la lista de jurados de cada Casa de Justicia, o bien (si el juez lo entiende necesario para preservar la imparcialidad, por la índole del conflicto) de la casa más próxima.

El jurado pronunciará veredicto y procurará aplicar al caso una respuesta no punitiva, desde un menú de medidas sustitutivas de las penas⁶ de amonestación, multa, arresto,

inhabilitación, clausura, demolición, traslado y decomiso que tiene prevista la normativa provincial sobre faltas municipales. En particular, el proyecto establece que la pena de arresto (que está contemplada en la normativa como la sanción más grave del sistema) siempre debe ser sustituida por otras medidas.

Competencia material de la Justicia Municipal

El proyecto comienza por definir a la Justicia Municipal como “*un servicio público para la gestión de la conflictividad entre los vecinos, el municipio, otros entes estatales, empresas y otras organizaciones de la sociedad*”, lo que da una pauta de la amplitud de su competencia. Sin embargo, establece algunos límites precisos, excluyendo:

1. Los casos en los que ya haya intervenido un juez penal;
2. Los casos en los que ya haya intervenido un juez de familia;
3. Los casos que importen reclamaciones superiores a un monto que fijará anualmente el colegio de jueces que integran el Tribunal.

Así como se establecen estas exclusiones, el proyecto también le impone a la administración municipal el deber de someter al Tribunal de Justicia Municipal (esto es, promover un proceso judicial acusatorio) todos los casos en los que pretenda la imposición de una respuesta punitiva en las materias especialmente previstas en la Parte Especial del Código, que está organizado en dos grandes títulos: faltas contra la convivencia ciudadana (que incluye faltas contra la integridad y contra la

⁶ Es necesario tener presente que por imperativo legal, la competencia original de los jueces de faltas municipales está dentro del campo de la aplicación de sanciones por infracciones, y por eso fue necesario incluir las sentencias que se originan en casos no iniciados por un acta de constatación de una infracción, dentro de un molde de penas.

Mediante la interpretación amplia del régimen legal de condonación de penas, se abre este abanico de medidas sustitutivas que, en el sistema que establece el proyecto, pasan a ser, en realidad, las respuestas (mayoritariamente reparatorias) habituales y preferidas del sistema, dejando la pena propiamente dicha como *ultima ratio*.

tranquilidad de terceros, las relativas al uso de bienes y espacios públicos y las relativas a la seguridad de la propiedad) y faltas contra el medio ambiente. De este modo, el propio municipio respalda la confiabilidad del sistema, desde que se obliga a no imponer una multa si no es mediante la intervención de esta nueva Justicia.

También establece el proyecto la posibilidad de que un juez que esté interviniendo en cualquier caso del sistema “tradicional” de faltas municipales, reconduzca el caso hacia el nivel composicional de la Casa de Justicia pertinente, cuando considere que por debajo de la constatación de una infracción, subyace un conflicto que podría ser mejor solucionado a partir de la búsqueda de una solución consensuada entre los interesados.

El proceso de trabajo del proyecto

Para transformar las ideas (que ya tenían varios años de desarrollo previo) en un texto legal concreto (bajo el nombre de “Código de Justicia Municipal”), se entendió conveniente la conformación de una comisión mixta, de la que participaron un juez de faltas y otros funcionarios municipales con especialistas provenientes del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED) y del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

Esta comisión se reunió semanalmente durante dos meses, para revisar antecedentes y bibliografía, entrevistar a distintos actores actuales de la gestión de conflictos, y redactar las bases del Proyecto de Código de Justicia Municipal, cuya versión final fue entregada oficialmente al Intendente Municipal en el mes de junio de 2015. Si bien en el acto el intendente anunció su presentación a consideración del Concejo Deliberante municipal para el debate y sanción de la correspondiente ordenanza, el inicio de la campaña electoral y el cambio de signo

político del gobierno municipal determinado por las elecciones, llevaron el proyecto a un punto de estancamiento en el que permanece a la fecha.

A manera de conclusión: efectos colaterales previstos

El proyecto propone grandes transformaciones en las estructuras y procedimientos de la justicia municipal de faltas, que mutaría a un modelo moderno de organización judicial, y a un procedimiento de profundas raíces acusatorias y adversariales. Incluso, la parte especial (esto es, la normativa sancionatoria) fue deliberadamente reducida a sólo un pequeño número de competencias⁷, haciéndose cargo de que resultaba políticamente inviable proponer un reordenamiento integral de la compleja maraña de normas regulatorias dictadas por el municipio, muchas veces superpuestas, repetidas y cruzadas, tras años de acumular normas de manera asistemática. Sin embargo, la parte especial está prevista de forma tal de que podría ir absorbiendo paulatinamente esa dispersa y poco clara nube de regulaciones en un digesto mucho más claro y comprensible para el administrado y el vecino en general. Por último, la inclusión de servicios de orientación y composición de conflictos en un modelo de descentralización territorial, eleva el compromiso de las estructuras administrativas del municipio con el acceso del ciudadano a los servicios públicos vinculados al gobierno local.

Pero estas transformaciones propuestas, con todo ser muy profundas y movilizadoras, no son los únicos efectos que persigue el proyecto, e incluso podría discutirse si son los efectos más trascendentes.

⁷ Es decir, que no se incluyó en la competencia original del nuevo sistema, el enorme volumen de casos vinculados al tránsito, las reglamentaciones de construcción, bromatología, habilitaciones de comercios, publicidad, etc.

Es que subyace a esta idea una profunda transformación de la concepción de la sociedad, el sistema legal y el sistema judicial. Implica toda una transfiguración del modelo infraccional, en el que el ciudadano que protagoniza un conflicto es castigado por el Estado no tanto por el daño causado a su contraparte en el entuerto, sino más bien a causa de la desobediencia al poder estatal que importa su conducta. La bien conocida “expropiación del conflicto” que se produjo tras siglos de funcionamiento del modelo inquisitivo de justicia, y que llevó al fortalecimiento de Estado en detrimento de la satisfacción del interés de las víctimas, viene a ser reemplazado por un modelo (llamado de gestión de la conflictividad) en el que se asume el valor positivo del conflicto (que ya no es una desviación del sujeto, sino un fenómeno propio de la interacción social), siempre y cuando la sociedad disponga de mecanismos eficaces para una adecuada gestión que procure mantener esas situaciones conflictivas en un nivel no violento, y donde la resolución del conflicto no esté determinada en forma preponderante por el diferente poder relativo de las partes.

Y es en este aspecto en el que el proyecto presenta un enorme potencial: al prever la intensa participación del ciudadano común como componedor o como jurado, se produce (en forma previa y planificada para los componedores vecinales, en forma espontánea y simultánea para los jurados) una capacitación continua de muchas personas en la gestión de los conflictos. Los ciudadanos que participan del sistema no sólo aprenden a gestionar en forma más competente sus propios conflictos, sino que además, irán evolucionando (si es que ya no lo son) hacia posiciones de liderazgo comunitario. Esto no puede sino fortalecer los lazos de cohesión social, promover un mejor conocimiento recíproco de las personas, disparar una mayor predisposición a la empatía y, en definitiva, acercarse paulatinamente a una comunidad

menos deshumanizada y más solidaria que la que suele habitar en nuestras grandes ciudades.

Bibliografía

- CeMAED. «Índice Barrial de Vulnerabilidad Delictual. General Pueyrredón 2015». Mar del Plata: Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito, 2016. <http://www.mardelplata.gov.ar/documentos/seguridad/informe%20ibvd%20final.pdf> (último acceso 15/08/2016).
- — —. «Informe sobre homicidios dolosos en el Partido de General Pueyrredón. Avance: datos preliminares primer semestre 2015». Mar del Plata: Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito, 2015. <https://cloud.mardelplata.gov.ar/owncloud/public.php?service=files&t=5ce7dbfedee154eb39131914bfa11d48&download> (último acceso 15/08/2016).
- INDEC. *Anuario Estadístico 2014*. Buenos Aires, 2015. http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/anuario_estadistico_2014.pdf (último acceso 15/08/2016).
- — —. «Encuesta Permanente de Hogares. Indicadores socioeconómicos. Resultados del tercer trimestre de 2015». Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 10 de diciembre de 2015. http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/indicadores_eph_3trim15.pdf (último acceso 15/08/2016).
- NICORA, Guillermo (coord.). «Código de Justicia Municipal. Proyecto para el Municipio del Partido de General Pueyrredón». Mar del Plata, s/e, junio de 2015. Disponible en <https://drive.google.com/open?id=0B-dpUYZWw0RmUmRxNWlvdGIHUFk> (último acceso 15/8/2016)

Carolina Ahumada

Abogada y especialista en derecho penal (UBA).
Directora del programa de Acceso a la Justicia de INECIP.

Proyecto de ley de acceso a la justicia de la provincia de La Rioja. Un nuevo punto de partida

Presentación

La Rioja transita un proceso de reforma orientado a modernizar el sistema de justicia penal que ha dado lugar a la elaboración de un grupo de leyes¹, cuyo interés parlamentario no debería perderse en atención a su potencialidad para generar cambios sustanciales en beneficio de la provincia. En la actualidad, este proceso se ha extendido a la justicia civil, ámbito que tradicionalmente había quedado excluido.

El conjunto de leyes presentadas tiene una particularidad que lo distingue de otros procesos en la región: por primera vez se incluyó una Ley de Acceso a la Justicia para que rija en el ámbito provincial, lo que constituye además de un hito, una mirada más amplia del proceso de reforma pues introduce soluciones a la

demanda de servicios legales; atiende las necesidades jurídicas insatisfechas²; amplía las tradicionales formas de solución de los conflictos y promueve la descentralización de los servicios de justicia, bajo los objetivos de aumentar la tutela, ofrecer una mayor cobertura y construir ciudadanía.

La inclusión de una ley específica que trata el tema de acceso a la justicia aporta un beneficio extra al proceso de modernización y democratización de la justicia, que se traduce

¹ Las leyes presentadas fueron el Código Procesal Penal, Ley de Jurados, leyes orgánicas, Código de Convivencia y Ley de Acceso a la Justicia.

² Para poder hablar de necesidad jurídica debe existir un problema jurídico que se refiera a un derecho constitucional, legal, jurisprudencial, administrativo o contractualmente reconocido y además debe existir un conflicto entre dos o más partes sobre la titularidad de ese derecho o una circunstancia que afecte el goce y disfrute del mismo. La conjunción de ambos elementos es lo que configura una necesidad jurídica y lo que la diferencia de un “problema”. Para que un problema social se convierta en una necesidad jurídica, es necesario que exista una disputa con otra parte y que merezca en algún momento la intervención de un tercero (Uprimny, Rodrigo, La Rota, Emilio Miguel, Lainde Sebastián y López, Diego Eduardo, *Encuesta Nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia, marco conceptual y metodológico*. Colombia).

en obtener credibilidad de la ciudadanía en el funcionamiento de las instituciones sobre la base de un nuevo modelo participativo orientado en la solución del conflicto y el fin de la burocracia.

La Ley de Acceso a la Justicia también asume una realidad que la reforma aún no ha logrado revertir: el hecho de que existen amplios sectores de la sociedad que no utilizan los instrumentos jurídicos existentes ni acuden a las grandes organizaciones de justicia producto de una larga experiencia de frustraciones, mal funcionamiento del sistema³, costos, distancias, falta de información, demoras y excesiva complejidad.

En esencia, introducir las discusiones de acceso a la justicia parte de la idea de generar un cambio más profundo que contribuya a la construcción de ciudadanía⁴, entendida como el aseguramiento de que todos los ciudadanos sean tratados como miembros plenos de una sociedad de iguales. Ser ciudadano no puede quedar reducido a la titularidad de los derechos, sino que exige el efectivo goce de los mismos en condiciones de igualdad.⁵

Desde esta concepción, el proyecto de Ley de Acceso a la Justicia de La Rioja establece distintas herramientas para cumplir con la finalidad de aumentar la tutela; incrementar el sentido de ciudadanía mediante la participación e integración; derribar las barreras estructurales; aumentar la confianza en el sistema e instaurar la cultura del diálogo.

Para esos fines, el proyecto establece de manera expresa que todas las funciones del Estado fomentarán el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos que

permitan la pronta reconstrucción de la armonía y la paz comunitaria, en el marco del ejercicio pacífico de los derechos.

De esta manera se estatuye el principio de solución del conflicto como pauta orientadora para eliminar las prácticas inquisitivas enfocadas en la satisfacción de las formas y el trámite. Se trata de un principio político que redimensiona toda la lógica de actuación y reemplaza el modelo de corte administrativista por un sistema basado en el litigio. Binder subraya que la función de la justicia no es administrar derecho, sino construir la paz, para lo cual es necesario enfrentar el conflicto entre las partes.⁶ Precisamente en esa dirección se orienta la norma al propiciar la solución alternativa de los conflictos a través de sus protagonistas.

Además, el proyecto consagra la oralidad como principio rector del modelo, bajo la idea de que la audiencia constituye la instancia institucional adecuada para la resolución de los conflictos y la pacificación social.

El acceso igualitario al sistema también es uno de los principios centrales de la norma y se vincula con la perspectiva estructural desde la cual se entiende el problema de acceso a la justicia, pues la posibilidad de acceder al sistema es una forma de participación institucional y de ejercicio de la ciudadanía, que debe ser garantizado de manera igualitaria. Este principio exige la adopción de mecanismos que permitan llegar a los sectores más vulnerables e ignorados.

Con el fin de encontrar soluciones de largo plazo a los problemas de acceso a la justicia, el proyecto de ley de La Rioja regula una serie de instrumentos con un enfoque multifacético para garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a mecanismos idóneos para la solución de sus controversias; bajo los principios de acceso

3 Binder, Alberto, y Obando, Jorge, *De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho*, Ad hoc, Buenos Aires, 2004, p. 87.

4 Abramovich, V. y Courtis, Ch. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, y Nino, C.S. (1989), *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel.

5 Marshall, T. H y Bottomore, T. (1998), *Ciudadanía y clase social*, 1950, Madrid, Alianza, Trad. P. Linares

6 Binder, Alberto, *Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal*, Ad hoc, Buenos Aires, 2000, p. 167.

igualitario al sistema judicial, gratuidad, oralidad, imparcialidad, informalidad, ejercicio de derechos y publicidad. Se apunta a desterrar la idea de justicia como un lugar donde se administra poder y convertirlo en un ámbito donde se brinda un servicio.

Diálogo interinstitucional

El interés hacia los problemas de acceso a la justicia es relativamente reciente y las mayores innovaciones en el tema se han producido en el ámbito de lo conceptual y jurisprudencial.⁷ Si bien también se han desarrollado algunos esfuerzos de políticas públicas orientadas a su tratamiento, existe cierta falta de coordinación entre las distintas instituciones que ofrecen servicios, pues trabajan aisladamente, inclusive cuando persiguen los mismos objetivos. Esto genera una duplicación de esfuerzos y resultados muy marginales. Pero además, el ofrecimiento de propuestas heterogéneas que no se articulan y complementan entre sí, produce cierta dispersión que termina por debilitar el objetivo final pretendido.

Por otra parte, las instancias que abordan la problemática de acceso a la justicia suelen variar según el tipo de conflictividad que tratan; el organismo que presta el servicio y las distintas concepciones ideológicas sobre el tema. Así, cada programa trabaja sin coordinación y con cierta rigidez institucional, generándose múltiples “puertas” de acceso que no logran dar una solución coherente y sostenible.⁸

Con el objetivo de centralizar y darle coherencia y racionalidad a los esfuerzos en materia de acceso a la justicia, el proyecto de ley de La Rioja crea un Consejo Provincial de Acceso a la Justicia, cuya finalidad es articular los distintos esfuerzos estatales mediante la coordinación con entidades no gubernamentales, para la implementación de acciones complementarias en la mejora del acceso a la justicia de la población.

El consejo estará compuesto por representantes de la Función Judicial, del Ministerio Público de la Defensa, del Ministerio Público Fiscal, de la Función Ejecutiva Provincial, del Ministerio de Gobierno, Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, del Ministerio de Desarrollo Social, de los conciliadores en equidad, de los coordinaciones de Casas de Justicia, de las Universidades Nacionales y del Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Provincia.

El acierto del proyecto es la integración de los distintos actores con incidencia en el tema para optimizar la búsqueda de soluciones, centralizar la información y evitar la duplicación de medidas. De esta manera, se ofrece a los ciudadanos un servicio que nace de un esfuerzo interinstitucional coordinado, lo cual tiende a evitar la confusión y la dispersión. Pero además, se logra una mirada multidisciplinaria de la temática que otorga mayor legitimidad y coherencia a las decisiones que se adopten.

El Consejo Provincial cumple distintas funciones: articular esfuerzos para el cumplimiento de la ley y la extensión de los diversos servicios de acceso a la justicia en distintos espacios en toda la geografía provincial; velar por el correcto funcionamiento de las Casas de Justicia; evaluar periódicamente las necesidades jurídicas de la población y en función a las mismas planificar la instalación

⁷ Cfr. la reseña jurisprudencia y legal efectuada en Maurino, Gustavo y Sucunza, Matías A. “Acceso a la Justicia”, en Gargarella, Roberto, Guidi, Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina. Una mirada igualitaria*, Tomo II, La ley, Buenos Aires, 2016.

⁸ El problema de falta de coordinación efectiva (inclusive al interior de una misma organización), ha sido evidenciada en el estudio de García Villegas, Mauricio, Espinosa Restrepo, José Rafael, Lalinde Ordoñez, Sebastián, Arroyave Velázquez, Lina y Villadiego Burbano Carolina, *Casas de Justicia. Una buena idea mal administrada*, Dejusticia, 2015, www.dejusticia.org

progresiva de Casas de Justicia para la cobertura total de la provincia; evaluar periódicamente el funcionamiento de las Casas de Justicia en todos sus servicios y posibilitar la incorporación de nuevas formas de acceso a la justicia en dichos espacios; aprobar anualmente los planes de trabajo de cada una de las Casas de Justicia de la provincia, aprobar los informes de gestión anuales de cada una de las Casas de Justicia, nombrar a los coordinadores de Casas de Justicia, evaluar el trabajo de los coordinadores de las Casas de Justicia y realizar un informe anual de desempeño de cada uno, acreditar a los conciliadores en equidad que ejerzan su función en las diversas Casas de Justicia, reglamentar el ejercicio del voluntariado en el marco de las Casas de Justicia, evaluar periódicamente su funcionamiento y propiciar las mejoras necesarias para ampliar la participación popular a través de este mecanismo, impulsar el correcto funcionamiento del programa de abogacía social, procurando las acciones necesarias para facilitar su implementación con el Consejo Profesional de Abogados y Procuradores, realizar las coordinaciones institucionales necesarias con las distintas Funciones del Estado, a los fines de ampliar la cobertura de servicios en las Casas de Justicia y elaborar un informe de gestión anual con los resultados del trabajo provincial en materia de acceso a la justicia.

En gran medida, las funciones del órgano encargado de generar y aplicar las políticas de acceso a la justicia están primordialmente enfocadas a ampliar la cobertura; mantener un conocimiento actualizado sobre las necesidades; evaluar el trabajo de manera permanente y generar coordinación interinstitucional.

Por primera vez se crea en la región un órgano exclusivamente dedicado a esta tarea con funciones precisas que requieren de mucho dinamismo y flexibilidad para ir adaptando las políticas a los cambios

sociales y las nuevas necesidades que se van generando.

Pero además, el proyecto promueve una forma de trabajo dialógica pues mediante la creación de este consejo se articula la actuación de representantes de distintos ámbitos (con intereses institucionales diversos) para que de manera conjunta cumplan esas funciones y ofrezcan un servicio de calidad basado en ampliar la cobertura, garantizar la tutela y promover la igualdad en el ejercicio de los derechos. Claramente, la noción de diálogo se encuentra presente en todo el proyecto, favoreciendo la idea de una sociedad más pacífica y democrática.⁹

Casas de Justicia

Bajo el paradigma de ampliar la tutela en La Rioja y ofrecer herramientas sencillas y cercanas para solucionar los conflictos de manera pacífica, el proyecto establece la creación de casas de justicia. Se trata de unidades descentralizadas en las que se despliegan una serie de instrumentos para resolver el conflicto y ofrecer respuestas a las necesidades de servicios legales.

La casa de justicia está destinada a facilitar el acceso a la justicia de todos los sectores, pero especialmente los más vulnerables. Este tipo de modelos, aparecen en Colombia, Argentina (Buenos Aires, Catamarca, Río Negro, San Juan, Santiago del Estero y Tierra del Fuego)¹⁰, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, entre otros. Se trata de una herramienta para aproximar las instancias judiciales a los ciudadanos.¹¹

⁹ Hogg, Peter W. y Bushell, Allinson A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de derechos no sea algo tan malo después de todo" en *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Gargarella, Roberto (comp), Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

¹⁰ Cfr. Mapa de acceso a la justicia de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, www.cnaj.gov.ar

¹¹ Su estructura es flexible y se adapta a las necesidades de la

El proyecto establece que dentro de la Casa de Justicia, actuarán de modo coordinado la justicia de paz, los conciliadores en equidad, el servicio de asesoramiento jurídico gratuito y educación legal popular, el servicio de abogacía social y las agencias descentralizadas de los Ministerios Públicos y de otras entidades estatales.

La idea es que las casas de justicia reciban todo tipo de conflictos con la mayor amplitud posible. Una vez analizado el caso, se espera que las derivaciones hacia la justicia formal sean excepcionales, es decir, sólo cuando la naturaleza del conflicto así lo exija y no pueda darse un cauce adecuado mediante los instrumentos existentes en la casa.¹² Recibido el caso, se realiza un análisis, se formula el diagnóstico y se deriva hacia una salida de tipo adjudicativa; hacia el conciliador en equidad o puede ofrecer alguno de los servicios legales disponibles.

Para cumplir con dicha finalidad, el proyecto prevé la instalación de una plataforma de atención, orientación y derivación de casos que opera como una instancia distribuidora entre sus componentes. La Casa de Justicia tendrá un coordinador general cuya tarea central es administrarla. Específicamente, deberá articular con las instituciones vivas del lugar para la ampliación de los servicios, promover mecanismos de difusión de las actividades que se realicen, convocar al voluntariado, generar planes periódicos de formación y mantener a todas las áreas de la Casa informadas y coordinadas.

Cuando hablamos de orientación, es importante destacar que se trata de una instancia en que simplemente se brinda información legal, que es diferente al asesoramiento legal, que sólo puede ser prestado por un profesional. Por ello, es importante desarrollar programas de entrenamiento¹³ y guías de actuación para evitar distorsiones y confusiones que atenten contra el buen funcionamiento de la casa.

Por otro lado, en materia de orientación e información pueden desarrollarse múltiples mecanismos y programas (entrega de folletos, seminarios con expertos en temas de interés para la comunidad, charlas a vecinos en diferentes lugares de la región, información *online*, etc.) que permitan amplificar el alcance de la información.

Inclusive, pueden desplegarse programas que ofrezcan -para determinados temas de baja complejidad- información que permita el inicio de ciertas acciones preliminares de manera directa por los vecinos, sin intermediarios.¹⁴

Para su exitosa implementación, este tipo de estructuras requiere de una adecuada formación y capacitación de los equipos de trabajo de modo tal que puedan abordar eficazmente el caudal de conflictos y darles cauce. Es imprescindible que las derivaciones se realicen con éxito para evitar que los ciudadanos perciban que no obtienen respuestas, tal como suele ocurrir en los sistemas formales.

zona en que se desarrollen. En líneas generales, se prestan los siguientes servicios: orientación, atención, asistencia y representación jurídica, mediación, resolución alternativa de conflictos y decisión de los casos a través de la justicia de paz.

¹² En la localidad de Sanagasta (La Rioja), la jueza de paz informó que precisamente en el ejercicio de su función, se intenta que las partes no tengan que acudir a la capital para solucionar sus conflictos de modo de evitar el viaje, las demoras y los gastos que ello implica. (cf. Ahumada, Carolina, y Manzano, Alejandra, *Diagnóstico de conflictividad. Estudio exploratorio sobre acceso a la justicia en la localidad de Sanagasta*, La Rioja, INECIP).

¹³ Facilitating Access Committee, Final report and recommendations, September 2001, Office of Justice Initiatives, State of New York, United Court System.

¹⁴ El origen de este tipo de programas se denomina "Do it yourself -DIY-" y han sido desarrollados en la corte de Nueva York, permitiendo que algunas cuestiones referentes a ciertos trámites necesarios para el inicio de demandas sencillas, puedan ser realizados de manera autónoma por los vecinos. No obstante ello, siempre se ofrece la posibilidad de contar con asesoramiento en caso de ser necesario (Cfr. New York State Court Access to justice Program, Providing new pathways to legal services, assistance and information, 2014).

También deben generarse mecanismos de control del trabajo, trazar evaluaciones de calidad por parte de los usuarios, mantener capacitaciones regulares y respetar la institucionalidad y protocolos de actuación de la casa.¹⁵ Como la Casa de Justicia presta un servicio de mucha presencia en la comunidad, es esencial que, no obstante su informalidad y flexibilidad, se respeten ciertos procedimientos, estándares de calidad y controles propios al buen funcionamiento de la organización. No debemos olvidar que se trata de unidades creadas bajo el paradigma de aumentar la confianza y credibilidad de los ciudadanos en el sistema y las fallas de funcionamiento pueden opacar el éxito de sus objetivos.

Otro aspecto que resalta del proyecto, se refiere al voluntariado *ad honorem*, que promueve la participación de los ciudadanos y organizaciones en los distintos componentes a través de un voluntariado organizado y transparente, cuya actuación es reglamentada y evaluada periódicamente por el Consejo Provincial de Acceso a la Justicia.

Dentro del programa de voluntariado, su potencial y modalidades son infinitas. Descontando el logro en términos de participación ciudadana que implica, los voluntarios pueden realizar una gran contribución al funcionamiento de la casa de justicia y lograr un aprendizaje sobre distintos temas. Entre algunas de las alternativas posibles está las de los voluntarios que brindan información legal pero no pueden brindar asesoramiento. Otra opción es la de los voluntarios que, siendo abogados cumplen la función de asesoramiento legal. En estos casos, informan cómo es el procedimiento, cuales son las implicancias legales de un acuerdo, qué opciones hay frente al caso,

¹⁵ En ese sentido, el proyecto prevé las evaluaciones que realiza el Consejo Provincial de Acceso a la Justicia (artículo 7 de dicha norma) y también pone en cabeza del coordinador la obligación de elaborar planes anuales de trabajo y un informe de gestión anual.

etc.¹⁶ También las modalidades de trabajo pueden diseñarse en relación con los temas que tratan los voluntarios, desarrollándose grupos que se ocupan de informar/asesorar en temas específicos (familia, derecho al consumidor, deudas, etc.).

Más allá de la alternativa que cada comunidad ofrezca, es imprescindible realizar capacitaciones intensivas para que –en poco tiempo– los voluntarios tengan herramientas que les permitan brindar un servicio de calidad. Es recomendable que siempre trabajen bajo supervisión.

Justicia de Paz lega

Dentro del esquema de las casas de justicia el componente adjudicativo¹⁷ está dado por inclusión de la justicia de paz lega, que importa un acierto en términos de ofrecer mayores incentivos en cuanto a la ejecutabilidad de los conflictos, en comparación con otras alternativas.

Esencialmente, la justicia de paz constituye una herramienta fundamental para gestionar la conflictividad mediante métodos pacíficos. El proyecto establece una política clara de fortalecimiento de la justicia de paz, que configura un acierto en términos de ganar la confianza de la sociedad y promover la participación ciudadana. La idea del proyecto es reposicionar a los jueces de paz en un rol fundamental dentro del sistema. La provincia de La Rioja ofrece un escenario ideal para lograr este objetivo pues ya cuenta con jueces de paz legos en diversas jurisdicciones.¹⁸

¹⁶ New York State Court Access to justice Program, Providing new pathways to legal services, assistance and information, 2014.

¹⁷ La importancia de incluir el componente adjudicativo en las unidades de justicia vecinal ha sido resaltada por Riego, Cristian en “Las unidades de justicia vecinal en Chile y sus modelos en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica”, versión On-line ISSN 0718-6851, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no.43, Valparaíso dic. 2014

¹⁸ Según los datos publicados existen veintiún juzgados de paz legos en la Provincia, distribuidos de la siguiente forma:

La lógica de los sistemas inquisitivos, en general ha reducido a la justicia de paz a un segundo plano, con poca visibilidad institucional y distorsionando el rol adjudicativo que le es propio a través del reemplazo de sus funciones jurisdiccionales por otras de tipo administrativo.

Es fundamental potenciar a los jueces de paz legos, pues son ellos quienes mejor conocen la realidad de su localidad y sus protagonistas, actúan en audiencias simples y desformalizadas, utilizan criterios de composición del conflicto y equidad, brindan un servicio de justicia cercano y accesible con conocimiento y contexto del problema, administran justicia en diversos temas y permiten superar la falta de credibilidad en el sistema.¹⁹

La justicia de paz lega de La Rioja cumple en la actualidad con muchos de estos principios²⁰. Será tarea del proceso de implementación corregir los aspectos más

débiles y potenciar los puntos más positivos de su función.

En materia de justicia de paz, es interesante también explorar otro tema que suele generar grandes debates: la posibilidad de que las partes acudan al juez sin representación legal.²¹ La idea de que los ciudadanos se auto-representen frente al juez de paz (quien garantiza que se cumplan con las garantías y derechos de las partes durante la audiencia), genera una gran resistencia. Detrás de estas oposiciones encontramos la resistencia del monopolio de abogados a aceptar que las partes puedan resolver sus conflictos sin asistencia letrada. También esta oposición parte de la idea (a mi criterio equivocada) de que para resolver un conflicto es imprescindible tener conocimientos legales, cuando muchas veces la solución no se encuentra en las normas, sino en razones de sentido común y equidad. Más aún: muchas veces la presencia de los abogados dificulta y complejiza la solución de las controversias.

Por eso, la actuación de la justicia de paz frente a ciudadanos que se autorrepresentan también es un éxito en términos de construcción ciudadana y simplificación procesal. No obstante, el proyecto cubre adecuadamente la necesidad de asesoramiento jurídico previo, pues prevé que el Servicio de Asesoramiento Jurídico Gratuito asesore a las partes antes de la audiencia con el juez de paz, sin participar de ella.²²

En cuanto a la forma de actuación que deben seguir, el proyecto regula que los jueces de paz legos coordinarán un procedimiento común para la atención de los casos que lleguen a su conocimiento, procurando el respeto por los principios de oralidad, concentración, informalidad y estandarización.

1° Circunscripción Judicial Departamento Capital – Asiento Capital – 2 Juzgados Departamento Independencia-Asiento Patquia – 1 Juzgado Departamento Angel Vicente Peñaloza – Asiento Tama – 1 Juzgado Departamento Sanagasta – Asiento Sanagasta – 1 Juzgado 2° Circunscripción Judicial Departamento Chilecito – Asiento Chilecito – 1 Juzgado Departamento Famatina – Asiento Famatina – 1 Juzgado Departamento General Lamadrid – Asiento Villa Castelli – 1 Juzgado Departamento Coronel Felipe Varela – Asiento Villa Unión – 1 Juzgado Departamento Vinchina – Asiento Villa de San José de Vinchina – 1 Juzgado 3° Circunscripción Judicial Departamento Chamental – Asiento Chamental – 1 Juzgado Departamento General Belgrano – Asiento Olta – 1 Juzgado Departamento General Ocampo – Asiento Villa Santa Rita de Catuna – 1 Juzgado Departamento General Ocampo – Asiento El Milagro- 1 Juzgado 4° Circunscripción Judicial Departamento Arauco – Asiento Aimogasta -1 Juzgado Departamento Arauco – Asiento Villa Mazan – 1 Juzgado Departamento Castro Barros – Asiento Aminga – 1 Juzgado Departamento San Blas de los Sauces- Asiento Los Robles – 1 Juzgado 5° Circunscripción Judicial Departamento Rosario Vera Peñaloza – Asiento Chepes – 1 Juzgado Departamento Juan Facundo Quiroga – Asiento Malanzan – 1 Juzgado Departamento Gral. San Martín – Asiento Ulapes – 1 Juzgado (cfr. www.justicial-rioja.gob.ar)

19 "Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe", PNUD, Buenos Aires, 2005.

20 Cfr. Ahumada, Carolina, y Manzano, Alejandra, *Diagnóstico de conflictividad. Estudio exploratorio sobre acceso a la justicia en la localidad de Sanagasta*, La Rioja, INECIP, 2016.

21 Esto de hecho ocurre así, por ejemplo en la localidad de Sanagasta, cfr. Informe de conflictividad citado.

22 Artículo 31 inciso 2 del proyecto de ley.

Se prevé también que en todos los casos escucharán directamente y en audiencia oral y pública los planteos de las partes, asegurando la contradicción y la discusión de los distintos puntos de vista, procurarán la conciliación y el acuerdo y si no fuera posible, resolverán de inmediato, dejando constancia de su decisión. Si la mejor resolución del caso o la conciliación indican la necesidad de fijar una nueva audiencia, ella será fijada en el mismo momento, no más allá de los tres días siguientes.

Conciliadores en equidad

Otro de los servicios que prestarán las Casas de Justicia según prevé el proyecto, es la posibilidad de solucionar las controversias a través del conciliador en equidad²³, figura que encuentra su mayor antecedente en Colombia.²⁴ El conciliador en equidad es un tercero a quien acuden dos partes en conflicto, que actúa de manera neutral y motiva a las partes para que arriben a una solución con beneficio para ambos.

El proyecto de Ley de Acceso a la Justicia regula la figura del conciliador en equidad como uno de los componentes que actúan en la Casa de Justicia y son los ciudadanos y ciudadanas que, habiendo completado un proceso de capacitación específica brindado en forma gratuita por las Casas de Justicia, asisten en forma voluntaria y gratuita, con una periodicidad preestablecida en acuerdo con el coordinador de la Casa de Justicia de su sector, a brindar colaboración en tareas de mediación y conciliación.

La norma establece que su intervención se producirá siempre que las partes involucradas en el conflicto manifiesten su consentimiento informado para someterse al procedimiento.

Los conciliadores en equidad individuales intervendrán en los casos que les sean asignados por la coordinación de la Casa de Justicia.

Cada Casa de Justicia llevará un registro específico de los casos en que intervienen conciliadores en equidad, de forma tal de mantener las cargas de trabajo equilibradas entre todos los voluntarios del área e identificar las temáticas más frecuentemente trabajadas desde este componente. Los conciliadores deben actuar bajo los principios de oralidad, confidencialidad, voluntariedad y flexibilidad.

Una vez que el caso es derivado a un conciliador en equidad, se citará a las partes a una reunión con el conciliador para verificar la viabilidad del proceso conciliatorio. En dicha reunión, inicialmente el conciliador explicará el proceso y los principios que orientan la conciliación, para posteriormente pasar a la escucha de los protagonistas del conflicto y la identificación de los puntos controvertidos. Identificadas las controversias, se elaborará una agenda de problemas e intereses, para la posterior búsqueda de soluciones. Si no se logra arribar a un acuerdo en la primera reunión, podrán establecerse nuevos encuentros cuando el conciliador popular y las partes consideren que existe una posibilidad de acuerdo.

La incorporación de los conciliadores es altamente beneficiosa pues configura una alternativa de bajo costo para los ciudadanos que ofrece soluciones rápidas. De esta manera, se combaten simultáneamente tres de las barreras tradicionales al acceso: los costos, los tiempos y la burocracia. Además, la sencillez y la flexibilidad del procedimiento favorecen mejores resultados, pues las partes son las que determinan cuál es la agenda de problemas y construyen la solución de manera conjunta.

Otro aspecto a resaltar es que también se favorece la integración de los ciudadanos en la resolución de los conflictos, lo cual implica

²³ Cfr. Perafán, Betsy, "La justicia comunitaria dentro de la informalización de la justicia en Colombia durante la última década", *Sistemas Judiciales* nro. 2, Resolución alternativa de conflictos.

²⁴ La Ley 23/91 define los parámetros para ser conciliador en equidad.

un gran avance en términos de participación democrática y construcción de ciudadanía.

Como dijimos, la figura del conciliador genera muchos beneficios en términos de simplificación y pacificación. Pero al mismo tiempo, este tipo de soluciones alternativas nos presenta nuevos desafíos que no podemos desconocer: es importante desarrollar mecanismos para evitar los abusos de poder y el sometimiento de una parte sobre la otra. También es necesario construir herramientas para que los controles y la ejecución de lo pactado sea efectiva, pues algunas experiencias demuestran ciertas dificultades en este área.²⁵ Al respecto, Riego señala que muchas veces el seguimiento sobre el cumplimiento de los acuerdos lo realiza un funcionario a través de una serie de tareas, como visitas, llamadas, comunicaciones u otras intervenciones, tales como como realizar pequeñas modificaciones en los acuerdos para facilitar su cumplimiento.²⁶ Sin embargo, no debe perderse de vista que la adhesión voluntaria de este tipo de acuerdos exige ejecutar controles eficaces, a riesgo de que se pierdan los incentivos para su utilización.

El proyecto prevé una capacitación permanente para la formación de los conciliadores en equidad, diferenciando los programas iniciales de formación para futuros conciliadores en equidad de las capacitaciones destinadas a profundizar los conocimientos de quienes ya se encuentran registrados como conciliadores.

Así, los conciliadores deben ser formados para trabajar en la lógica de la composición a fin de que logren generar espacios propicios

para ampliar su aplicación y para que el mecanismo sea exitoso. Este proceso se complementa con la elaboración de protocolos de actuación y reglamentaciones que fijen pautas claras en términos de control y cumplimiento de los términos de lo acordado. De lo contrario se corre el riesgo de desvirtuar su esencia y generar mayor desconfianza en la comunidad.

Anualmente cada Casa de Justicia, a través de su coordinador, presentará un informe de resultados de los procesos de conciliación y cumplimiento de acuerdos en el marco del componente de conciliación popular.

Servicios legales

Uno de los principales problemas de acceso a la justicia es la gran demanda insatisfecha de servicios legales. Estos servicios muchas veces no se encuentran disponibles para determinados grupos que quedan excluidos por razones económicas.

Otro aspecto de esta problemática se vincula con los casos de poca cuantía o “pequeñas causas”²⁷, que resultan antieconómicas para que sean litigadas bajo los parámetros tradicionales, tanto para el ciudadano que no cuenta con ingresos suficientes, como para el profesional que no logra cubrir sus costos y gastos cuando se trata de conflictos en los que el monto reclamado es exiguo.

Por ello, es usual que toda esta conflictividad (que excede el ámbito patrimonial pues también incluye temas de familia y cuestiones civiles en general), no logre ser encauzada en ningún tipo de alternativa.

²⁵ García Villegas, Mauricio, Espinosa Restrepo, José Rafael, Lallinde Ordoñez, Sebastián, Arroyave Velázquez, Lina y Villadiego Burbano Carolina, *Casas de Justicia. Una buena idea mal administrada*, Dejusticia, 2015, www.dejusticia.org

²⁶ Riego, Cristian en “Las unidades de justicia vecinal en Chile y sus modelos en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica”, versión On-line ISSN 0718-6851, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no.43, Valparaíso, dic. 2014.

²⁷ Cfr. Villadiego Burbano, Carolina, *Estudio comparativo. Justicia civil de pequeñas causas en las Américas*, www.cejamerica.org, y Woltke, Vázquez, Pacay, De Le y Oac, “Justicia de pequeñas causas en Guatemala. Juzgados de paz móviles”, *Sistemas Judiciales*, nro. 12, Otras justicias, www.sistemasjudiciales.org

Para dar respuesta a esa demanda insatisfecha, el proyecto establece diversos instrumentos. En primer lugar, regula que el Consejo de Acceso a la Justicia deberá celebrar convenios con las universidades nacionales, públicas y privadas con sede en la provincia para proveer servicios de asesoramiento jurídico gratuito y educación legal popular en las Casas de Justicia.

Este servicio tendrá las funciones de: brindar asesoramiento jurídico a las personas que así lo soliciten y carezcan de medios económicos como para solventar la consulta a un abogado de la matrícula, asesorar a las partes que tendrán audiencia ante el juez de paz lego, sin participar en ellas, derivar los casos que se identifiquen como pertinentes para su tratamiento por los conciliadores en equidad de la Casa de Justicia, asesorar en la realización de actos jurídicos que requieran formalización o en los trámites administrativos ante los organismos públicos nacionales o provinciales, realizar campañas de educación legal en la población y en especial en las escuelas primarias y secundarias, colaborar en la formación del voluntariado de la Casa de Justicia y de los conciliadores populares y elaborar instructivos acerca del ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos.

De esta manera, además se logra formar a los alumnos y futuros profesionales fuera de la cultura del “abogado gestor”, abordando el proceso de enseñanza desde el principio de solución del conflicto. Además, el componente social que implica el servicio prestado por los estudiantes también acompaña el fin rector de la norma.

El proyecto también prevé la elaboración de un informe anual por parte del Consejo de Acceso a la Justicia sobre el desempeño de cada una de las instituciones participantes.

Pero el aspecto más novedoso del proyecto es la incorporación del programa de abogacía

social²⁸, que viene a complementar las otras herramientas como un mecanismo de alto impacto.

El proyecto establece que aquellos abogados jóvenes dentro de los tres años de recibidos, podrán ingresar al programa de abogacía social y se les permitirá ser eximidos del pago inicial de la matrícula y del pago de la cuota anual por dos años, siempre que se dediquen con exclusividad a la atención de clientes bajo la modalidad de tarifa social, durante dicho período. Los abogados contarán con el asesoramiento de docentes que actuarán como supervisores, designados a tal efecto por la universidad. El Consejo Provincial de Acceso a la Justicia proveerá la infraestructura edilicia y los demás recursos materiales para realizar las prácticas profesionales.

Los abogados del programa podrán atender casos contravencionales y de faltas, cuestiones de divorcio y familia, cuestiones patrimoniales, laborales y comerciales, cuando la cuantía no supere el monto máximo de 200 jus. y cuestiones de derecho del consumidor.

Los jóvenes profesionales podrán llevar a cabo esta función siempre que, según la evaluación previa realizada por la oficina de administración del programa, el cliente no tenga capacidad económica como para contratar a otro abogado.

El proyecto prevé que para la implementación del programa de abogacía social el Consejo Profesional de Abogados y Procuradores tendrá a su cargo la confección del registro de abogados del programa, su actualización y puesta en conocimiento de las Casas de Justicia de los abogados integrados al programa, la elaboración y actualización periódica de la evaluación de capacidad económica de los potenciales usuarios del

²⁸ En sentido similar, su único antecedente son los Bufetes Colectivos que funcionan en Cuba.

programa, la evaluación de gestión periódica de los abogados integrados al programa, en coordinación con las Casas de Justicia y el establecimiento y la actualización del monto máximo para cuestiones patrimoniales de distinta índole.

La norma también establece que las Casas de Justicia habilitarán espacios para que los abogados del programa puedan atender a sus clientes y cuenten con los elementos técnicos para preparar sus escritos y presentaciones. Con la creación de este programa, se combina una solución a dos problemas: la falta de servicios legales suficientes en diversas materias y las dificultades de inserción de los jóvenes abogados en el mercado laboral luego de recibirse.

Pero además, la búsqueda de este tipo de alternativas, se enmarca en un hecho fundamental: el Estado no tiene capacidad para cubrir la totalidad de las necesidades legales. Por ello, la abogacía social viene a fusionar ambas realidades, para dar una respuesta de calidad.

Este esquema permite una nueva forma de entender la abogacía más relacionada con el caso que con el trámite, con una clara orientación social en la formación de los jóvenes profesionales.

Consideraciones finales

El proyecto de Ley de Acceso a la Justicia ofrece una amplia gama de herramientas para aumentar la confianza de la ciudadanía en el sistema, resolver los conflictos pacíficamente y aumentar la participación ciudadana. Este esfuerzo no puede quedar reducido al ámbito de las Casas de Justicia, pues debe ser el punto de partida para lograr, en definitiva, la desburocratización de la justicia civil.

Los instrumentos que ofrece la ley están pensados para que, paulatinamente todos los ciudadanos puedan acceder a mecanismos gratuitos, fáciles y rápidos que les permitan

resolver sus problemas. Por ello, más allá de la importancia de proveer de herramientas de conciliación y mediación, es importante garantizar los sistemas adjudicativos de naturaleza jurisdiccional que permitan la ejecutabilidad de las decisiones. De lo contrario, corremos el riesgo de mantener un sistema en que “los ricos” acceden a una justicia con jueces y “los pobres” sólo acceden a acuerdos voluntarios que luego no pueden ejecutar.

Además, el modelo social que diseña el proyecto, busca romper el paradigma asistencial y de casa de justicia como lugar en que se realizan trámites; pues la idea es construir una verdadera instancia de resolución de conflictos que permita transformar las relaciones que le dan continuidad a la exclusión social.

Por ello, las instancias creadas en esta ley, no se agotan en la creación de mecanismos para “ingresar” al sistema, sino que debe garantizarse un trato digno y respetuoso que permita obtener una respuesta justa.

Mediante la participación e integración social, se genera conciencia ciudadana, se crea confianza y además se habilita un nuevo plano hasta ahora poco explorado: la educación en los derechos. En esta dimensión, las herramientas están pensadas para incrementar la autonomía de los ciudadanos, de modo tal que progresivamente, puedan elegir de manera informada cómo actuar frente a un conflicto. Esta construcción ciudadana basada en la educación, importa además un necesario control sobre la actuación de las organizaciones, para evitar excesos y distorsiones. El proceso exige una aproximación que ponga el acento en el cambio cultural de los ciudadanos para que adquieran un sentido de auto puesta en marcha de sus propios derechos basado en la información y la participación.

Las Oficinas de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en Panamá. Una experiencia de coordinación

Delia A. De Castro D.

Coordinadora General de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio.
Procuraduría General de la Nación. Ministerio Público de Panamá.

Introducción

Luego del arduo trabajo que implicó lograr la aprobación de la Ley No. 63 del 28 de agosto de 2008, que adoptó el Código Procesal Penal en Panamá, nos encontramos con una nueva realidad: correspondía realizar el trabajo de implementación, es decir, conseguir que el contenido de la ley se materializara en la práctica.

Por supuesto que esa no sería una tarea fácil. Sobre todo porque no estábamos acostumbrados, al menos en el ámbito de la justicia penal, a llevar largos procesos de implementación que fuesen más allá de obtener los recursos presupuestarios, abrir unos cuantos despachos y designar al personal.¹

La reforma procesal penal que teníamos ante nosotros, era la más grande y significativa que habíamos tenido en la historia republicana de Panamá. En esta ocasión, superaba la simple sustitución de una ley por otra. Por ende, no

bastaba con su entrada en vigencia para que funcionara como por arte de magia.

Con frecuencia, escuchábamos a los más versados en la materia hacer referencia a la necesidad que existía de hacer un “cambio de chip” en los actores del proceso penal para que pudiéramos tener un sistema de justicia más equilibrado, más justo, más respetuoso de los derechos fundamentales de todos los intervinientes y que funcionara conforme a los estándares delineados a nivel internacional.

Correspondía ajustar la organización de las distintas instituciones que componen el sistema de administración de justicia a esos estándares que ya habían sido insertados en la reforma procesal penal recién aprobada. También hacía falta un trabajo intensivo de capacitación, selección del personal idóneo o con el mejor perfil para cada una de las áreas en la que se debían desenvolver fiscales, jueces y defensores y, además, hacer que la ciudadanía se interesara en este cambio como mecanismo de legitimación del sistema.

Para lograr ese propósito, en la Ley 63 de 2008, siguiendo el ejemplo de países como Colombia y Chile, se incorporó un calendario

¹ Un ejemplo algo reciente para la fecha, había sido la creación de la jurisdicción penal de adolescentes aprobada por la Ley 40 de 1999 e implementada a partir del año 2001, que implicó una capacitación intensiva de personal, selección en base a competencias y creación de fiscalías, juzgados y oficinas de defensores bajo otra lógica de trabajo.

de implementación gradual². En nuestro caso, iniciaba por áreas territoriales en las que se analizó que podría tener mayor éxito la reforma, ya fuese por la extensión territorial o la incidencia delictiva.³ El área seleccionada fue el Segundo Distrito Judicial (integrado por las provincias de Coclé y Veraguas) y con el personal de dichas provincias iniciaron los trabajos de implementación.

Tuvimos un proceso interesante de intercambio de experiencias con consultores extranjeros, al tiempo que nacionales visitaron algunos de los países en los que ya la reforma procesal penal estaba en marcha. Una gran conclusión resultó de todo: Panamá tenía la gran oportunidad de aprender de muchos procesos previos de reforma y asumir las mejores prácticas que habían surgido de ellos, pero era preciso implementar el Código Procesal Penal “al estilo panameño”.

Además de lo anterior, era indispensable generar espacios de coordinación entre las instituciones que permitieran conocer el estatus de los trabajos de implementación de la reforma en cada una de ellas, al tiempo que se compartían las dificultades particulares y comunes. Recordemos que uno de los problemas que suelen surgir en los procesos de reforma según lo ha apuntado el Centro de Estudios de Justicia de las Américas es precisamente los distintos niveles de desarrollo, organización y avances de las instituciones. Por ende, esta coordinación interinstitucional contribuiría a reducir las distancias existentes.

2 La primera etapa sería el Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), la segunda etapa el Cuarto Distrito Judicial (Herrera y Los Santos), la tercera etapa el Tercer Distrito Judicial (Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngäbe Buglé) y la cuarta etapa el Primer Distrito Judicial (Panamá, Panamá Oeste, Colón, Darién y las Comarcas Guna Yala, Guna de Madugandí, Wargandí y Emberá – Wounaan).

3 No podemos decir en este caso que se trataba del área de menor extensión territorial porque en el Segundo Distrito Judicial, donde iniciaría la aplicación del nuevo sistema, está la provincia de Veraguas, la única del país que tiene costa en ambos mares (Atlántico y Pacífico) y una de las de mayor extensión territorial, aunque no tan poblada. Sí podemos decir que la incidencia delictiva era menor que en otras áreas y que allí se había tenido buena experiencia en materia de administración de justicia y contaba con personas comprometidas con el cambio. Los resultados de la primera etapa de implementación así lo demostrarían.

A manera de ejemplo, las instituciones que tuvieron representación en el debate del Código Procesal Penal fueron primordialmente el Órgano Judicial (incluida la representación de la Defensa Pública) y el Ministerio Público. Ya esto colocaba a la Policía Nacional (preventiva y de investigación), al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al Sistema Penitenciario y a otros estamentos de seguridad, en una ligera desventaja, pues no solo les correspondía contribuir con la implementación sino identificarse con el cambio procesal que se aproximaba.

Por otro lado, teniendo presente que la reforma procesal penal necesita de cuidado y ajustes dirigidos a fortalecer y mejorar su ejecución, resultaba indispensable crear organismos que permitieran lograr esa finalidad, establecer compromisos y darle seguimiento a su cumplimiento para beneficio del sistema.

En este punto, era evidente que las dificultades presupuestarias se colocaban como un asunto relevante, pues no se trataba solamente de destinar más y mejores recursos a cada una de las instituciones para hacer el trabajo conforme a los estándares aprobados, sino también disponer de un equipo dedicado a la implementación de la reforma procesal penal a tiempo completo. Ello parecía una quimera. Se dejaba de destinar ese recurso humano a otros aspectos centrales de la institución para dedicarlo a tareas que no se consideraban claras o que no se estimaba que necesitaran mucha dedicación, pero esa era una equivocación.

La reforma procesal penal en Panamá se asumió como un compromiso de país, derivado del Pacto de Estado por la Justicia. En esta tarea la sociedad civil que clamaba por un cambio en el tema fue motor y factor fundamental.

Luego, las instituciones estatales relacionadas con el sistema de administración de justicia se fueron sumando una a una, luchando porque se

lograra un funcionamiento bajo estándares más respetuosos de los derechos humanos y las garantías fundamentales que atañen a todos los ciudadanos, pero que la vez diera espacios para una persecución penal adecuada que disminuyera la impunidad.

Uno de los compromisos fundamentales fue cambiar la lógica del expediente al que se rendía culto en el sistema mixto. Dejaba de considerarse prueba aquello que se practicaba durante la investigación lejos del control del juez y a veces sin participación de la defensa, para darle este calificativo solo a los elementos probatorios documentales, testimoniales o periciales que se practicaban durante el juicio público, mediante el ejercicio del derecho a contradicción.

También se empezó a pensar en la transformación de la organización de las Fiscalías, de la Defensa Pública y del Órgano Judicial, donde se dio paso a un aspecto significativo, la separación de las labores administrativas de las de persecución penal, de defensa y de decisión judicial, respectivamente. Cada uno se dedicaría al rol que le correspondía por ley. Para lograr todo lo expresado, las oficinas de implementación tenían un gran trabajo por delante.

Los primeros pasos de organización para la implementación. Avances y retrocesos

Asumiendo el liderazgo que le correspondía, mediante el Acuerdo N° 731 de 28 de agosto de 2008, la Corte Suprema de Justicia constituyó la Comisión Interinstitucional de Alto Nivel para la Implementación del Sistema Acusatorio, cuya función primordial es la de garantizar que la reforma procesal penal sea puesta en marcha en toda la República de Panamá.

Esta Comisión está integrada por altas autoridades como el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la Sala Penal, el Presidente de la Asamblea

Nacional, el Procurador General de la Nación, el Ministro de Economía y Finanzas; la Dirección General del Sistema Penitenciario y la Policía Nacional; el Secretario de Modernización del Estado, hoy día Autoridad de Innovación Gubernamental y el Presidente del Colegio Nacional de Abogados.

A través del mismo acuerdo, el Órgano Judicial constituyó una Comisión Interna de Implementación y posteriormente se dictó el Acuerdo N° 949 de 21 de noviembre de 2008, por el que se creó la Unidad de Implementación del Sistema Acusatorio (UISA) “como ente del Órgano Judicial encargado de elaborar propuesta para el diseño del plan de implementación del sistema acusatorio y gerenciar a tiempo completo su adecuada ejecución.”

El Ministerio Público, por su parte, mediante Resolución N° 2 de 7 de enero de 2009, proferida por la Procuradora General de la Nación creó la Comisión de Implementación del Sistema Acusatorio en el Ministerio Público y la Subcomisión de Implementación del Sistema Acusatorio para el Ministerio Público, en el Segundo Distrito Judicial de Panamá, con el propósito de adelantar las tareas de planificación y ejecución de la reforma procesal penal.

Dado el aplazamiento de la primera etapa de implementación⁴ en virtud de la aprobación de la Ley 48 de 1 de septiembre de 2009, que extendía su inicio al 2 de septiembre de 2011, los trabajos cesaron y algunas comisiones se desintegraron. No fue sino hasta el 22 de julio de 2010, cuando se firmó el Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica Interinstitucional para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio⁵, mediante el cual

4 Este fue un proceso difícil. Había temor y preocupación por el cambio entre muchos involucrados en el proceso de implementación, se aproximaba el año electoral y no se verificaba mucha disposición presupuestaria. Quizás uno de los factores relevantes fue que no conocíamos del todo bien cómo llevar adelante la transformación de las instituciones para que el nuevo Código Procesal Penal funcionara.

5 http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2011/01/acuerdointerinstitucional_spa.pdf

se conforma una Comisión cuya función es supervisar la adecuada ejecución del Sistema Acusatorio, garantizando la optimización de los recursos y la coordinación de acciones. Esta Comisión de Coordinación Interinstitucional para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio está conformada por el Órgano Judicial, Ministerio Público, Instituto de Defensoría Pública, Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección de Investigación Judicial, Autoridad Nacional de Aduanas, el Colegio Nacional de Abogados y la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

Posterior a ello, y en el caso concreto del Ministerio Público, mediante Resolución N° 5 de 28 de enero de 2011⁶, la Procuraduría General de la Nación creó internamente la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, que quedó a cargo de organizar y atender las tareas relacionadas con la instalación de la reforma procesal penal en la institución.

El trabajo de implementación

Poco a poco, cada institución fue creando su Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio (OISPA), al punto que hoy día existen no solamente en el Órgano Judicial y en el Ministerio Público; sino también en la Policía Nacional, en la Dirección de Investigación Judicial, en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en el Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT).

Cabe destacar que instituciones que no cuentan con oficinas de implementación propiamente, usualmente han designado personas que sirven como enlace para atender los asuntos relacionados con la puesta en marcha de la reforma procesal penal o su seguimiento, tal es el caso del Servicio Nacional Aeronaval, que se ha incorporado a la implementación por ser parte de la Fuerza Pública y tener facultad de actuación como

primer interviniente en casos de naturaleza penal.

Las áreas de trabajo en las que se ha priorizado y que manejan, coordinan o interactúan las oficinas de implementación o los respectivos enlaces son: recursos presupuestarios, recursos humanos, descarga/liquidación, infraestructura, capacitación, modelo de gestión, normativa, divulgación, estadística y tecnología.

A partir del convenio suscrito en el año 2010, cada institución cumplió con los deberes que le correspondía y el 2 de septiembre de 2011, se puso en marcha la reforma procesal penal en el Segundo Distrito Judicial, la cual calificamos inicialmente, como una experiencia exitosa por el cambio que se logró en los modelos de gestión del Ministerio Público, Defensa Pública y Órgano Judicial a través de sus oficinas judiciales, así como la instalación de la oralidad como eje central del trabajo que realizan todas las instituciones, siguiendo la lógica del esquema adversarial.

En ese proceso fue clave el trabajo de las Oficinas de Implementación del Sistema Penal Acusatorio (en adelante OISPA).

Reuniones interinstitucionales de implementación y seguimiento:

Reuniones bilaterales:

Una experiencia positiva en el proceso de seguimiento de la reforma y llevada adelante por la coordinación de las OISPA, particularmente la del Órgano Judicial, son las denominadas reuniones bilaterales. En estos encuentros se reúnen funcionarios del Ministerio Público y del Órgano Judicial (que incluye en nuestro país a la Defensa Pública), con el propósito de plantear los problemas o inconvenientes que existen en las diversas provincias y que no han podido ser resueltos por las autoridades locales. En estas reuniones se profundiza en su análisis y se proponen soluciones.

⁶ Modificada por la Resolución No. 2 de 11 de enero de 2016, proferida por la Procuraduría General de la Nación.

Todo aquello que no dependa directamente de estrategias institucionales de persecución penal o de decisiones que son eminentemente jurisdiccionales, esto es, aquellos temas que se refieren a gestión, se consensúan a través de los denominados acuerdos bilaterales que deben ser cumplidos por todos los involucrados. Esta práctica ha permitido dar seguimiento a la implementación cuidando que los problemas existentes sean resueltos con el concurso de todos los actores, al tiempo que se unifican criterios de gestión en todos los distritos judiciales.

Las reuniones bilaterales se realizan cuantas veces sea necesario durante el año, dependiendo del nivel de dificultades relevantes encontradas en los distintos distritos judiciales y que sean comunicadas a las OISPA. Usualmente se dan entre una y tres reuniones al año.

Como ejemplo de algunos temas que se llevaron a reuniones bilaterales y que fueron marcando la pauta de la reforma procesal penal, tenemos los siguientes:

- Información de las partes: al momento de las entrevistas la Fiscalía solicitará una dirección alterna o adicional al entrevistado para facilitar su localización posterior.
- Acceso de la defensa a la carpeta de investigación: el fiscal subirá a la plataforma tecnológica la información relevante del caso y dará acceso a la defensa de la carpeta de investigación que contenga los elementos necesarios para debatir en audiencias previas. Otra información no necesaria para esas audiencias podrá ser revelada en la fase intermedia, previo al juicio.
- Oposición al sobreseimiento: el Ministerio Público aceptó que al momento de notificar a la víctima de un sobreseimiento, lo haría con el siguiente formato:
“Estoy enterado de la decisión del MP de abstenerse de formular acusación y que tengo 15 días para presentar mis objeciones ante la Oficina Judicial ubicada en....”
- Agendamiento de audiencias: cuando se haya solicitado solo una audiencia, por ejemplo imputación, pero el acto oral deba extenderse para conocer otros planteamientos del caso como un acuerdo de pena, se suspenderá el acto oral para continuar con los demás agendados en tiempo y se retomará aquel que se había suspendido tan pronto concluya la agenda programada.
- Notificaciones y citaciones: el Ministerio Público y la Defensa confirmarán sus notificaciones por correo. En casos de juicio oral, la Oficina Judicial elabora las boletas de peritos y testigos admitidos pues le corresponde por ley, pero el Ministerio Público y la Defensa quedarán a cargo de hacerlas efectivas.
- Traslado de aprehendidos: para las audiencias de legalización de aprehensión la Oficina Judicial solicita el traslado del aprehendido, no el Ministerio Público, pues la persona privada de libertad queda a órdenes de la Oficina Judicial.
- Audiencias de acuerdos de pena: no hay obligación de presentar el acuerdo de pena previamente a la oficina judicial, pues estos se pueden hacer incluso en el acto oral. Una vez realizado el acuerdo y cumpliendo con los parámetros de ley, éste debe ser respetado.
- Comunicación con la Defensa Pública y sobre la Defensa: el Ministerio Público debe notificar a la Defensa Pública tan pronto haya una persona aprehendida que requiera de ese servicio. También notificará a la Oficina Judicial el cambio de defensor público por privado y quiénes son los defensores del caso para que puedan ser notificados de las audiencias.
- Fijación de audiencias: se da prioridad a las audiencias previas o preliminares que se requieren para realizar controles dentro de los plazos de ley. Las audiencias de juicio se fijarían de lunes a jueves, dejando los viernes libres en caso que se requiera una reprogramación o extensión del acto oral.
- Reuniones del Comité Interinstitucional de Seguimiento y Monitoreo (CISMO):

En otro nivel, como parte del proceso de implementación, se celebran aproximadamente cada tres meses reuniones del Comité Interinstitucional de Seguimiento y Monitoreo del Sistema Acusatorio, presidido por el Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia y en el cual el Ministerio Público ostenta la Vicepresidencia.

Este comité reúne a representantes de las Oficinas de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en las instituciones que conforman el sistema de administración de justicia y aquellas que fungen como brazos auxiliares. Su propósito es dar seguimiento a temas concretos de implementación por lo que las reuniones se focalizan en aspectos como: rendición de cuentas en materia de capacitación, infraestructura, recursos humanos, presupuestarios, avances en materia de tecnología y demás relacionadas con las áreas prioritarias de la implementación.

Además de coordinación, estas reuniones permiten compartir información interinstitucional, acercar a las OISPA y generar otros lazos de apoyo en actividades relacionadas con capacitación y/o preparación para la implementación.

Un aspecto muy relevante tratado en las reuniones CISMO, fue la puesta en marcha y funcionamiento de la Plataforma Tecnológica del Sistema Penal Acusatorio que permite la existencia del número único de caso, la interconexión de todos los actores del proceso penal en una sola herramienta, la incorporación de información en una carpeta digital, la realización de comisiones por parte del Ministerio Público a la Dirección de Investigación Judicial y al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como que estos den sus respuestas por la misma vía. Facilita las solicitudes de defensor, de audiencias, permite acceder a las grabaciones de los actores orales y llevar el flujo del proceso hasta su culminación.

Un enfoque concreto a la labor de la OISPA en el Ministerio Público de Panamá

En el caso de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Ministerio Público, atendiendo al mandato establecido en la Resolución N° 5 de 28 de enero de 2011, modificada por la Resolución N° 2 del 11 de enero de 2016, ambas de la Procuraduría General de la Nación, le corresponde vincular de forma efectiva a todos los actores clave del sector jurídico y administrativo institucional en aras de lograr la gestión pertinente para la puesta en marcha de la reforma procesal penal.

En la experiencia de los dos últimos distritos judiciales a implementar, el tercero (integrado por Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngäbe Buglé) y el primero (conformado por las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón, Darién y las comarcas Guna Yala, Guna de Madugandi, Wargandi y Emberá – Wounaan), la oficina tuvo a cargo la generación de un **Plan de Implementación del Sistema Penal Acusatorio** para lo cual se contó con los aportes de cada uno de los representantes de las subcomisiones de trabajo que son: Descarga, Presupuesto, Recursos Humanos, Capacitación, Tecnología, Estadística, Modelo de Gestión, Normativa, Divulgación e Infraestructura.

Luego de definido el plan, incluidos los objetivos, acciones a seguir, factores críticos de riesgo para su cumplimiento, entre otros, cada dos meses se realizó una reunión de seguimiento a la labor, en la cual cada líder de subcomisión debía reportar a la Procuraduría General de la Nación, al resto de los miembros de subcomisiones y al personal del área fiscal y administrativo del sitio que funja como sede de la reunión, los avances logrados, las dificultades encontradas y la planificación ideada para alcanzar el objetivo trazado en tiempo oportuno. Esto, por un lado, obligó a que cada subcomisión trabajase con ahínco para reportar sus avances ante la máxima

autoridad institucional; permitió que todos los involucrados en el proceso de implementación conocieran el estado de situación en cada una de las distintas áreas clave; contribuyó a que se pudieran resolver los inconvenientes que existían de forma oportuna, al tiempo que todos los beneficiarios también estuvieron al tanto de la realidad del proceso de instalación del cambio procesal.

En la institución se comprendió que el trabajo de implementación además de involucrar al personal que se ocupa de la gestión o administración, debía considerar a los funcionarios del área de investigación (los fiscales). Lo anterior, porque en el caso de Panamá no se estaba creando una institución sino transformándola conforme a los estándares de la reforma procesal penal lo exigía. Definitivamente que una modificación en la forma de organizar y gestionar casos penales no hubiese sido posible lograrla adecuadamente sin tomar en consideración al recurso humano que se ocuparía de poner la maquinaria a andar, caso a caso.

En consecuencia, el trabajo de implementación conllevó la realización de talleres de Preparación para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Primer Distrito Judicial, en los cuales se reunieron fiscales de Panamá, Panamá Oeste, San Miguelito, Colón, Darién y la Comarca Guna Yala, con el objeto de organizar el proceso de descarga, discutir el diseño del Modelo de Gestión de Fiscalía para el Primer Distrito Judicial; y definir la distribución de los espacios en los edificios que albergan las agencias del Ministerio Público del Primer Distrito Judicial, esto en base al dimensionamiento de personal de Recursos Humanos de la Institución y determinación de la necesidad de nuevos espacios. Se realizó así un proceso participativo en el cual se les permitió aportar y que sintieran que la reforma también era su responsabilidad.

Lo anterior se complementó con talleres y reuniones sobre liderazgo para la reforma procesal penal en el Primer Distrito Judicial,

en los que se dictaron lineamientos para lograr el empoderamiento de los fiscales superiores en cada una de las provincias incluidas en la última etapa, contribuyendo a que fuesen conscientes de las dificultades que suelen existir en los procesos de implementación del Sistema Acusatorio y los retos que se deben afrontar.

Todo ese proceso fue incluido además como parte del Plan Operativo Anual de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, bajo el entendido que debía ser motor para la instalación de la reforma, sin descuidar los aspectos relacionados con innovación.

Los beneficios de existencia de las OISPA

Para nuestro país, la existencia de las OISPA a nivel central como en sus derivaciones regionales en los casos que se ha requerido, ha sido de gran relevancia, al permitir concentrar en una sola instancia institucional el trabajo central de implementación de la reforma procesal penal o su supervisión según el modelo que se adopte, pues usualmente requieren del apoyo de otras áreas como Recursos Humanos, Presupuesto, Infraestructura, entre otros.

Ello facilita el manejo de información, la toma de decisiones, la rendición de cuentas, la obtención de resultados y, por supuesto, el seguimiento de la reforma procesal.

Reflexión final

Constituye una lección aprendida a nivel de la región latinoamericana que para desarrollar con efectividad las labores dirigidas a la implementación del Código Procesal Penal, resulta necesario establecer instituciones permanentes que faciliten ejecutar acciones, destacar los logros, conocer los errores y desaciertos, así como corregir las prácticas inadecuadas. De esto se han encargado las OISPA.

Han pasado ya cinco años desde que inició en la República de Panamá la instalación de la reforma procesal penal bajo el modelo de corte acusatorio. En este tiempo, se aprecia como positivo el conocimiento del sistema de justicia penal a nivel nacional que tienen muchos de los actores del proceso. La reforma procesal penal ha permitido un intercambio y coordinación interinstitucional impresionante que de otra manera no se hubiese podido lograr.

Muchas han sido las pausas y retrocesos que han tenido que enfrentarse con voluntad institucional y esfuerzo de cada uno de los involucrados en este proceso, pero también han sido muchos los desafíos superados y avances alcanzados.

Las reformas procesales llevaron a detener en varias ocasiones la implementación del SPA. Factores como el temor a iniciar la instalación de un cambio que luego tenía un calendario progresivo, es decir, no era viable detener del todo y echar marcha atrás, afectó. También los cambios de gobierno, falta de asignación presupuestaria, en ocasiones falta de compromiso con la reforma procesal penal y, finalmente, el reto que implicaba llegar a territorios con mayor nivel de criminalidad, población y extensión territorial, incidieron en su momento en que la puesta en marcha no fuera continua.

Eso fue así en el año 2009, pues estaba previsto iniciar la implementación, pero se aplazó hasta el 2011 cuando entró a regir en el Segundo Distrito Judicial compuesto por Coclé y Veraguas. En el año 2012 inició la implementación en el Cuarto Distrito Judicial integrado por las provincias de Herrera y Los Santos. Luego de esto hubo una pausa de dos años. No fue sino hasta 2015 que se instaló el cambio procesal en el Tercer Distrito Judicial compuesto por las provincias de Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngäbe Buglé, mientras en el año 2016 se cumplió con la última etapa al darse la implementación en el Primer Distrito Judicial integrado por las provincias de Panamá (ciudad capital),

Panamá Oeste, Colón, Darién y las Comarcas Guna Yala, Madugandi, Wargandi y Emberá – Wounaan

Entre los desafíos superados podemos mencionar:

- 1. La instalación de la oralidad.** En Panamá las decisiones las toman los jueces en base a la información discutida en las audiencias por los litigantes, pues no tienen acceso a la carpeta de investigación.
- 2. Nuevos modelos de gestión.** El Ministerio Público dejó de tener una organización que refleja a la del Órgano Judicial, que le permite mayor agilidad en la investigación con el apoyo de los brazos auxiliares, y el Órgano Judicial concentró a los jueces en la toma de decisiones, dejando la labor administrativa a la oficina judicial.
- 3. Contar con una Defensa Pública proactiva y presente en los procesos.** Ahora la Defensa Pública no solamente aparece en una indagatoria, un reconocimiento fotográfico o en fila de detenidos o en la audiencia, sino que está disponible, para quien lo requiera, desde el primer acto de investigación hasta la conclusión del proceso.
- 4. El uso de nuevas herramientas para la solución de casos antes del juicio oral.** El 94% de los casos que tienen una decisión de fondo, se resuelven antes del juicio a través de mecanismos como los acuerdos de pena y procedimientos de aceleración como lo son los procedimientos simplificados. Tan solo el 6% de los casos que tienen una decisión de fondo llegan a juicio, conforme a las estadísticas del Ministerio Público para el año 2015–2016. De igual manera, la suspensión condicional del proceso a prueba y la mediación aparecen ahora como instrumentos que contribuyen al desahogo de los tribunales, por mencionar algunas.

En ese escenario, decisiones como la entrada en vigencia escalonada por distritos judiciales,

el inicio de la nueva gestión en cifra cero (en los casos que ha sido posible), la modificación de la estructura de gestión del Ministerio Público hacia un modelo más ágil y flexible para perseguir el delito; la transformación de la forma de administrar justicia con la creación de oficinas judiciales, permitiendo la separación de funciones judiciales de las administrativas, el aprovechamiento de economías de escala y potenciando la actuación en oralidad, hoy día se aprecian como acertadas.

Estos cambios han permitido mayor celeridad en la decisión de las causas, más transparencia en la administración de justicia, así como mayor respeto a los derechos fundamentales tanto de víctimas como de imputados.

La implementación de la reforma procesal penal en Panamá para nosotros ha sido una tarea enorme, a pesar de lo pequeño del país. No obstante, ha valido cada esfuerzo, por tener un mejor sistema de justicia penal en esta tierra istmeña.

El aporte en este proceso de las OISPA, constituye una experiencia exitosa de coordinación.

Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio¹

Gonzalo Rúa

Director del Área de Reforma y Democratización de la Justicia del INECIP.

Leonel González

Coordinador del Área de Capacitación del CEJA.



1. Las salidas alternativas y la Reforma Procesal Penal

Las reformas a la justicia penal ocurridas en América Latina en las últimas décadas generaron un escenario de “alternatividad” al proceso tradicional, a partir de la consagración de nuevos modos para la resolución del conflicto y el cumplimiento de las sentencias condenatorias².

A diferencia de otros cambios procesales penales, las comúnmente llamadas *salidas alternativas al proceso penal* (acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento) se consolidaron como una tendencia general en la región, incluso en aquellos países que se regían por modelos inquisitivos morigerados, como Brasil y la justicia federal de la Argentina.

En la mayoría de los casos, los códigos procesales las asumieron con el compromiso

de aumentar los niveles de productividad del sistema y de satisfacción de los intervinientes, lo cual redundaría en la obtención de respuestas en plazos temporales más acotados que los tradicionales³.

Estos mecanismos impactaron en las estructuras organizativas de las instituciones judiciales y en las prácticas de los operadores, que debieron incorporar los conflictos de las partes y sus realidades a sus procesos internos de trabajo. La larga historia del sistema escrito y su modalidad unitaria de tramitación de casos hicieron que esta nueva dinámica no fuera sencilla de implementar y que, en la actualidad, se continúe debatiendo sobre las implicancias de estas novedosas formas de trabajo.

En lo que sigue nos centraremos en tres modos de aproximarnos a las salidas alternas: en primer lugar, desarrollando las razones por las cuales un sistema alterno de solución de

1 Los autores agradecen especialmente a Constanza Gigena (investigadora del CEJA) y Diego Aguilar (pasante del CEJA) por el relevamiento normativo de los CPP de América Latina realizado para este artículo.

2 Duce y Riego sostienen que existe un tercer ámbito de alternatividad, a nivel de la criminalización primaria, en tanto “es posible observar una tendencia creciente hacia la descriminalización de un número importante de delitos, especialmente de la delincuencia denominada *bagatelaria*”. Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian: *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2012, pp. 283 a 287.

3 Véase, por ejemplo, la exposición de motivos del CPP de Chile (1999): “*los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito*”.

conflictos es consistente con los objetivos de un proceso acusatorio; segundo, describiendo el recorrido histórico que han tenido en la corta vida de las reformas judiciales penales en la región; y tercero, intentando plantear cuál es el camino de trabajo a recorrer por las salidas alternativas.

a. Razones de la alternatividad en un proceso penal acusatorio

Existen diversos enfoques para explicar las causas por las cuales los sistemas procesales adoptaron la decisión de regular salidas alternativas al procedimiento penal. Por lo mismo, nos interesa clasificarlas en tres tipos complementarios de comprensión: desde los sistemas de gobierno; desde el modelo de justicia criminal; y desde la realidad cotidiana o praxis institucional.

La aproximación desde los sistemas de gobierno se trata de una perspectiva muy amplia, que se concretiza en la honda relación que debe existir entre los modelos de gobierno y la justicia penal; y, más específicamente, en evidenciar que el significado que le asignemos al conflicto se reflejará en el modo en que deban organizarse sus modelos de juzgamiento.

Pues bien, asumiendo la existencia inevitable de la conflictividad social, se abren dos posibles caminos para darle tratamiento: desde la gestión del conflicto en el marco de un sistema democrático o desde el paradigma del orden en el contexto de una visión autoritaria.

La asunción de la vida democrática como un escenario de administración de conflictos vuelve inevitable su reconocimiento y, en consecuencia, que se generen políticas judiciales para la gestión de esa conflictividad real. Desde este enfoque se entiende al conflicto como un factor positivo que dinamiza el funcionamiento de la sociedad y en razón de eso es que se propone estimular su gestión. Como señala Binder, en sociedades absolutamente inequitativas

como lo son en nuestra región, es un aspecto altamente positivo que existan conflictos que se originen por la lucha por bienes personalísimos.

En efecto, en este nivel se advierte la necesidad de que los sistemas judiciales los recepten y dispongan de los resortes institucionales (como lo son las salidas alternativas) que puedan reducir o anular esos conflictos, paralelamente al proceso penal tradicional⁴. En este punto es donde se pone en evidencia el punto de contacto entre la comprensión de una democracia conflictivista y una justicia penal que se diseña, piensa y trabaja desde el reconocimiento de esos conflictos sociales y la consiguiente reducción de violencia estatal para su tratamiento.

Por el contrario, una visión de los asuntos penales y su resolución desde el paradigma del “orden” implica que los incentivos se coloquen en la aplicación y posterior cumplimiento de la ley para mantener el orden y evitar cualquier tipo de disrupción. En este modelo autoritario no cabe espacio para que la justicia penal disponga de mecanismos de diversificación de sus respuestas pues lo único que interesa es monopolizar el poder punitivo y aplicarlo sobre aquéllos que incumplan las normas legales. Este modelo tiende no solo a aumentar la aplicación de violencia estatal –no hay lugar para salidas alternas-, unificando la reacción del Estado frente a cualquier conflicto –sea grave o leve-, sino también a estancar la discusión sobre la conformación social, no dando lugar a gestión alguna de las problemáticas sociales.

4 Binder sostiene que la democracia tiene una forma particular de considerar a la conflictividad, “ya que ella no puede ser vista como un ‘defecto’ de la sociedad o del sistema político sino como el motor central del cambio y el desarrollo de las propias sociedades. Una visión ‘positiva’ de la conflictividad social es connatural a la idea misma del sistema democrático que, por ello, se preocupa de dar cauce y representatividad a todos los sectores de la sociedad y a las diferentes ideas y cosmovisiones”. Véase BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge: *De las “repúblicas aéreas” al Estado de Derecho*, 1ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 462.

Por ello afirmamos, como una primera idea, que una visión conflictivista, desde una visión anclada en la democracia, le demandará dos grandes tareas al sistema judicial: en primer lugar, que los reconozca; y en segundo término, que se haga cargo de ellos y disponga de mecanismos que se le acerquen y tengan la potencialidad de darles cauce, entenderlos y resolverlos pacíficamente⁵.

Complementariamente, desde los modelos de justicia es posible encontrar una justificación mucho más profunda a la necesidad de las salidas alternativas. Si bien el reemplazo del sistema inquisitivo por el adversarial significó la sustitución de un modelo autoritario por un modelo democrático, en la actualidad coexisten diversas tradiciones⁶. Entre ellas, la concepción del delito y sus implicancias en el trabajo de los operadores judiciales. El entendimiento del delito como una infracción es aquel que prioriza el conflicto secundario, es decir, la relación de desobediencia que se genera luego del incumplimiento de las normas dictadas por la autoridad. Y, bajo este paradigma, la justicia penal se reorienta hacia la aplicación y defensa de la ley, disponiendo de mecanismos que lo faciliten, como por ejemplo la estructuración vertical y jerárquica de la judicatura. Este es el sistema natural del paradigma inquisitivo, en tanto su nota distintiva era la protección de la autoridad. Por el contrario, comprender al delito desde el conflicto primario implica asumir que lo central será atender el daño o dolor generado a la víctima. Y a partir de ésta asunción se abre un escenario muy distinto para el trabajo judicial, pues los incentivos (desde la praxis y lo organizativo) estarán colocados en pacificar ese conflicto, intentando dar una respuesta satisfactoria a la víctima y tratar

la situación del imputado (como veremos más adelante en el ejemplo de los Tribunales de Tratamiento de Drogas de Chile). Este último es el paradigma natural del sistema adversarial, sin perjuicio que en la práctica cotidiana se produzca un entrelazamiento y tensión permanente entre ambas tradiciones.

Es por lo anterior que las salidas alternas solo guardan consistencia con la lógica subyacente de los sistemas adversariales. De hecho, su inserción en modelos mixtos ha generado que se reconviertan y sirvan para eludir la única instancia de oralidad, que es el juicio. De esto da cuenta un informe sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires, en donde durante el período 2002-2009, se realizaron un promedio de 50% de acuerdos abreviados, 31% de suspensión del juicio a prueba y sólo el 19% fueron juicios⁷. Y, en los dos primeros casos, dichas salidas se acordaban cuando los juicios ya se habían agendado o incluso en ese mismo día, lo cual denota que la función de las salidas alternas era eludir el juicio y privilegiar las formas escritas.

El tercer nivel de aproximación se vincula con el funcionamiento real de los sistemas procesales penales. La instalación del sistema acusatorio supuso el abandono del principio de legalidad procesal (mediante el cual se concebía la necesidad de investigar todos los casos que ingresaban al sistema) y la adopción del principio de oportunidad (que, a través de un conjunto de facultades discrecionales, le otorga al Ministerio Público la posibilidad de tomar decisiones político criminales en relación a los casos que va a decidir investigar o aplicar una salida alternativa).

La razón central de este cambio estuvo dada por el reconocimiento de que los recursos materiales, humanos y financieros (siempre

5 La sociología ha explicado con profundidad las implicancias de las teorías conflictivistas, desde el marxismo, el funcionalismo y hasta las "teorías volcánicas". Véase LORENZO CADARSO, Pedro: *Principales teorías sobre el conflicto social*, Norba. Revista de historia, Universidad de Extremadura, España, N°15, 1995, pp. 237-253.

6 Binder habla de cuatro tradiciones coexistentes. Véase BINDER, Alberto: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Hermenéutica del proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2013, pp. 255-297.

7 GARCIA YOMHA, Diego y AHUMADA, Carolina (directores): *Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires*, INECIP, disponible en www.inecip.org

limitados) no permiten perseguir y juzgar eficientemente todos los casos. Con lo cual, bajo la ficción del principio de legalidad procesal, se producía una selectividad natural por parte de las agencias policiales, que hacían un filtro pero sin criterios ni control, atrapando las obras más toscas y sencillas de resolver como una lógica de supervivencia burocrática⁸.

Es por ello que un proceso acusatorio se construye sobre esta realidad y plantea la necesidad de darle un tratamiento particular y acotado a aquellos casos que admitan algún grado de acuerdo entre las partes. Y, en consecuencia, destinar los recursos del sistema hacia aquellos casos cuya resolución se obtenga a través del desencadenamiento del juicio oral y público.

b. Impacto de la reforma en el modo de utilización de las salidas alternas

Si bien las salidas alternativas al proceso penal han tenido un largo recorrido histórico en los modelos anglosajones⁹, en nuestra región aún son adolescentes y se encuentran en búsqueda de su espacio, fundamentalmente desde la dimensión organizativa y práctica de las instituciones.

De ello da cuenta la primera reacción de las reformas procesales en América Latina que, en materia de salidas alternas, ha exhibido una escasa utilización, y una visión poco preocupada por los derechos de las partes involucradas, priorizando la descongestión del sistema antes que obtener una respuesta de calidad.

Los informes iniciales de seguimiento de las reformas procesales penales en América Latina (2003), realizados por el CEJA, daban cuenta de que los *sistemas hacían un uso*

muy pasivo de estos nuevos mecanismos. Se decía que “esta tendencia consiste en evitar el uso de esos procedimientos y preferir siempre el camino procesal más convencional que normalmente establece pasos procesales más prolongados destinados a investigaciones que, en este tipo de casos, no parecen necesarias. Una primera cuestión, que parece relevante para explicar el no uso de estos procedimientos, dice relación con que al interior de los Ministerios Públicos no parece existir un proceso de evaluación y mejoramiento de los criterios de trabajo que permitan implementar prácticas crecientemente superiores. La segunda cuestión tiene que ver con la noción que todavía parece ser muy fuerte en términos de que todos los casos son sometidos a un solo curso de acción”. Esto es, que sin perjuicio de haberse instalado el principio de oportunidad, los sistemas continuaban funcionando sobre la base del principio de legalidad procesal en tanto no se realizaba una profunda discriminación entre aquellos casos que requerían la realización de un juicio de aquellos que podrían terminarse a través de una salida distinta y menos costosa para el sistema judicial.

De hecho, las estadísticas de los informes del CEJA indicaban que *“en los juicios observados en todos los países, el 57% de los imputados había sido detenido en flagrancia y, por lo tanto al menos potencialmente, se trataba de casos que pudieron haber sido tramitados de forma breve”*¹⁰. Es decir, que los esfuerzos del sistema estaban colocados en realizar juicios para casos en donde los conflictos no se atendían tempranamente y se destinaba el recurso más caro del sistema para su solución.

Ahora bien, en los últimos años se ha comenzado a generar una corriente que ha reposicionado y permitido evolucionar a

8 ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, capítulo 1.

9 Una visión panorámica de este tema puede encontrarse en DINGWALL, Gavin y HARDING, Christopher: *Diversión in the criminal process*, Sweet&Maxell, Londres, Reino Unido, 1998, especialmente pp. 19-37.

10 Los informes de seguimiento de las Reformas Procesales Penales en América Latina pueden encontrarse en el sitio web del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): www.cejamericas.org

las salidas alternativas en el escenario de la reforma procesal penal. Si bien la “función de descongestión” continúa muy presente en las prácticas cotidianas de la región, lo cierto es que se han ido consolidando ciertas experiencias de innovación que nos interesan mencionar en tanto se constituyen como respuestas de calidad vinculadas al conflicto primario.

Un ejemplo de ello lo constituyen los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) de Chile, que comenzaron a funcionar en 2004 en la ciudad de Valparaíso, a partir de un acuerdo interinstitucional entre el Juzgado, la Fiscalía, la Defensoría y otras instituciones médico psiquiátricas, en base a la experiencia norteamericana del Tribunal de Drogas del Bronx (Nueva York). La particularidad del modelo chileno es que estos TTD se aplican utilizando la suspensión condicional del procedimiento, con el fin de que los imputados que presenten un consumo problemático de drogas puedan someterse a la regla de conducta de acogerse a un tratamiento de su situación¹¹.

¿Por qué resaltamos este tipo de iniciativas? Porque logran redirigir la finalidad de las salidas alternas hacia el tratamiento del conflicto primario del imputado, intentando dar una respuesta satisfactoria a su situación problemática, incentivando a que pueda reinsertarse en la sociedad y a que la víctima vea resultados concretos, pacíficos y eficientes por parte del sistema de justicia.

c. Horizonte de trabajo de las salidas alternativas

Dicho lo anterior, ¿cuál es el camino de trabajo? Podríamos organizarlo alrededor de dos grandes desafíos o tareas concretas: por un lado, reconocer los obstáculos y potencialidades de la regulación legal; y por otra parte, repensar los procesos de trabajo de los intervinientes en el procedimiento.

11 Para más información, véase la página web de la Fundación Paz Ciudadana, de Chile: www.pazciudadana.cl

En relación al primer objetivo, el análisis legal de las salidas alternativas requiere una perspectiva más amplia que dé cuenta de cuáles son sus alcances y límites en un proceso adversarial, que prioriza la resolución del conflicto y se lo exige a todos los intervinientes del proceso. Como veremos en el siguiente apartado, los códigos procesales penales de América Latina han seguido una tendencia general en su regulación, pero con ciertas diferencias en cuanto al momento procesal en que proceden, los requisitos para su aplicación, los límites desde el monto y tipo del delito, entre otros factores. Es por ello que se vuelve necesario clasificar cuáles son sus potencialidades y posibles vías de reinterpretación para facilitar su utilización y aumentar su grado de efectividad.

En cuanto a su uso y funcionamiento práctico, las salidas alternativas se convierten en un vehículo muy potente para que los operadores puedan dar tratamiento real a los conflictos. Por ejemplo, desde el Ministerio Público, permitiría que los fiscales puedan generar información de alta calidad sobre posibles instituciones receptoras del imputado para el cumplimiento de reglas de conducta (lo cual redundaría en que sus solicitudes sean consistentes y realistas), como así también desplegar técnicas de acercamiento o favorecimiento para el logro de acuerdos entre el imputado y la víctima¹².

En lo que sigue nos ocuparemos de presentar una clasificación de la regulación legal en los códigos procesales penales, advirtiendo sus alcances, límites y potencialidades prácticas.

12 En los últimos años, los Ministerios Públicos del sistema anglosajón han avanzado en esta idea bajo la denominación de “persecución penal comunitaria”, a través de la cual se generan espacios con la comunidad para discutir el modo en que los imputados podrían contribuirles a través de las reglas de conducta de la *diversion* (suspensión del juicio a prueba). Se pueden encontrar estas experiencias en los sitios web del Public Prosecution Service de Canadá o el Crown Prosecution Service de Reino Unido.

2. La regulación normativa de las salidas alternativas en los CPP de América Latina

Transcurridos más de veinte años desde que comenzara a operar esta nueva oleada de reformas a los sistemas penales en la región, es preciso tener una mayor claridad sobre cuál es el estado actual de la regulación legal de las salidas alternas al proceso judicial.

Para ello profundizaremos nuestra mirada en determinados nudos que consideramos críticos para un adecuado tratamiento, tanto en los acuerdos reparatorios como en la suspensión condicional del procedimiento. Queremos focalizar nuestro análisis en los siguientes planos: a. etapa procesal en la que proceden los acuerdos; b. presupuestos normativos exigidos para su procedencia; y c. existencia de oficinas especializadas o mecanismos de control sobre el cumplimiento de las condiciones impuestas.

A continuación presentaremos dos tablas que indican, en diecinueve países de la región, el estado actual de la regulación normativa de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento. Debemos consignar que en los casos de Argentina y Uruguay, donde se han aprobado recientemente nuevos ordenamientos procesales que aún no han entrado en vigencia, hemos optado por indicar cómo lo regulan ambos códigos. Asimismo, debido a que en Argentina, los estados provinciales han conservado la facultad de dictar sus propias leyes procedimentales, hemos considerado oportuno asentar en nuestro reporte uno de los códigos más modernos del país. Así hemos fijado la regulación normativa de la provincia de Neuquén (2014), que marca una línea de reforma normativa comenzada en la Patagonia a través del código chubutense (2006), y seguida por las provincias de La Pampa (2011) y Río Negro (que entrará en vigencia en junio de 2017).

a. Los acuerdos reparatorios

Países	Etapa procesal en la que podría proceder		Requisitos de procedencia				Mecanismos de control de las reglas acordadas		
	Antes de la formalización ¹³ del procedimiento	¿Hasta qué momento procesal?	Limite por monto de pena	Tipo de delito		Condiciones personales	Otros	¿Existe oficina específica?	En caso negativo, ¿quién controla?
				Procede	Excluidos				
Argentina (vigente)¹⁴	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula
Argentina (NO vigente)	Sí	Audiencia de control de acusación	No tiene	<ul style="list-style-type: none"> Delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas Delitos culpables si no existieren lesiones gravísimas o resultado de muerte. 	<ul style="list-style-type: none"> contexto de violencia doméstica motivada en razones discriminatorias 	<u>Excluye:</u> <ul style="list-style-type: none"> funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo 	No regula <u>Excluye:</u> Instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.	No	MP
Argentina (Neuquén)	Sí	la audiencia de etapa intermedia	No tiene	todos los delitos	No regula	<u>Excluye:</u> <ul style="list-style-type: none"> delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él. 	Siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible.	No	Juez de ejecución
Bolivia	Sí	Audiencia de juicio incluida, antes de dictada la sentencia	No regula	<ul style="list-style-type: none"> delitos de contenido patrimonial delitos culpables que no resulten en muerte. delitos de acción pública 	<ul style="list-style-type: none"> violencia intrafamiliar o doméstica y pública cuando involucre el interés superior de las niñas, niños y adolescentes delitos de corrupción, narcotráfico, que atenten contra la seguridad e integridad del Estado y contra la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las personas¹⁵ 	<u>Excluye:</u> procesos que sea parte el Estado ¹⁶	Reparación del daño o "afianzado suficientemente la reparación". Acuerdo de la víctima/fiscal	No	No dice

	Sí	Hasta la primer audiencia del juicio sumarísimo	Procede: as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa ¹⁸ .	No excluye	No regula	No regula	No regula	No dice
Brasil¹⁷	Sí		delitos de calumnias e injurias (CPP) • Ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação ¹⁹ Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas ²⁰ .	No excluye	No regula	No regula	No	No dice
Chile	No	Audiencia de preparación de juicio	No tiene	Sólo Procede • Afectación a bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial • lesiones menos graves • delitos culposos.	No tiene	No tiene	No	(Registro del MP)
Colombia	Sí (En la conciliación pre procesal)	antes del inicio del juicio oral (mediación)	1. Conciliación pre procesal No fija 2. Mediación	No excluye	No regula	No regula	Sí (equipo principio de oportunidad)	
	No (En la mediación)		delitos perseguibles de oficio	cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado	No regula	víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa		
Costa Rica	Sí	Antes de acordarse la apertura a Juicio	No regula	No regula	Sólo Delincuente primario	Procede: 5. durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño (En los delitos de acción pública) 6. sólo por solicitud expresa de la víctima o sus representantes legales (en los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer)	no	Registro judicial
Cuba	No regula	No regula	1. Falta o contravenciones 2. delitos de acción privada 3. de acción pública a instancia privada 4. Delitos sancionados, exclusivamente con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta Ley.	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula

Ecuador	Sí	antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal	Procede: Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años. ²	<ul style="list-style-type: none"> • Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte. • Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. 	<ul style="list-style-type: none"> • delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, • delitos contra la integridad sexual y reproductiva • delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 	Excluye: las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado	No regula	No	MP
El Salvador	Sí	antes del cierre de los debates en la vista pública	No fija monto	<ul style="list-style-type: none"> • Hechos relativos al patrimonio comprendidos en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal • Homicidio culposo. • Lesiones en su tipo básico y las culposas • Delitos de acción pública previa instancia particular • Delitos sancionados con pena no privativa de libertad. • Delitos menos graves. • Las faltas. 	<ul style="list-style-type: none"> • delitos de hurto agravado, robo, robo agravado y extorsión. 	Excluye: <ul style="list-style-type: none"> • los que hayan conciliado o mediado delitos dolosos de los que trata el presente artículo durante los últimos cinco años. 	Si (Dirección General de Centros Penales y la Procuraduría General de la República)		
Guatemala	Sí	antes de iniciado el debate	Procede: • delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años (Conciliación).	<ul style="list-style-type: none"> • delitos no sancionados con pena de prisión • delitos perseguibles por instancia particular • la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima • el inculpaado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada. <p>Mediación:</p> <ul style="list-style-type: none"> • delitos condicionados a instancia particular, • en los de acción privada • aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, 	<ul style="list-style-type: none"> • delitos de hurto agravado, robo, robo agravado y extorsión. 	Excluye: <ul style="list-style-type: none"> • cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo (Conciliación). • más de una vez al mismo imputado por la lesión o amenaza mediante dolo del mismo bien jurídico (Conciliación). • excepto cómplices o autores del delito que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes (mediación). 	Conciliación: cuando el MP considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial	No	Sin referencia. Sería Juez de paz

Honduras	Sí	Antes de Apertura a Juicio o durante el juicio si es con querrela	Término medio de la pena aplicable al delito no exceda de 6 años.	<ul style="list-style-type: none"> Faltas, delitos de acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular, Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido; Delitos culposos; o Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. 	No regula excluidos	<p><u>Excluye:</u> imputado condenado anteriormente por comisión de un delito o falta;</p> <p>No regula</p>	Convicción del juez de no peligrosidad	No	Sin referencia
México	Sí	Antes de decretarse el Auto de Apertura de Juicio	No fija monto	<ul style="list-style-type: none"> procederá en: <ul style="list-style-type: none"> Las faltas; Los delitos imprudentes o culposos; Los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación Los delitos sancionados con penas menos graves 	No regula	<p><u>Excluye:</u> delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas,</p> <p>No regula</p>	<p>Excluye:</p> <ul style="list-style-type: none"> casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto. 	Si (Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de suspensión condicional)	Los facilitadores judiciales tienen entre sus funciones dar seguimiento a los acuerdos
Nicaragua	Sí	cualquier etapa del proceso HASTA antes de la sentencia o veredicto	No fija	<ul style="list-style-type: none"> Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque. Incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad. 4. Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado. Contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública. Calumnia e injuria. Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto. Falsificación de documentos en perjuicio de particulares. 	No excluye	<p><u>Excluye:</u> delitos contra el Estado cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza</p> <p>No regula</p>	<ul style="list-style-type: none"> Dominio de la autonomía de la voluntad de las partes, rectitud, honradez, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, eficacia, neutralidad, prontitud y buena fe. delitos que permitan desistimiento de la pretensión punitiva. manifestación de la voluntad de la víctima o del imputado, según el caso, de solicitar al derivación a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos no se empleará coacción, violencia ni engaño a la víctima ni al imputado. No se podrá inducir a las partes a una solución o a acuerdos obtenidos por medios desleales 	No	El Juez de Garantía revisa el acuerdo
Panamá	No	antes de la apertura a juicio	No fija monto	<ul style="list-style-type: none"> Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque. Incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad. 4. Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado. Contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública. Calumnia e injuria. Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto. Falsificación de documentos en perjuicio de particulares. 	No excluye	<p><u>Excluye:</u> delitos contra el Estado cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza</p> <p>No regula</p>	<ul style="list-style-type: none"> Dominio de la autonomía de la voluntad de las partes, rectitud, honradez, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, eficacia, neutralidad, prontitud y buena fe. delitos que permitan desistimiento de la pretensión punitiva. manifestación de la voluntad de la víctima o del imputado, según el caso, de solicitar al derivación a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos no se empleará coacción, violencia ni engaño a la víctima ni al imputado. No se podrá inducir a las partes a una solución o a acuerdos obtenidos por medios desleales 	No	El Juez de Garantía revisa el acuerdo

Paraguay	No	la audiencia preliminar	No fija	<ul style="list-style-type: none"> hechos punibles contra los bienes de las personas hechos punibles culposos Casos en que este código o las leyes especiales autoricen la extinción de la acción penal por la reparación del daño. 	No regula	No regula	No regula	<ul style="list-style-type: none"> reparación integral del daño particular o social causado, lo admira la víctima o el Ministerio Público, según el caso. 	No	No dice
Perú	Sí	antes de formulada la acusación	<p>EXCLUYE:</p> <ul style="list-style-type: none"> cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad (delitos que no afecten gravemente el interés público) delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad 	<ul style="list-style-type: none"> Lesiones leves, hurto simple, hurto de uso, hurto de ganado, apropiación lícita común, sustracción de bien propio, apropiación irregular, apropiación de prenda, estaña, casos de defraudación, administración fraudulenta, daño simple, modalidades de libramientos indebidos, delitos culposos, delitos que no afecten gravemente el interés público, 	No regula	EXCLUYE hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.	<p>Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierte que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución.</p>	No	Sin referencia	
República Dominicana	Sí	antes de la apertura a juicio (acción pública) y en cualquier momento (acción privada)	No fija	<p>Procede Conciliación:</p> <ul style="list-style-type: none"> contravenciones Infracciones de acción privada Infracciones de acción pública a instancia privada Homicidio culposo; Infracciones que admiten el perdón condicional de la pena. 	No regula	No regula	No regula	<p>Mediación: sólo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales (en los casos de violencia intrafamiliar y los que afecten a los niños, niñas y adolescentes, el ministerio público).</p>	No	No dice
Uruguay (vigente)	Sí ²¹	Cualquier etapa				Autor adolescente	<p>Informa técnico. previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte²²</p>	No	No dice	

Uruguay (No vigente)	No	(durante todo el proceso)	No fija	<ul style="list-style-type: none"> - delitos culposos; - delitos castigados con pena de multa; - delitos de lesiones personales y delitos de lesiones graves cuando provoquen una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por un término superior a veinte días y no pongan en peligro la vida de la persona ofendida; - delitos de contenido patrimonial; - delitos perseguibles a instancia de parte, excepto delitos contra la libertad sexual; - delitos contra el honor. 	No excluye	No regula	No regula	No	Juez
Venezuela	No	Audiencia preliminar o de apertura de debate si es proc. abreviado	No fija	<ul style="list-style-type: none"> - Hechos que afectaren exclusivamente bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial - delitos culposos contra las personas 	No regula	No regula	<ul style="list-style-type: none"> - consentimiento libre y pleno - sólo se podrá aprobar un nuevo acuerdo reparatorio a favor del imputado o imputada, después de transcurridos tres años desde la fecha de cumplimiento de un anterior acuerdo (delitos carácter patrimonial) 	No	Hay un registro a cargo de un órgano designado por el Poder Judicial

- 13 Imputación formal, queixa.
13 Sólo procede en los delitos de acción privada
14 Ley 025/10.
15 Ley 025/10.
16 “Infrações penais de menor potencial ofensivo” conforme lo regulado en la Ley de Juzgados Especiales Civiles y Criminales N° 9099 del año 2015.
18 Ídem.
19 Ídem.
20 Ley 9009/15.
21 En la Ley 17.823 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, sólo para infractor adolescente.
22 Ídem.

a.1. Etapa procesal en la que proceden

Asumiendo que las salidas alternativas constituyen verdaderas herramientas tendientes a diversificar las respuestas del sistema, gestionar la conflictividad y dosificar la violencia estatal, no debiera haber mayores exigencias procesales para su procedencia. Al final de cuentas, se trata del reconocimiento del conflicto primario entre imputado y víctima, por lo que la ley procesal debiera convertirse en un mecanismo expeditivo e idóneo para su tratamiento, procurando tan solo una genuina verificación del consentimiento de ambas partes sobre los puntos acordados y la ausencia de un excepcional interés estatal superior, sin requerir la superación de etapas procesales, bajo la vieja mirada del “trámite”²³, propia del modelo inquisitivo.

Desde ese enfoque, el presente estudio nos muestra un primer dato muy alentador, ya que, en líneas generales observamos que, en la mayoría de los países de la región, no se requiere del cumplimiento de pasos o etapas procesales para que las partes puedan arribar a un acuerdo reparatorio. Así, como se observa de la tabla que antecede, en el nuevo sistema aún no vigente de Argentina –a nivel federal-, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y República Dominicana no se exige una previa formulación de imputación²⁴ para arribar

.....
²³ Nos referimos a la idea de Binder, en el sentido de que la visión inquisitorial del proceso penal estaba orientada a la lógica de un expediente judicial que era tramitado por encima de los intereses de las partes y de la importancia de una respuesta satisfactoria. Así, el citado autor menciona: “La idea y la práctica del trámite es la ideología de burocracias judiciales que se legitiman y protegen a sí mismas omitiendo más que actuando, mostrando que son confiables en tanto son ineficientes”. Véase BINDER, Alberto: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, Tomo 1, p. 98.

²⁴ Algunos códigos lo denominan de otra manera, tal como formulación de cargos, presentación de imputación, formalización de la investigación, etc. Lo relevante es comprender que estamos haciendo referencia a la audiencia en la cual el acusador –público o privado- le hace saber al imputado, en presencia del juez (a excepción de los ordenamientos procesales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la provincia de Santa Fe, que autorizan que esa imputación se realice ante el fiscal) cuál es el hecho que se

a un acuerdo reparatorio. Bastará ese mero acuerdo para que éste pueda ser presentado ante el fiscal, sin necesidad de una previa preclusión de etapas procesales. A diferencia de estos trece países, contamos con otros cinco países de la región que sí lo exigen (Chile, Panamá, Paraguay, Uruguay en su nuevo ordenamiento procesal y Venezuela). Por su lado, tanto Argentina en el actual ordenamiento procesal federal aún vigente (con excepción de los delitos de acción privada) como Cuba, no regulan los acuerdos reparatorios.

Exigir una previa formulación de cargos para que procedan los acuerdos reparatorios provoca, en la práctica, una burocratización en su tratamiento al establecer un paso procesal que está destinado a otro fin, esto es, a notificar al imputado de los hechos para que pueda efectuar su defensa. Este tipo de requisito normativo impide a las partes solucionar su conflicto de manera inmediata, debiendo esperar una audiencia para presentar el caso ante un Juez que, en la práctica, opera de una manera más bien formal. Así por ejemplo en Chile, este tipo de audiencias son fijadas por bloque (por ejemplo 50 audiencias en media hora), donde se les da un tratamiento formal sin un genuino debate o control. Es preciso desformalizar este tipo de respuestas satisfactorias para ambas partes.

El tratamiento normativo ha sido bien disímil en cuanto al límite temporal para formular un acuerdo reparatorio. Por un lado contamos con países que han fijado el tope en la conclusión de la instrucción fiscal, de modo tal que si se presenta la acusación, los acuerdos ya no proceden (así Ecuador y Perú). Otros códigos han diferido ese límite temporal a la audiencia preparatoria de juicio oral (Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Paraguay

le imputa y cuáles son las pruebas existentes en su contra, a partir del cual comienzan a correr los plazos de la investigación penal preparatoria.

y República Dominicana)²⁵. Hay otros ordenamientos procesales que establecen el límite con el comienzo de la audiencia de juicio oral (Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras y Venezuela), y otros lo admiten incluso comenzado el juicio (Bolivia, Nicaragua y Uruguay).

Las regulaciones normativas que admiten la procedencia de acuerdos reparatorios con posterioridad a la audiencia preparatoria de juicio terminan por generar un desincentivo para una avenencia temprana. Las salidas alternas al juicio deben ser tomadas de manera anticipada para evitar los enormes costos que provoca un acuerdo tardío no solo por la innecesaria congestión del sistema –y la consiguiente pérdida de recursos materiales para procesar hechos más significativos y complejos-, sino también porque termina afectando los derechos de las partes a una rápida solución de su conflicto.

Un acuerdo tardío, celebrado el día que debía comenzar el juicio oral es una tragedia para el sistema. Son enormes los costos económicos que ello provoca. Por un lado, la agenda del tribunal queda bloqueada por el tiempo que iba a demandar la realización del juicio (resulta imposible fijar otro debate en tan poco tiempo); y por el otro, los testigos que fueron citados y concurrieron a declarar en esa audiencia, dejando de realizar sus actividades personales, observan cómo decisiones que podían ser tomadas en otra instancia son adoptadas ese día, afectando sus derechos y aumentando la visión negativa sobre el funcionamiento de la justicia. La lógica burocrática que suele acompañar el funcionamiento del sistema judicial termina por provocar que toda decisión que puede tomarse al comienzo del proceso, sea adoptada, precisamente, ese último día. A pesar de los cambios normativos, los cinco

siglos de cultura inquisitiva dejaron una profunda huella difícil de borrar, por lo que es imperioso pensar en fuertes incentivos para su adecuado tratamiento. Es preciso fijar incentivos claros para la temprana adopción de las salidas alternas.

a.2. Requisitos de procedencia

Como sostuvimos en el primer apartado, comprender al delito desde el conflicto primario supone potenciar los intereses de las partes en las posibles respuestas del sistema. Dicho esto, por regla general, no debiera haber mayores limitaciones normativas para la procedencia de un acuerdo reparatorio. Así interpretado, la regla debiera ser su admisión ante cualquier hecho. Si asumimos lo que significa una verdadera gestión de la conflictividad en una sociedad democrática, no autoritaria, con una morigeración en la violencia estatal (reservada para casos donde su utilización es absolutamente inevitable), los acuerdos reparatorios no debieran ser regulados como una excepción al principio de legalidad, sino antes bien, como un principio en sí, basado en el principio de ultima ratio²⁶, solo limitado frente a un eventual interés superior, que pudiera darse en casos tales como los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, o para determinados delitos que se consideren particularmente graves, tales como delitos contra la vida o la integridad sexual, entre otros. Posiblemente aún falte tiempo de maduración democrática para llevar esta idea a la práctica de una manera acabada.

Sobre este punto, se observa aún cierta discrepancia entre el marco teórico conceptual de los acuerdos reparatorios y su regulación legal. Así, de la tabla expuesta podemos observar que la mayoría de los códigos permiten su procedencia solo en un número reducido de delitos. Algunos de ellos

.....
²⁵ Si bien estos códigos no lo regulan de manera idéntica (algunos hacen referencia al auto de apertura a juicio, otros ponen como límite la audiencia misma), hemos optado por fijarlos en el mismo grupo por cuanto su límite está en la etapa intermedia del proceso penal.

.....
²⁶ RUA, Gonzalo: "El proceso de reforma latinoamericano y su impacto en la selectividad", en AAVV, *Nuevo Proceso Penal y delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, Perú, 2014, p. 213.



solo lo admiten en delitos patrimoniales sin violencia, lesiones leves y delitos culposos, con exclusión de aquellos que incluyen la muerte de la víctima (Bolivia, Chile, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), otros lo limitan exclusivamente a las calumnias e injurias (Brasil), a delitos de instancia privada y aquellos que son sancionados con penas no privativas de libertad (Costa Rica), a un catálogo de delitos específicos (Panamá) o a una suma de algunas de las condiciones aquí establecidas (El Salvador, Dominicana y Uruguay).

Otros códigos circunscriben su procedencia al monto de la pena fijada para el delito imputado. Así, encontramos códigos que solo lo admiten cuando el monto de la escala penal no excede de cinco años (Colombia, Ecuador y Guatemala), de dos años (Perú) o que su media no exceda de seis años (Honduras).

Los códigos aún se muestran reticentes a ampliar el catálogo de delitos que permiten los acuerdos reparatorios, fijando su alcance a un puñado de hechos, limitando así su horizonte de proyección, lo que provoca que en la práctica, se comporten más como una excepción al principio de legalidad, priorizando así el conflicto secundario.

Solo la regulación normativa del Código de Neuquén, Argentina (que es seguido por otros códigos procesales de la Patagonia, como es el caso de Río Negro) parece ser más coherente con el fundamento teórico conceptual de los acuerdos reparatorios, al presentar como única excepción para su procedencia el interés público prevalente, excluyendo solamente a los delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

a.3. Mecanismos de control

De la lectura de los códigos procesales de la región, es fácil advertir que poco se ha avanzado en establecer mecanismos de control profesionales y adecuados para la supervisión de las condiciones fijadas en el acuerdo.

Como se observa en la tabla que antecede, solo Colombia (equipo de control sobre el principio de oportunidad), México (Autoridad de Supervisión de Medidas Cautelares y de Suspensión Condicional) y El Salvador (Dirección General de Centros Penales y la Procuraduría General de la República) han comenzado lentamente a transitar hacia nuevos mecanismos de control, aunque no se cuenta con información sólida que dé cuenta de los resultados obtenidos.

El resto de los ordenamientos procesales han tenido un comportamiento pendular entre otorgarle estas funciones de control a los jueces (Guatemala, Panamá y Uruguay), al Ministerio Público (es el caso del ordenamiento procesal federal argentino, aún no vigente), a los facilitadores judiciales (Nicaragua) o estableciendo solamente un simple registro rutinario (Chile, Costa Rica y Venezuela).

En nuestra opinión, se vuelve necesario que la agenda de la reforma latinoamericana incluya el desafío de diseñar e implementar sistemas de control de los acuerdos a los que arriben las partes. En caso contrario, se corre un doble riesgo: por un lado, que ante su incumplimiento, se produzca una deslegitimación de los acuerdos reparatorios como mecanismos de solución de conflictos y en efecto se tienda a su desuso. Mientras que, por otro lado, se podría generar una inobservancia de las premisas sobre las cuales se ha construido la reforma: que el nuevo sistema entregaría respuestas diferenciadas y efectivas (entre otras cosas, controlables) para cada conflicto.

b. Suspensión condicional del procedimiento

Países	Etapa procesal en la que podría proceder		Requisitos de procedencia				Mecanismos de control de las reglas acordadas ¿Existe oficina específica?	
	Antes de la formalización ²⁷ del procedimiento	Momento hasta el que procede	Límite por monto de pena	Tipo de delito		Otros	Sí	No ¿Quién controla?
				En los que se aplica	Por los que excluye			
Argentina	No		Máximo no superior a 3 años	Delito de acción pública con pena de reclusión o prisión.	<ul style="list-style-type: none"> Cometido por funcionario público. Delito con pena de inhabilitación. Legislación aduanera. Ley penal tributaria. 	No hay		X Juez de ejecución
	No	<ul style="list-style-type: none"> Fin de la etapa preparatoria o En juicio si se modifica calificación jurídica 	<ol style="list-style-type: none"> máximo de pena de TRES (3) años de prisión (sin condena previa o transcurridos 5 años). Mínimo no superior a 3 años de prisión (extranjeros aprehendidos en flagrancia). 	<ol style="list-style-type: none"> 3. Pena no privativa de libertad²⁹. 1. Susceptible de condena condicional. 	<ul style="list-style-type: none"> Delito de funcionario público. Violencia doméstica Razones discriminatorias 	Otros límites: instrucciones del MP	X	
	No	Apertura a juicio	No regula	<ul style="list-style-type: none"> Pena de ejecución condicional 	<ul style="list-style-type: none"> Delito doloso imputado a un funcionario público Delito únicamente reprimido con pena de inhabilitación 	No hay.	X	

Bolivia	No	Audiencia de Juicio Incluida, antes de dictada la sentencia	Pena privativa de libertad que no exceda de tres años	No regula delitos a los que se aplica	Delitos de corrupción.	No procede: <ul style="list-style-type: none"> condena anterior por delito doloso, en los últimos cinco años. reincidente se le hubiera aplicado alguna salida alternativa por delito doloso. Requiere: <ul style="list-style-type: none"> reparación del daño 	X Juez de Ejecución
Brasil ³⁰	No	En la audiencia después de presentada la denuncia. Al momento de dictar sentencia si hubo cambio de calificación legal.	Pena mínima igual o inferior a un año.	No regula tipo de delitos	Justicia Militar	<ul style="list-style-type: none"> Cuando no este siendo procesado/no haya sido condenado por otro crimen (salvo que sea multa) Cuando não seja reincidente em crime doloso Cuando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; Cuando no proceda uma pena restrictiva de derecho en lugar de una pena privativa de libertad 	X (Juez Especial Civil y Criminal)

Chile	No	Audiencia de preparación de juicio oral	Menor a 3 años de privación de libertad	No regula tipo de delitos pero se someten a decisión del Fiscal Regional: delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas,	No regula	• Presencia de defensor • Sin condena anterior por crimen o simple delito. • Si no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos	X Registro del MP y Juez de garantías
Colombia	No	Antes de la audiencia de juzgamiento	Para los delitos perseguibles de oficio (...) cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado	Delitos perseguibles de oficio (...) cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado	No regula	Libre consentimiento de imputado y víctima	X (MP: Equipo de Principio de oportunidad)
Costa Rica	No	Antes de la apertura a juicio	• Sólo penas no privativas de libertad	Excluye: • delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas	• Delincuente primario • Admisión del hecho por el imputado • Acuerdo de la víctima • No tuvo SPJ o extinción de acción penal por conciliación en los 5 años anteriores	Si (oficina especializada, Dirección General de Adaptación Social)	
Cuba	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula



Ecuador	No regula ³¹	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula
El Salvador	No	Al concluir la instrucción, en audiencia preliminar	Pena no mayor a 3 años	Delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad ³²	Admisión de los hechos que se le imputan • Reparación de daño	No	No regula	Juez de vigilancia
Guatemala	No	Etapas intermedia – vencimiento de la investigación)	Pena máxima no exceda de cinco años de prisión	Aplicable a: • delitos culposos • delitos contra el orden jurídico tributario ³³ .	No excluye tipo de delito	No	No	Juez de ejecución
Honduras	No	Antes de apertura a juicio	Término medio de la pena aplicable al delito no exceda de 6 años.	No regula delitos de procedencia	• No regula delitos excluidos	Sí	Sí	Juez de letras
México	No	Antes de acordarse la apertura a juicio	Aritmética de la pena no exceda de cinco años	No regula delitos de procedencia	No regula delitos excluidos	Sí	Sí	(La Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso)
Nicaragua	No	Convocatoria a juicio	No regula	Delitos imprudentes o menos graves	Excluye: • delitos contra el Estado • cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios	No	No	(Registro Nacional de personas beneficiadas con la suspensión condicional de la persecución penal del IMP – Juez)

Panamá	No	Auto de apertura a juicio	Penal que no exceda de tres años ³⁴	Aplicable a ³⁵ : • Delitos con pena de arresto de fines de semana • Delitos con pena de prisión domiciliaria o de días-multa.	No regula delitos excluidos	• Que el imputado haya admitido los hechos. • Que el imputado haya convenido en la reparación de los daños causados	No	Juez de garantías
Paraguay	No	La audiencia preliminar	Condena a pena privativa de libertad de hasta dos años ³⁶	• No regula delitos	No regula delitos excluidos	• Imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan • Acuerdo reparatorio. Excluye: • Se encontraba en período de prueba por otro hecho. • Condena durante los cinco años anteriores al hecho punible, a una o más penas que, en total, sumen un año de prisión o multa	No	Juez de ejecución/ Paz
Perú	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula
República Dominicana	No	Apertura a juicio	Condena conlleva una pena privativa de libertad igual o inferior a cinco años	No regula tipo de delito	No excluye tipo de delito	• Imputado no haya sido condenado penalmente con anterioridad. • Admisión de los hechos que se le atribuyen • Reparación de los daños causados / acuerdo o garantía	No	Juez ejecución
Uruguay	(vigente)	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula	No regula
	(No vigente)	No	Vencimiento para presentar acusación o sobreseimiento	La pena mínima prevista en el tipo penal menor a los tres años de penitenciaría	No regula tipo de delito	• Cuando el imputado se encuentre cumpliendo una condena; • Cuando el imputado tuviera otro proceso con suspensión condicional en trámite.	No	No regula (MIP)

Venezuela	No	La apertura a juicio	No exceda de ocho (08) años en su límite máximo	No regula tipo de delito	Excluye: <ul style="list-style-type: none"> · homicidio intencional · violación · Delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; · Secuestro, · El delito de corrupción, · Delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; · Tráfico de drogas de mayor cuantía, · Legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, · Delitos con multiplicidad de víctimas, · Delincuencia organizada, · Violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad · Delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación · Crímenes de guerra 	Admisión del hecho <ul style="list-style-type: none"> · No se encuentre sujeto a esta medida hubiere acogido a esta alternativa dentro de los tres años anteriores. 	No	(Delegado de prueba designado por Juez)
-----------	----	----------------------	---	--------------------------	---	---	----	---

27 Imputación formal, queixa.

28 Se incluye regulación del C.P. por remisión del art. 293 del CPP.

29 Los supuestos del 1 al 4 son alternativos.

30 Las respuestas son conforme lo regulado en la Ley de Juzgados Especiales Civiles y Criminales N° 9099 del año 2015.

31 El anterior CPP sí regulaba la SCP pero desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal no está más.

32 Cantidad de pena y este son alternativos.

33 Declarado inconstitucional.

34 Según el art. 98 C.P. por remisión del 215 C.P.P., condiciones para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena.

35 Ídem.

36 Según el art. 44 C.P. por remisión del 21 C.P.P., condiciones para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena.

b.1. Etapa procesal en la que proceden

Al tratarse de una decisión jurisdiccional, todos los ordenamientos procesales exigen que se hayan formalizado los cargos, lo cual resulta correcto. Sin embargo, hay códigos que requieren, a nuestro criterio innecesariamente, una evaluación sustantiva sobre el mérito de la prueba. De ese modo, México exige para su procedencia que se haya dictado un auto de vinculación al proceso³⁷, mientras que los Códigos de Procedimiento Penal de Venezuela y de Nicaragua requieren la previa presentación de una acusación.

Decíamos que son exigencias innecesarias por cuanto, si uno de los objetivos principales de las salidas alternativas es la pronta descongestión del sistema para poder procesar hechos más complejos, pierde sentido requerir la sustanciación de una investigación penal preparatoria que dé lugar a una posterior acusación, que no será sostenida en juicio. La exigencia de actos procesales tales como analizar el mérito sustantivo de la prueba o la presentación de una acusación, le están quitando a esta salida el dinamismo pretendido, ritualizando un procedimiento que debiera ser expeditivo y eficaz.

En cuanto al momento procesal en que se extingue la posibilidad de acordar este tipo de salida, también contamos con distintas regulaciones. Hay códigos –en su gran mayoría– que han fijado el límite temporal en la audiencia preparatoria de juicio (Argentina, Chile, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana), otros lo permiten hasta la presentación de la acusación (Uruguay), otros lo establecen en el comienzo de la audiencia de Juicio (Colombia, Honduras, Nicaragua y Venezuela), y, por último, hay ordenamientos procesales que permiten arribar a este tipo de acuerdos en el juicio mismo (Bolivia y

Brasil). Por su lado Cuba, Ecuador y Perú no regulan este tipo de salida alterna al conflicto. Al respecto, reiteramos nuestra postura sostenida en los acuerdos reparatorios de fijar el límite temporal en la audiencia preparatoria de juicio oral.

b.2. Requisitos de procedencia

Los códigos de la región, en líneas generales, aún mantienen una visión más bien minimalista del instituto de la suspensión condicional del procedimiento, limitando su procedencia tanto a través de determinados montos de pena, como de delitos imputados.

Así, hay códigos que limitan su aplicación a aquellos delitos cuyo monto no excede de tres años de pena de prisión (Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Panamá y Uruguay), en cinco años (Colombia, Guatemala, México y República Dominicana), en un año (Brasil), en dos años (Paraguay), en un término medio que no exceda de seis años (Honduras) y en ocho años (Venezuela). Por otro lado, hay ordenamientos procesales que limitan su procedencia a delitos que no estén reprimidos con pena privativa de libertad (Costa Rica) y delitos imprudentes o menos graves (Nicaragua).

Al igual que lo afirmado para los acuerdos reparatorios, creemos que si lo que se busca con este instituto es la solución del conflicto, teniendo presentes los intereses del imputado y la víctima, las excepciones a su procedencia debieran ser menores. El límite fijado por el monto de pena nada dice sobre el conflicto en sí, ni sobre la posibilidad de obtener una salida de calidad. Es preciso una nueva mirada sobre estos institutos. Los ordenamientos procesales debieran ser más amplios en esta materia, permitiendo la procedencia de este tipo de acuerdos, sujetos a la satisfacción de la víctima y a la existencia de una respuesta de calidad. Rehenes del pensamiento inquisitivo y su tradición, continuamos bloqueados en la manera en que focalizamos los institutos procesales, más preocupados por límites punitivos que nada dicen sobre el conflicto en sí, y sin preocuparnos, en definitiva, por acuerdos que gestionen eficazmente los conflictos.

.....
³⁷ El auto de vinculación al proceso se encuentra establecido en la Constitución Política Federal de México y consiste en una evaluación que el Juez debe realizar sobre el mérito de la prueba. Así, el art. 192 del Código Nacional de Procedimientos Penales exige el auto de vinculación al proceso para que sea procedente la suspensión condicional del proceso.

b.3. Mecanismos de control

Al igual que los acuerdos reparatorios, los mecanismos de control aún son muy precarios y poco profesionales, existiendo pocos avances en la materia.

Hay muchos códigos que mantienen aún al juez de ejecución a cargo de su control (Argentina en su código federal aún vigente, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y República Dominicana)³⁸. Otros dejan esta función en otro tipo de juez (Brasil pone a cargo a un juez especial criminal, mientras que Honduras le asigna competencia a un juez de letras). Otros lo dejan en cabeza de un funcionario judicial (Venezuela se lo asigna a un delegado de prueba). Por su lado otros países optaron por dejar este control en cabeza del Ministerio Público (Colombia y Uruguay), mientras que otros se acogieron a un simple registro (Chile y Nicaragua).

Por su lado solo Argentina, México y Costa Rica han fijado la existencia de una oficina especializada en este tipo de controles, aunque sus avances son muy recientes. En Argentina se han establecido oficinas en las provincias de Santiago del Estero (2013), Entre Ríos (2014) y la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe (se trató de un plan piloto que arrancó en el año 2013 y que no se mantuvo). En México se estableció en Morelos (2011), Baja California (2012), Tabasco (2012), Puebla (2013), Hidalgo (2013), Zacatecas (2013), Nuevo León (2013), Oaxaca (2013), Sinaloa (2013), entre otros³⁹.

Tal como lo hemos afirmado para los acuerdos reparatorios, la inexistencia de estos mecanismos genera un escenario de

incertidumbre para el juez al momento de imponer las reglas de conducta en tanto toma la decisión sabiendo que no habrá un organismo a cargo de su control. Por lo mismo, en caso de no cumplirse, se produce un desincentivo para que otros jueces apliquen esas salidas.

Por eso afirmamos que el éxito o el fracaso en el funcionamiento de los sistemas reformados están muy ligados a los incentivos e instrumentos que les entregamos a sus operadores para que puedan poner en práctica los nuevos mecanismos procesales para resolver los conflictos penales.

La corta experiencia de las oficinas especializadas que se han creado en los últimos años nos demuestra que su existencia generó un incentivo para el cumplimiento de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva o las reglas de conducta en el marco de la suspensión del juicio a prueba. Tomando como ejemplo el caso argentino, podemos observar que la oficina de Rosario (Santa Fe) tuvo índices de cumplimiento cercanos al 90% mientras que en la oficina de Santiago del Estero estuvo cerca del 70%⁴⁰. En ambos casos, incluso con presupuestos y recursos limitados, podemos observar que el sistema envía señales positivas e incentivan a que los intervinientes promuevan la utilización de salidas distintas al encarcelamiento o al proceso judicial tradicional.

3. Una visión crítica y propositiva sobre su uso y funcionamiento en la actualidad

Luego de haber pasado revista por la actualidad normativa de los Códigos Procesales Penales de la gran mayoría de los países de la región, fácil es advertir los inconvenientes que se suscitan para la correcta aplicación de las salidas alternativas al proceso tradicional.

38 Un claro ejemplo sobre la ineficacia de este sistema es el caso de Argentina. En la investigación llevada a cabo por el INECIP sobre "el estado de la prisión preventiva en la Argentina" se pudo comprobar que los Ex Patronatos de Liberados que revestían entre sus funciones la supervisión de las suspensiones condicionales del procedimiento, no ejercían el control de estas medidas en forma adecuada, debido a que también se encargaban de supervisar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a las personas liberadas luego de cumplir parte de su condena en prisión (el informe puede ser revisado en www.inecip.org).

39 Estos datos fueron relevados del informe "Oficina de medidas alternativas y sustitutivas (OMAS). Prácticas y estrategias", INECIP, Open Society, Buenos Aires, 2016, pp. 136-153.

40 GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel y PEÑALVER, Tamara: "Las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas. Estado de situación en Argentina", en revista *Pensamiento Penal*, edición 189, Buenos Aires, 2014.

Cómo adelantáramos en el primer capítulo, podemos observar dos grandes desafíos para potenciar este tipo de respuestas. Por un lado, reconocer los obstáculos normativos existentes en los ordenamientos procesales, de modo de poder superarlos y ampliar el uso de este tipo de respuestas frente al fracaso rotundo que el sistema penal ha mostrado tanto en la aplicación efectiva de las penas, como en la pasividad, inoperatividad y falta de respuestas en la enorme mayoría de los asuntos penales⁴¹.

Por el otro lado, se observa una imperiosa necesidad de repensar los procesos de trabajo de las instituciones que componen el sector justicia para que, finalmente, el horizonte de proyección de este tipo de acuerdos (reparatorios y suspensión condicional del procedimiento) deje de ser una mera reproducción de las respuestas propias del viejo molde inquisitivo: despreocupado por la calidad de la salida, el interés de los involucrados y el control sobre lo resuelto. Es necesario un compromiso mayor de las instituciones y una readecuación de los modelos de gestión.

Con respecto al primer objetivo, esto es, la readecuación normativa, es preciso apuntalar el funcionamiento de las salidas alternas a la pena a través de una estructura legal coherente con los postulados tenidos en cuenta con su instauración.

A riesgo de repetir algunos conceptos, no debemos olvidar que las salidas alternativas no son otra cosa que un mecanismo destinado, en primer lugar, a la búsqueda de respuestas de mayor calidad, que satisfagan a las partes y que involucren una menor dosis de violencia estatal. No se trata de otra cosa que reconocer el conflicto entre imputado y víctima y darle preeminencia en la búsqueda de soluciones que satisfagan sus intereses. Y como segundo objetivo, se pretende a través de su aplicación, provocar una descongestión en el sistema penal, de modo tal de permitir que el Ministerio Público

Fiscal pueda ocuparse de los casos más graves y complejos, procurando torcer la selectividad burocrática que termina por ocuparse solo de procesar los hechos más burdos y toscos, deslegitimando así la respuesta punitiva del sistema penal.

Estos dos objetivos centrales parten de un presupuesto teórico conceptual: el reconocimiento de que en una sociedad democrática se deben gestionar los conflictos de modo tal de dejar solo la pena penal para los hechos más graves y significativos (principio de *ultima ratio*), asumiendo que el conflicto primario que subyace a un caso penal es el que involucra a las partes, esto es, víctima e imputado, y no al Estado. La infracción a la norma y los intereses del Estado son parte de un conflicto secundario que, sólo en determinados casos, podrá tener igual o mayor entidad que el conflicto primario y bloquear, de ese modo, la posibilidad de que las partes puedan arribar a un acuerdo (por ejemplo, delitos contra la vida, actos de terrorismo, etc).

La regulación normativa de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento no puede ir por fuera de estos principios. Dicho eso, es preciso reconocer que la regla debiera ser que todos los hechos son pasibles de acuerdo entre las partes, para luego procurar determinar en qué casos podría haber un excepcional interés público prevalente que inhiba la posibilidad de acuerdo entre las partes. La línea trazada por los códigos de Neuquén, Río Negro y el proyecto de Código Procesal Penal presentado en el año 2015 en la provincia de La Rioja, Argentina, resultan ser los ordenamientos procesales que adecuan en mayor medida las normas procesales con los postulados de dichos institutos⁴².

41 No se debe olvidar que en la región el porcentaje de casos archivados sigue siendo superior al 50%.

42 El art. 106 del Código Procesal Penal de Neuquén regula los acuerdos reparatorios del siguiente modo: "Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los siguientes casos: ... 5) cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible. No corresponderá

Por otro lado, en sociedades como las nuestras, donde el aumento significativo de escalas penales es moneda corriente, utilizada inútil e hipócritamente como herramienta para combatir la inseguridad y como soporte a las campañas electores, resulta absurdo limitar este tipo de respuesta a un tope punitivo, que nada dice sobre un posible interés público preeminente, y que frente al avance de la criminalización primaria y el endurecimiento de penas constantemente ve reducido su ámbito de acción. Pareciera ser que la mejor manera de regular los límites a los acuerdos está dado por un binomio establecido de manera abierta, desplazando así a modelos rígidos y pétreos que no permiten observar el duelo de intereses que ocurre en cada hecho y que es imposible determinar a priori cuál tiene preferencia (interés estatal en el castigo de un hecho grave para institucionalizarlo, e interés de las partes en arribar a una salida alterna). Por un lado, el Ministerio Público Fiscal, a través de directivas generales de actuación, podrá limitar su aplicación a través de la fijación de supuestos donde perciba un interés público y su preeminencia en el caso –sujeto a control judicial-, y por el otro, a través de decisiones de política criminal fijadas por el Congreso, donde se disponga en qué delitos concretamente se considera de por sí que está comprobado ese interés público preeminente (por ejemplo, prohibir los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento en determinados hechos tales como delito de terrorismo, contra la vida, cometidos contra menores, por funcionarios públicos, etc). El reconocimiento de los derechos de las partes a resolver sus conflictos, el principio de *ultima ratio* entendido como un mandato dirigido a los operadores del sistema penal a aplicar menor contenido de violencia estatal posible, y la honda relación entre democracia y derecho penal impide mantener modelos que sólo habilitan las salidas alternativas al proceso penal en un puñado minúsculo de casos. Esta forma de observar las salidas alternas parte

la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él”.

de considerar como principio su procedencia, salvo excepciones concretas, potenciando así su comprensión y utilización.

El segundo plano normativo que queremos destacar está dado por los términos y condiciones procedimentales para su aplicación. Creemos que para evitar que estos institutos caigan en una visión de “trámite”⁴³, donde los operadores del sistema se despreocupen si la salida otorgada es efectivamente una respuesta de calidad, y que sirva a su vez para descongestionar el sistema, se requiere que estas decisiones operen en forma temprana. Para ello es preciso prescindir de toda exigencia legal de realizar determinados actos procesales (resolverlo en una primera audiencia), limitando su aplicación a un plano temporal (se podrá acordar hasta la primera audiencia preparatoria de juicio). Hemos observado que, en los sistemas donde se permite arribar a salidas alternas hasta la fecha de realización del juicio oral, las partes encuentran incentivos para acordarla ese día, aprovechando la presencia de todos los interesados⁴⁴. Pero también debemos destacar que, en algunos países donde los acuerdos solo pueden ser presentados hasta la audiencia preparatoria de juicio, las partes se preocupan ese día para “comenzar a dialogar” sobre un posible acuerdo, pidiendo indefinidas suspensiones de audiencias para arribar al mismo.⁴⁵ Por ello remarcamos

43 Afirma Binder que “los altísimos niveles de burocratización del sistema penal, fenómeno que facilita y oculta la selectividad, hacen que la gran mayoría de las actividades (investigación, juzgamiento, ejecución y muchas veces hasta la defensa) se conviertan en trámites, es decir en una secuencia de actividades enlazadas por razones formales o mera costumbre, de la que muchas veces ni siquiera alguien logra dar cuenta de su razón u origen”. Véase BINDER, Alberto, *Análisis Político Criminal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 56.

44 Cabe recordar lo mencionado en el punto 1.a en lo relativo al informe sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires. Durante el período 2002-2009, se realizaron un promedio de 50% de acuerdos abreviados, 31% de suspensión del juicio a prueba y 19% de juicios. En los dos primeros casos, tales salidas se acordaban cuando los juicios ya se habían agendado o en ese mismo día.

45 En la reciente investigación realizada por el CEJA “Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Chile a diez años de su implementación en todo el país”, pudimos comprobar que las audiencias preparatorias de juicio eran usualmente suspendidas para comenzar a negociar posibles acuerdos entre las partes.

que solo en una primera audiencia se pueda arribar a este tipo de salidas.

Con respecto al segundo de los objetivos, esto es, repensar los procesos de trabajo para optimizar el uso de las salidas alternativas, nos concentraremos en dos enfoques puntuales.

Por un lado, la necesidad de una nueva política de gestión de parte del Ministerio Público Fiscal para poder visualizar rápidamente los casos en que se puede obtener una salida de calidad a través de los acuerdos. A pesar de los enormes cambios realizados los últimos veinte años en la reingeniería organizacional del Ministerio Público, aún, en líneas generales, no hemos logrado obtener cambios significativos en esta materia. El escaso uso de las salidas alternas al conflicto exhibido a través del informe del CEJA citado en este trabajo da cuenta de ello. Es preciso al respecto que la institución encargada de llevar adelante la acusación cuente con un área que no solo se ocupe de llevar adelante los casos en que se busca obtener respuestas rápidas, sino que también tenga establecidos plazos máximos para arribar a acuerdos, control interno sobre el desempeño profesional (cumplimiento de esos plazos fijados como metas institucionales) y una vinculación directa con la comunidad, para poder comprender de manera más precisa cuáles son los conflictos que allí operan y las necesidades de la comunidad.

El Ministerio Público Fiscal debe mantener ese contacto fluido con las otras agencias del Estado y con la sociedad civil para poder internalizar con qué insumos cuenta para establecer condiciones adecuadas para la gestión de los conflictos. Aún es frecuente observar en los sistemas judiciales la falta de información con la que cuentan los fiscales para procurar condiciones que, de algún modo, se orienten en beneficio de la comunidad y de los intereses de las partes. Así, termina por ser frecuente el uso de condiciones tales como el cumplimiento de tareas comunitarias en determinado centro asistencial, sin verificar si esa condición guarda algún tipo de relación con el conflicto que une a la víctima, al imputado y a la

comunidad. En esta materia todavía se observa un comportamiento francamente amateur y poco ingenioso de parte de los Ministerios Públicos de la región en la selección de condiciones habilitantes para gestionar eficazmente los conflictos.

Por otro lado, la falta de adecuados mecanismos de control exhibe, quizás como ninguna otra, la falta de preocupación del sistema por la efectiva vigencia de los derechos que pregona respaldar con sus decisiones. Es francamente desalentador que aún no exista una preocupación real y genuina por la falta de control de las condiciones que un juez impone como parte del acuerdo. La falta de cumplimiento de un acuerdo arribado entre imputado y víctima, y la ausencia de medios sólidos de control sobre esas pautas re victimiza nuevamente al agredido quien ve cómo la justicia se despreocupa sobre su situación.

Recién en los últimos años se comenzó a trabajar sobre la instalación de oficinas de control de las medidas alternas a la prisión preventiva y a las condiciones acordadas por las partes (OMAS). Estas oficinas, que ya funcionan en México, Puerto Rico y en las provincias de Entre Ríos y Santiago del Estero, en Argentina, está dando sus primeros pasos en el control de las pautas establecidas en los acuerdos y tienen como misión, frente al incumplimiento reiterado, informar a las partes para que puedan realizar los planteos respectivos. Para ello debe establecer un plan de supervisión diferenciado según los niveles de riesgo que existan sobre el incumplimiento del acuerdo, evitando así tener una mirada única y burocrática frente a conflictos sumamente diferentes⁴⁶.

Sin duda que la readecuación de los mecanismos de control sobre el cumplimiento de las salidas alternas a la prisión resulta un paso ineludible para su adecuado tratamiento.

.....
⁴⁶ Sobre los objetivos de las OMAS y los diferentes planos de supervisión, ver el informe antes citado.



Los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en la región y su aporte al acceso a la Justicia

Entrevistas realizadas por Constanza Gigena, abogada investigadora de CEJA.

- 1 ¿Cuál es el estado de situación de los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial en su país?
- 2 A su juicio, estas iniciativas ¿han contribuido a mejorar el acceso a la justicia de aquellos grupos en mayor situación de vulnerabilidad?
- 3 ¿Cuáles han sido las principales dificultades en la consolidación de estas estrategias como políticas públicas estables en el sector de justicia?

Ulf Christian Eiras Nordenstahl (Argentina)

Formado en historia y abogacía, se especializó en resolución alternativa de conflictos. Actualmente dirige el programa de Mediación Penal del Ministerio Público de la Provincia del Neuquén, en la Patagonia argentina; previamente coordinó el Programa de Mediación del Poder Judicial de Tierra del Fuego y también la Oficina de Asistencia a Víctimas y Mediación Penal del Ministerio Público en San Martín, provincia de Buenos Aires.

1

En realidad uno tendría que partir de otro paradigma: que el proceso fuera alternativo a las formas pacíficas de resolución de conflictos, ¿no? Lamentablemente quedó la excepción como regla, pero en los últimos 20 años en Argentina se ha dado todo un movimiento en pos de promover otros mecanismos que no sean la justicia ordinaria, tradicional. Desde una mirada conceptual ese movimiento en búsqueda de

estos métodos alternativos tiene dos vertientes: una es la de aquellos que entienden que realmente es una apuesta a los modos de organización social en construcción de paz, y la mirada de aquellos que ven una forma de desagotar los vericuetos judiciales.

Al momento de plantear un programa de métodos alternativos e imaginar su definición, siempre priorizamos el primer concepto, esto es, la idea de contar con espacios de diálogo para las personas. Pero cuando uno tiene que definirlo ya legislativamente u obtener los recursos, el discurso más práctico es decir que eso va a permitir que los jueces tengan menos trabajo. Eso ayuda, me lo enseñó un legislador en el segundo intento de tener una ley en Buenos Aires: “cuando usted diga que con eso va haber menos trabajo en tribunales, ahí le van a aceptar la ley”. Conceptualmente existen esas dos vertientes y van conviviendo: los operadores del sistema judicial ven la posibilidad de resolver situaciones que no están pudiendo resolver dentro del ámbito jurisdiccional y los operadores externos lo ven desde un posicionamiento y una puesta en valor de la comunicación y de los modos pacíficos

de resolver conflictos, ven cómo construir ciudadanía quitando poder a quienes lo ejercen de esa manera.

En esos dos campos Argentina se viene desarrollando –hay que pensar que es un país federal, por lo tanto son 24 jurisdicciones–, distintos contextos y distintas realidades permitieron que se desarrolle y se fuera dando en estos 20 años de forma muy diferenciada, relacionado con las características propias de cada lugar, la idiosincrasia de las comunidades y las posibilidades concretas de poder desarrollar un programa de este tipo. Digamos que la Argentina es muy rica en ese sentido; uno va por las provincias y cada una tiene distintas modalidades, distintas formas, todas son legítimas, todas son construidas creo que desde la buena voluntad, algunas funcionarán de una manera o de otra, no hay mejor ni peor. Yo creo que esto es de destacar. Destacar también cómo se fue apropiando la sociedad esos mecanismos y esos espacios que antes estaban circunscriptos a la actividad judicial, ese también creo que es otro punto a favor en el desarrollo en estos veinte años.

Hoy al hablar de mediación, conciliación, mesas de diálogo en Argentina, todos comprenden el término. Es difícil que alguien diga “no sé de qué están hablando”, con distintas y diferentes opiniones y hasta en cómo se imaginan que pueden ser esos espacios, pero está instalado el tema. Falta mucho por recorrer, más que todo por las resistencias internas del Poder Judicial entre otras cosas y también creo que por la falta de aceptar desafíos por parte de la sociedad civil. Por ejemplo, en el campo académico universitario es donde menos se desarrolló. Fue una construcción al revés de lo que uno se imagina: no desde lo académico a lo social sino desde lo comunitario. Hoy en la academia se está tratando de incluir el tema. Yo creo que también la Argentina tiene una historia que permite esto; siempre son las crisis las que provocan las oportunidades y Argentina tiene una historia cíclica de crisis, eso hace también que la gente tenga que tomar decisiones; hace quince años el carácter asambleario y de toma de decisiones comunitarias marcó un hito. Hay países que no entran en crisis y no tienen estas experiencias, terminan siendo discusiones teóricas.

Volviendo al desarrollo en el país, contradictorio con lo que estoy diciendo, se dio porque los Poderes Judiciales sostuvieron programas internos de métodos alternativos, no tanto por la sociedad civil. Esto se debe en parte a algo que es lógico: el Poder Judicial es el

más conservador, es el que menos cambios produce y cada vez que instala un programa es muy difícil después desinstalarlo; hasta por inercia sigue funcionando. En cambio en el campo político cuando el Estado instala un programa depende del color o tinte político de turno y de los fondos y presupuesto que tenga. Los programas de métodos alternativos, de mediación comunitaria, familiar y mesas de diálogos que se dieron dentro de la sociedad civil provenientes del Estado político duraron lo que duró el presupuesto de esos programas. Esto también produce la frustración de quien es el operador que piensa “yo venía con ganas de trabajar en algo y se me terminó”. En cambio en el Poder Judicial muchas veces se olvidan del programa y sigue funcionando.

En Argentina el Poder Judicial fue el que permitió que esto siguiera funcionando en el área civil, en familia e inclusive se ha instalado en lo que es el fuero penal; se ha podido desarrollar y hoy en día de las veinticuatro jurisdicciones hay veinte que tienen programas de mediación dentro del fuero penal cuando hace quince años cuando empezamos a hablar del tema nos veían como locos, como algo utópico. Hoy casi todas las provincias tienen mediación penal.

2

Es muy peligroso mezclar estos dos conceptos y te digo por qué. El acceso a LA justicia -con el artículo “la”– habla de la justicia jurisdiccional, o sea del Poder Judicial tradicional, es un servicio que brinda el Estado al que muy pocas personas pueden acceder. Principalmente, las personas que están en mayor grado de vulnerabilidad tienen mayor dificultad para acceder al servicio de justicia. Pensar estos métodos y estos dispositivos como una forma de que los sectores más vulnerables tengan acceso a la justicia yo creo que es precisamente lo que no se debería hacer. Lo que habría que lograr es que las personas más vulnerables tengan el acceso a LA justicia, puedan contar con un patrocinio letrado, la posibilidad de ir a juicio, de enfrentar un tribunal, poder pasar las instancias superiores y llegar hasta instancias internacionales. Eso sería acceso a la justicia para sectores vulnerables, no sé si políticamente se entiende. Yo quiero que se distinga, pensar, mezclar y decir que el acceso a la justicia para los sectores más vulnerables son estos métodos alternativos es precisamente marcar que hay dos sistemas de justicia: la de los sectores no vulnera-

bles -que es la justicia que pagamos entre todos con los impuestos- y la justicia menor, para personas más vulnerables y que mantenemos con programas comunitarios. Yo creo que es muy peligroso y está muy difundida esa idea de que los métodos alternativos son una forma de acceso a la justicia.

Ahora bien, si hablamos de acceso a justicia sin el artículo "la" uno podría entender que estamos hablando de lo que cada uno entiende como justo, de lo que cada uno entiende como equidad. En ese sentido, en todas las formas de resolver conflictos en los cuales el que participa entiende que se está realizando algo justo, es una forma, es un método de justicia y es un acceso a justicia. Ahí yo hago la diferencia si estamos hablando de justicia como valor y no como servicio judicial; entonces sí todos estos métodos alternativos le sirven a los sectores más vulnerables y principalmente a los sectores no vulnerables también. Nada obsta que puedan encontrar caminos alternativos a lo que es el tradicional para resolver sus conflictos. Desde ahí yo entiendo que si hablamos de acceso a justicia, sí todos estos dispositivos permiten que la persona pueda entender que se está llegando a una solución justa. Ahora si hablamos de acceso a LA justicia yo no involucraría los métodos alternativos, yo diría acá hace falta empoderar a las personas, a los grupos más vulnerables para que ellos puedan acceder como cualquier otro a un servicio de justicia e instar ante los jueces que así lo desean. Con relación a esto yo trato siempre de hablarlo porque creo que uno tiene una formación y una postura ideológica y no puede dejar de decirlo, no puede hacerse el distraído y decir que todo es lo mismo; no lo es y está bueno plantear la diferencia.

3

Un poco ya lo había adelantado. Hay Constituciones provinciales que tratan como política pública la resolución alternativa de conflictos. Hay Códigos Procesales Penales como el de Neuquén por ejemplo que enuncia en su artículo 17 que los jueces procurarán la resolución de un conflicto antes que la aplicación de una sanción penal. Es decir, pone en manos del fiscal y del juez no la resolución de la causa sino la resolución del conflicto, los hace salir del expediente judicial. Hay ciertos avances inclusive en el campo legislativo y en las instituciones, en ese sentido.

Por otro lado hay mucha resistencia interna, pero no es una resistencia que esté basada en criterios dogmáticos o filosóficos sino más bien tiene que ver con la forma en que se fueron dando en estos últimos años las reformas en los países de América Latina. Acá me refiero principalmente a los sistemas procesales penales, los movimientos hacia el sistema acusatorio y todo eso. Sí, se cambiaron todas las leyes, pero los operadores son los mismos, la misma gente de hace veinte años que ahora les estás diciendo que tienen que hacer otra cosa. La resistencia pasa más que nada por allí, porque comprenden y dicen "sí, está muy bueno esto pero yo no quiero aprender ahora". Hay que deconstruir toda una formación, una práctica y desarrollar una nueva. Creo que es un trabajo que va muy despacio, se va a dar y está en camino pero no sé si vamos a llegar a verlo. Las dificultades se dieron en ese marco.

Otra dificultad que señalaba antes es la no apropiación de los sistemas universitarios, su no inclusión en los programas de estudio en todas las carreras; el poco desarrollo de lo que son estos métodos dispositivos participativos a nivel escolar -en los colegios primarios y secundarios-. Este es un aspecto fundamental, en los lugares donde se han desarrollado programas de círculos de paz, prácticas restaurativas y mediación escolar, se ha notado y está evidenciado que esas comunidades tienen un funcionamiento diferente. Creo que también hay que apuntar al desarrollo allí.

Por otro lado hubo dificultades en Argentina en particular con los colegios profesionales. Las incumbencias profesionales en este campo están muy discutidas, no se entiende que no es algo cautivo de una profesión sino que es transversal; los que trabajan en estas metodologías son especialistas en comunicación y especialistas en otras cuestiones y eso atraviesa todos los campos profesionales. Esto trajo mucha dificultad en Argentina y sé que en otros países se ha hablado de una situación similar.

Otra dificultad que evidenció es la de los medios de comunicación. El discurso de los medios de comunicación apunta a objetivos y valores que van a contramano de lo que uno está promoviendo. El hecho de la participación, de la socialización de los conflictos, del protagonismo de las personas y de las partes del conflicto está siendo bombardeado desde los medios de comunicación que plantean el aislamiento, el individualismo, las pocas prácticas sociales y el encierro.

Entonces es muy difícil también luchar contra eso. Yo creo que hay un discurso políticamente correcto en los medios pero después hay todo un movimiento en contra, es decir la promueven por un lado pero la participación no tiene nada que ver con que mandes un mensaje de Twitter; eso no es participación, es otra cosa. Entonces yo creo que allí también hay algo que hacer y que modificar. En realidad creo que estos serían los principales obstáculos. Siempre cuando uno inicia algo y plantea algo, va a encontrar dificultades y obstáculos. Obviamente, tienen que ser previstos.

Lo que sí es importante pensar es que todo lo que se está promoviendo en realidad no es nada nuevo. Estamos rescatando y revalorizando espacios que siempre existieron en las comunidades. Cuando Levi Strauss estudiaba las primeras tribus humanas, desde siempre la solución de los conflictos estuvo dada a través del diálogo -los consejos de ancianos, la reunión de la comunidad-. Se veía el conflicto no como una infracción a una norma sino como ruptura de la paz social y el equilibrio en la comunidad; entonces lo que se buscaba era volver al equilibrio más que sancionar. Luego el Estado se hizo cargo y se apropió de todos los conflictos -corrió a todas las partes-. Cuando Nils Christie hablaba de la expropiación del conflicto, hablaba de esto: de recuperar el protagonismo en la vida; eso significa libertad, significa derechos, significa construcción del propio yo, de su personalidad y de autorrealización de todo ser humano, poder ser dueño inclusive de sus conflictos. No es nada nuevo: estamos hablando de cosas que ya estaban.

En Neuquén yo estoy trabajando en el Ministerio Público Fiscal en un programa a partir de la reforma para la implementación de métodos alternativos. Trabajamos mediación y conciliación -dentro de lo que es el fuero penal- en casos que son derivados por los fiscales. Venimos desarrollando hace dos años y medio este programa.

Una cuestión que me parece que sería interesante plantear es que a raíz de que Neuquén es una provincia que tiene un porcentaje importante de comunidades indígenas, nos vimos en la necesidad de poder desarrollar algún dispositivo que incluyera, como dice la ley y la Constitución, a los pueblos indígenas en la administración de justicia. Nuestra Constitución y nuestro Código Procesal Penal dicen que los conflictos indígenas deberán ser abordados por sus propios modos de abordaje interno.

Para eso hicimos todo un trabajo de investigación de un año en las comunidades mapuches de Neuquén y pudimos desarrollar un formato de enfoque de los conflictos. Se puede buscar como Declaración de Pulmarí. Es una declaración que hizo el Ministerio Público Fiscal en la cual recepta y acepta los modos internos de resolución de conflictos y obliga a los fiscales a no intervenir cuando un conflicto es en una comunidad mapuche y está siendo abordado por la misma comunidad; el fiscal debe abstraerse, no puede intervenir.

Entonces esto fue algo también novedoso porque en Argentina no había experiencia práctica en aceptación de justicia indígena. En otros lugares existe un desarrollo muy grande en ese sentido: Perú o Guatemala llevan varios años de estas experiencias, pero en Argentina no se daba. A partir de allí ese intercambio con las comunidades mapuches nos permitió incluir en este programa de mediación y conciliación algunos conceptos que vienen de la propia cosmovisión mapuche: entender el conflicto como intercambio y el hecho de cuestionarse qué hace uno como comunidad para que eso ocurra. Son conceptos que no teníamos incorporados dentro de lo que es la matriz del programa y lo hemos hecho a partir de allí. Fuimos a aprender y aprendimos mucho.

Arkel Benítez (Guatemala)

Abogado y notario. Es secretario general de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y secretario general de IberRed. Fue viceministro de Prevención de la Violencia y el Delito del Ministerio de Gobernación de Guatemala.

1

Lo primero que hay que destacar es que en Guatemala la incorporación de métodos alternativos se hizo ya dentro de un sistema acusatorio. Aquí en la reforma tuvieron mucho que ver Alberto Binder y Julio B. Maier -consultores argentinos que estuvieron apoyando este proceso en su momento-. De hecho Argentina está haciendo algunas acciones para poder adoptarlo finalmente. Yo creo que desde ahí podemos hablar de un antes y un después acerca de los métodos de resolución alternativa de conflictos, porque es precisamente

bajo la lógica de un modelo acusatorio que Guatemala adoptó ciertos mecanismos.

Algunos les llaman desjudicializadores, otros simplificadores al proceso, etc., pero progresivamente además de la regulación que tuvimos de orden puramente judicial o de sede judicial -como por ejemplo la aplicación del criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal y algunas otras medidas de esa naturaleza-, poco a poco hemos ido abriéndonos a la posibilidad de establecer otros mecanismos de mediación un tanto más administrativa y previa a la sede judicial. Allí destaca, por ejemplo, el esfuerzo que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de Guatemala para adoptar dentro de la lógica de los programas de la OEA, la figura del facilitador judicial, sumamente importante porque permite modelos diferenciados de justicia, sobre todo en los pueblos indígenas.

Esto es importante en territorios como el de Guatemala que es un país multicultural, plurilingüe y con una riqueza distribuida en diversas porciones del territorio. La figura del facilitador judicial es una fórmula que también ha permitido compatibilizar la justicia tradicional con la justicia "oficial" -que es la justicia del Estado- y ha permitido conciliar de alguna manera y que la población entienda que pueden coexistir estos dos modelos de justicia.

Quizás no sea un estado de situación tan profundo el que estoy planteando pero de alguna manera deja entrever que Guatemala, a partir de 1994 cuando entró en vigencia el sistema acusatorio, incorporó estas figuras y hemos tenido todo un largo proceso para poder implementarlas y llevarlas adelante. Ciertamente el Congreso de la República de Guatemala, como todos los parlamentos, tiene a su cargo ir definiendo los criterios de selectividad y de persecución penal, definir nuevos tipos penales, las penas de los mismos y demás. Yo creo que el Código Procesal Penal no dejó muy cerrado esto de establecer o dejar candados específicos para ciertos tipos delictivos.

Respecto de los facilitadores, es una figura que se adoptó vía la Organización de Estados Americanos -OEA-. Es un proyecto consolidado que lo adoptó directamente a través de un acuerdo la Corte Suprema de Justicia -en Guatemala funciona el Organismo judicial y dentro de éste la Corte Suprema-. Adoptaron esta figura y la han ido impulsando en varias regiones del país, detectando los liderazgos naturales de la po-

blación para poder capacitarles. Se les da una especie de certificado para que ante los ojos de la comunidad queden como líderes jurídicos para poder emplazar a la sociedad o a la comunidad. A la hora de que haya algún conflicto o una situación que requiera la participación, la mediación o la intervención del sistema de justicia, puedan acceder directamente al sistema judicial.

Adicionalmente nosotros tenemos toda una estructura de Juzgados de Paz que a mi criterio deberían tener mucho más colmillo jurídico para resolver los problemas de las comunidades. Estos Juzgados están establecidos en nuestra legislación. En su momento la visión era precisamente la descentralización de la Justicia llevando a cabo juicios que pudieran atender la demanda de Justicia en la región. En algún momento -estoy hablando hace 20 años- lamentablemente se empezó a criticar la oportunidad que se daba en estos escenarios, en estos juzgados, para fomentar temas de corrupción. Se decidió entonces reducirles la potencia -o en este caso la competencia en términos jurídicos- y eso ha hecho que esos Juzgados de Paz no tengan tanta fuerza. En mi opinión el problema no es si son tentadores para la corrupción sino que no se definió en su momento un mecanismo adecuado de carrera judicial para poder fortalecer a esos órganos. No es culpa de los Juzgados: es un modelo que en su momento no tuvo la previsión de poder definir un mecanismo adecuado de carrera judicial. Eso es en términos generales el estado de situación de la vigencia de esas medidas en Guatemala.

2

Yo creo que sí. Yo soy de los que piensan que muchos servicios centralizados en el Estado deben descentralizarse y desconcentrarse; soy de los que creen en los gobiernos locales y las municipalidades -tengo una visión bastante municipalista del desarrollo- y también creo que la Justicia debe generar mecanismos adecuados para la descentralización.

Estamos acostumbrados, tenemos una cultura muy judicializadora en la región. En nuestros sistemas judiciales -te hablo de Guatemala pero lo podemos ver también otros países- tenemos sobresaturación de la litigiosidad, estamos sobrecargados muchas veces de procesos, juicios, casos o causas y delitos que no corresponden verdaderamente a la idiosincrasia y a la

caracterización socio-cultural de la región. Muchas veces los Juzgados están llenos de cobro de tarjetas de crédito, de contratos de telefonía móvil, etc.

Guatemala es un país que lamentablemente todavía acusa niveles significativos de hacinamiento penitenciario. Esta es una buena vitrina para ver realmente cómo está funcionando el sistema acusatorio y cómo se está dando la lógica de racionalización del uso de la privación de la libertad, en este caso el principio de oportunidad para la aplicación de este tipo de medidas.

Creo que son factores que han incidido negativamente en que la población absorba realmente el sistema como un sistema que le facilita el acceso a la Justicia. Yo creo que la estructura está bien definida, hay que mejorar algunas competencias en los Juzgados; hay que invertir más -Guatemala es un país que no invierte tanto en la Justicia-; la Fiscalía no tiene una cobertura territorial, es una cobertura todavía muy pequeña; muchos Juzgados con competencias mixtas no se especializan en este tipo de casos, por ejemplo, y hay un positivismo jurídico todavía bastante arraigado en los operadores de justicia. Todo esto al final del día lo que genera es que tenemos unas leyes que son una verdadera maravilla, escritas en blanco y negro, pero como en muchos países ocurre a veces la implementación no viene de la mano de la creación de la ley. Yo creo que la infraestructura o la arquitectura jurídica sí existen para poder llegar, yo creo que sí hemos facilitado cierto acceso pero las condiciones de falta de acceso de algunas poblaciones todavía vienen determinadas no por la barrera económica sino que hay todavía barreras ideológicas e idiomáticas que de alguna manera no permiten que la población pueda sentirse satisfecha con el acceso a la Justicia.

Hay muchísimos estudios al respecto. Guatemala está diagnosticada y sobre diagnosticada. Es un país en el que a la gente le encanta experimentar porque realmente tenemos tierra fértil para muchísimos análisis. Evidentemente por nuestra historia de haber superado un conflicto armado que duró 36 años hasta la firma de la paz, por haber hecho algunas cosas innovadoras, tenemos muchas experiencias que son atractivas para los estudiosos, para las organizaciones no gubernamentales y también para las organizaciones del gobierno; tenemos una Comisión Internacional contra la Impunidad única en su género, única en el mundo, que ha dado resultados interesantes sobre todo para transferir buenas prácticas a nivel nacional.

Yo me atrevería a decir que todos estos estudios finalmente están desembocando en elementos mucho más estructurados. Creo que recientemente y por primera vez -esto sí es un rezago pero aquí hay que celebrar el liderazgo de la fiscal general- Guatemala cuenta con una política criminal democrática. Fue todo un proceso de legitimación nacional, socializado a nivel regional, nacional, etc., que luego permitió como conclusión poder presentar una primera política criminal del Estado de Guatemala que recoge prácticamente veinte años de experiencia del modelo acusatorio. Es el primer esfuerzo del Estado por sistematizar y por definir la mejor captura de datos e información, para por su supuesto tomar mejores decisiones de cara al futuro. Este es un ejercicio que apenas este año lanzó la fiscal general, en concurso con los tres Poderes del Estado y con el compromiso de la sociedad civil y del sector privado, para poder impulsar esta política que obviamente va a traer todo un nuevo diseño para poder evaluar y analizar constantemente el fenómeno criminal y tomar las mejores decisiones.

3

El principal desafío creo que es poder alinear a todo un país en función de una Política Criminal del Estado. En cuanto a obstáculos, entiendo que son los que tiene todo Estado en términos económicos y presupuestarios, el financiamiento en política digamos. Yo lo que destaco en este momento es que hay muy buena voluntad política, un análisis permanente para tratar de buscar el mejor financiamiento para la seguridad y la justicia en el país, un aliento que no se tenía hace diez años y confianza institucional. Esto es sumamente importante.

Cuando yo entré al Ministerio -en los tres años y medio que estuve en esa función- se logró reducir un 23% la incidencia de la criminalidad en la comunidad incluyendo los homicidios. El período de gobierno terminó con una tasa de 29.5% y entiendo que el actual Ministro en su nuevo gobierno que lleva ocho meses en funciones ha logrado descender a 28.5%. Si uno hace esa comparación con el año 2008 -nosotros entramos en el 2012 y era 38% pero en el 2008 era 49%- se dice fácil bajar de 49 a 28 pero la verdad que es un trabajo muy fuerte y muy significativo. Eso tiene que ver también con la confianza de las personas en

denunciar. A la par, destaco el desarrollo de un Instituto de Ciencias Forenses que no ha alcanzado los diez años de edad pero ha logrado generar pruebas científicas, lo cual es sumamente importante para acompañar el modelo acusatorio.

Hay muchas aristas pero en términos generales yo creo que los obstáculos son principalmente presupuestarios. Creo que hay voluntad política -lo cual es bueno-, están las instituciones, instituciones jóvenes que están dando resultados, por lo tanto creo que hay más desafíos y retos que obstáculos. Si me hubieran hecho esta pregunta hace unos diez años, hubiera dicho que prácticamente todo estaba cuesta arriba pero hoy no puedo dejar de mirar con optimismo que el país está caminando en una buena sintonía: se prevé que para 2024 Guatemala va a crecer a un ritmo de 5.22 % económicamente, va a ser uno de los países de América Latina junto con República Dominicana y Panamá que más va a crecer en términos económicos. Eso es una buena señal pero obviamente falta la parte de encontrar los recursos porque Guatemala no sólo tiene problemas de arrastre de injusticia, tiene problemas de arrastre de crisis hospitalaria y de desnutrición infantil crónica, por ejemplo. Son temas que tienes que atender de manera prioritaria. Un Jefe de Estado ante estos escenarios tiene que priorizar y evidentemente los temas de la mortalidad infantil y de desnutrición son de carácter prioritario.

Particularmente en el ámbito de métodos alternativos yo destacaría -y lo he planteado en otras oportunidades- que me gusta mucho la figura prevista en la Agenda 2020 del ministro Germán Garavano de Argentina. Me gusta mucho el componente de los extensionistas jurídicos. Creo que es una buena práctica que deberíamos pensar en poder transferir a otros países, sobre todo los que tienen una topografía e idiosincrasia como Guatemala. Ya mencioné que están los facilitadores judiciales, que son como una especie bisagra, pero me gusta mucho la figura del extensionista porque permite instalar habilidades y capacidades en las familias para la resolución de conflictos. Me parece muy importante desde la lógica de la mitigación de los riesgos para que éstos no se conviertan en focos de violencia, la violencia no se convierta en delito y luego saturaremos los Sistemas Judiciales. Creo que el extensionismo jurídico que tiene Argentina -al menos planificado- y Chile, es un mecanismo que podríamos adoptar e incorporar en

Guatemala y ojalá se pueda dar la transferencia de esos conocimientos y esa capacidad para ponerlo a disposición de países como el mío.

Paulino Verastegui (Bolivia)

Abogado especialista en Derecho Público y Diplomado en Educación Superior. Es miembro del equipo técnico del Proyecto Acceso a Justicia de la Cooperación Suiza en Bolivia. Fue director general de Acceso a la Justicia y Justicia Comunitaria del Viceministerio de Justicia. Consultor de USAID, GTZ, AECID y UNION EUROPEA en temas de reformas a la justicia y seguimiento a procesos electorales.

1

Quiero empezar por encontrar la base de este tema en la reforma constitucional del año 2009 que ha operado en Bolivia. A partir de ese año el país tiene una nueva Constitución que establece como valor o principio del Estado Boliviano el derecho a la paz y la cultura de la paz. Entonces, como un primer elemento de principio o valor constitucional, también establece que esta cultura de paz tiene que manifestarse en todos los aspectos de la vida cotidiana en Bolivia; obviamente uno de ellos es la impartición o la administración de justicia. A partir de este precepto constitucional las otras normas ordinarias, por ejemplo la Ley Orgánica del Órgano Judicial, establecen la cultura de paz como un elemento fundamental en la administración de justicia.

Desde estos dos elementos normativos: la Constitución y la Ley Orgánica del Órgano Judicial, se ha establecido una situación de política pública en Bolivia en el marco de esta cultura de paz y de cómo ésta se puede reflejar en la administración de justicia. En el año 2013 se ha promulgado un nuevo Código Procesal Civil -Ley 439- que específicamente tiene dos grandes pilares: la oralidad en el juicio oral civil y la conciliación. Se ha tomado a la conciliación -que como todos sabemos es un método alterno a la resolución de conflictos- como un elemento fundamental en la administración de justicia. A partir de ello hay una base constitucional y legal para la aplicación de la conciliación en sede judicial, esto es en los tribunales de justicia.

Aquí brevemente hago una precisión. En el proceso civil existen ahora dos formas de aplicarla: concilia-

ción previa y conciliación intraprocesal. La conciliación previa está a cargo de un funcionario, de un servidor de apoyo judicial denominado conciliador. Es la primera vez que dentro del esquema de la estructura judicial existe como funcionario un conciliador profesional que tiene a su cargo la solución de estos conflictos. En la intraprocesal está a cargo del juez.

Esta precisión es importante porque es a partir de la incorporación del conciliador que se está dando una nueva dinámica en los tribunales de justicia. Generalmente en nuestros tribunales el litigio era la regla y la conciliación, la solución alterna, la excepción. El legislador boliviano quiso que cambie esta situación al haber establecido a un conciliador, servidor público, dedicado exclusivamente a la conciliación en el primer acto del proceso: antes de que se inicie una demanda, el nuevo Código Procesal Civil establece que es de cumplimiento obligatorio que las partes primero conversen y puedan llegar a un entendimiento antes de ingresar al juicio.

Posteriormente, si las partes no pueden llegar a ese acuerdo, inician la demanda. Incluso iniciada ésta cuando el juez convoca al juicio, en el marco del juicio oral hay dos audiencias: la preliminar y la complementaria. En la preliminar, el juez está nuevamente obligado a promover la conciliación entre las partes. Como podemos ver, esto tiene que ver con la aplicación en sede judicial.

Por otro lado existe la conciliación extrajudicial, desde el año 2015 con una nueva ley -N° 708 de Arbitraje y Conciliación- donde el Ministerio de Justicia tiene a su cargo la regulación de los Centros de Conciliación, que pueden ser constituidos por particulares y son registrados y regulados por el Ministerio. Si las partes llegan a un acuerdo se firma un acta que tiene plena validez legal. En el caso de la conciliación judicial, el acta que firman con el conciliador judicial debe pasar posteriormente a conocimiento del juez para que la apruebe o desestime.

Como vemos, en Bolivia existe una base constitucional con la cultura de paz y existe una consagración expresa de la conciliación: la Ley Orgánica del Órgano Judicial dice que es el mecanismo directo de acceso a la justicia y de solución de conflictos y a la vez es el primer acto de todo proceso judicial.

Repasando, en el ámbito del proceso hay una conciliación previa a cargo del funcionario especializado del órgano judicial que forma parte del mismo y que tiene a su cargo avenir a las partes; y si no es en esta etapa

previa, en el juicio oral, el juez en el ámbito de la conciliación intraprocesal también puede promoverla. Existe también la otra modalidad: conciliación extrajudicial, en la que es el Ministerio de Justicia el que tiene a su cargo la regulación; se pueden constituir centros privados que apliquen la conciliación y obviamente todas sus actuaciones están amparadas por la ley específica.

El fuerte de la conciliación ha sido la materia civil, como comenté. En materia penal el Código Procesal Penal de 1999 que está en vigencia establece la posibilidad de conciliar en dos clases delitos: los de orden patrimonial y en aquellos de orden culposo donde no haya resultado la muerte. En este caso puedan llegar a un acuerdo sobre todo en la reparación del daño. La normativa da esa posibilidad y es el fiscal quien tiene que, a solicitud de la víctima en la generalidad de los casos, promover esta conciliación que es aprobada o puede ser rechazada por el juez cautelar o el juez de garantías constitucionales que tiene a su cargo el control. En materia penal se está dando con pocos resultados, se puede focalizar más en el ámbito civil.

A grandes rasgos este es el estado de situación en Bolivia en cuanto a la parte del ordenamiento jurídico. Más adelante podría hacer algunos comentarios sobre cómo está funcionando en la realidad este sistema. Quisiera hacer además una precisión para entrar en contexto: Bolivia está en un proceso de reforma profunda a sus sistemas de justicia, se han realizado muchas observaciones al sistema judicial y ello ha derivado en que el órgano ejecutivo, en cabeza del presidente, convoque a una Cumbre de Justicia que ha sido la reunión de los organismos estatales, en este caso el órgano judicial, el Ministerio Público, Defensa Pública, Policía, con la sociedad civil organizada: colegios de abogados, universidades, etc., para plantear algunas líneas estratégicas de un plan macro de reforma a la justicia boliviana. Esta cumbre se ha dado en este año en el mes de junio y algo interesante es que de las seis mesas de trabajo que ocuparon, la mesa n° 2 de Acceso a justicia -que justamente tiene que ver con todos estos mecanismos- ha establecido como una de sus conclusiones que la conciliación debiera ser ampliada a todas las materias posibles. Ahora se está trabajando en materia civil, existe la propuesta de ampliarla a materia laboral y de familia y de ampliarla en un curso mucho más intensivo a penal porque hay un alto índice de delitos contra la propiedad en los cuales sí podría

aplicarse. Entonces el gobierno lo ha tomado y lo va a traducir en política pública procurando incorporar a la conciliación en las otras ramas en la mayor cantidad de materias donde se pueda conciliar, en Penal se está aplicando, no con la intensidad que a uno le gustaría que se resolviera pero existe.

2

En relación a esto quisiera aclarar que formo parte del equipo técnico de la Cooperación Suiza que a partir de un convenio específico está apoyando al Órgano Judicial de Bolivia en la implementación de la conciliación en sede judicial. Uno de los grandes objetivos de impacto de este convenio es generar las condiciones de acceso a la justicia de los grupos más vulnerables de la sociedad.

Al establecer estos mecanismos para que puedan acceder a la Justicia hemos podido ver resultados importantes en estos meses. Hay que recordar que el Código nuevo entró en vigencia plena el 10 de febrero de este año; van a ser ocho meses desde entonces. En el ámbito de la conciliación, por norma es gratuita, no es necesaria la presencia de abogados pero pueden estar presentes con ánimo de asesoría, comienza con una solicitud previa de conciliación que no tiene la formalidad de una demanda y es voluntaria.

Estos elementos normativos han hecho que la población empiece a acudir a los tribunales, y quiero hacer conocer que en estos ocho meses, de 3540 casos de conciliación en tribunales, 1184 se han resuelto satisfactoriamente. Estamos hablando del 33% del total de las solicitudes de conciliación que han sido resueltas satisfactoriamente, cuando en muchos casos son personas que hubiesen tenido que peregrinar por el proceso común ordinario por muchos años. En el seguimiento y monitoreo que estamos haciendo del proceso hemos podido observar que está dando buenos resultados. Por ejemplo, en una de las ciudades de Bolivia, Cochabamba, uno de los conciliadores tuvo que realizar siete sesiones de conciliación para que alrededor de cuatro o cinco hermanos que peleaban por la división y partición de la herencia pudieran llegar a un acuerdo. Son varios los casos que tuvimos la oportunidad de ver en los que personas con pocos recursos económicos han podido llegar a resolver sus causas a través de estos procesos de conciliación, previos a ingresar a una demanda.

Esto muestra que el sistema está empezando a dar respuestas y uno de los elementos tiene que ver con una mayor difusión y sensibilización, elementos importantes para que el ciudadano vea que existen otras formas de resolver sus conflictos.

Es importante también señalar lo que ocurre en el ámbito extrajudicial, además de los centros privados el Ministerio de Justicia tiene a su cargo centros propios de conciliación que se llaman Centros Integrales de Justicia o Centros de Justicia Plurinacional, donde las personas acuden a obtener orientación legal y también a conciliar y son completamente gratuitos. Por ejemplo en el año 2015 en un centro ubicado en la ciudad de El Alto, una de las más pobres, se han resuelto alrededor de 2000 casos aplicando la conciliación en lugar de llegar a juicio.

Como podemos ver entonces, ya contamos con resultados en los tribunales de justicia y en el ámbito extrajudicial, en estos Centros de Justicia a cargo del Ministerio de Justicia. Éste tiene un doble rol: certifica y regula los centros privados, que pueden pertenecer a cámaras de comercio o colegios de abogados, pero también tiene a su cargo centros propios. Son 21 centros en toda Bolivia, faltan Beni y Pando –dos departamentos amazónicos que tenemos en el país– que están a cargo del Ministerio de Justicia, están funcionando y es una muy buena experiencia. Es importante también la Cooperación Suiza que está apoyando tanto la mediación judicial como la extrajudicial.

Un elemento que creemos parte importante en estos avances ha sido el proceso de selección de estos conciliadores. Como decía, los conciliadores son una figura dentro del Juzgado que no estaba presente. Estaban los auxiliares, los secretarios, etc., pero nunca los conciliadores. Esta ha sido una figura nueva incorporada por el Código Procesal de Bolivia y se ha hecho con un proceso de selección. Tenemos 157 conciliadores para los 9 distritos del país y éstos están distribuidos en 22 oficinas de conciliación que apoyan a los jueces que hacen la conciliación previa. Se los ha llegado a seleccionar con un enfoque de competencias, de conocimientos, habilidades y destrezas, valores y aptitudes, incluso ha sido una experiencia pionera en el órgano judicial porque en general no tiene mecanismos con este enfoque para seleccionar a sus funcionarios; una empresa especializada en reclutar ha cooperado con el órgano judicial en la selección de personas que cumplan este rol

de conciliador. Aquí quiero hacer otra precisión: la ley no obliga que sean abogados; este fue todo un debate entre los legisladores. Ahora dentro del órgano judicial hay trabajando psicólogos y trabajadores sociales, que no son abogados pero están como conciliadores, eso le ha dado otro matiz y otro enfoque que a veces se cierra cuando solamente son abogados, algunos lo son pero responden a otro tipo de formación académica.

3

Se ha estado trabajando mucho en la parte institucional con el órgano judicial pero identificamos principalmente dos debilidades o tareas pendientes. La primera definitivamente es un proceso intensivo de mediano y largo plazo que ya se lo va a iniciar en las próximas semanas de difusión y sensibilización a la sociedad civil. Todavía en el imaginario colectivo de la sociedad boliviana está que la única forma de resolver un problema es en tribunales mediante un juicio y eso está todavía muy arraigado, reconocemos que es algo que hay que trabajar y ya existe una estrategia de difusión aprobada por el órgano judicial de sensibilización a la sociedad civil, para que entienda que existen otros mecanismos, estos mecanismos que son alternos al juicio y que son los mecanismos originarios. Cuando hablamos de la autocomposición hace mucho tiempo atrás se empezaban a resolver los problemas mediante la autocomposición y creo que esa es la lógica que tenemos que recuperar, la esencia de lo que es la conciliación y que no solamente resuelva problemas sino que también recomponga las relaciones humanas. Es un elemento que hemos podido ver. En estas experiencias de casos resueltos se ha llegado a recomponer la relación humana; realmente cuando existe un proceso judicial se llega a deteriorar, prácticamente a romper -este caso por ejemplo que decía de los hermanos: pudieron resolver la cuestión de división y participación de herencia sin llegar a un juicio y han podido encontrar realmente paz-. Entonces esa primera tarea pendiente es fundamental: la difusión y la sensibilización sobre los métodos alternos y en este caso sobre todo la conciliación, que es lo que está en vigencia.

La otra tiene que ver con trabajar con los abogados. Son actores que están generando una resistencia interna dentro del sistema porque hay una lógica de ir al juicio, manifiestan que no sirve la conciliación y no están orientando correctamente a las partes; obviamente

tienen intereses de grupo, eso es clarísimo, pero la idea es trabajar con ellos para incorporarlos porque también el abogado va a ganar en un caso de conciliación, va a tener un honorario más rápido, no va a estar tanto tiempo en un proceso judicial que muchas veces no va a tener salida. Con este proceso de sensibilización que estamos trabajando con los abogados, son las dos tareas pendientes que le comentaba anteriormente.

Hay un tercer elemento que se me viene ahora a la cabeza que es trabajar con las Facultades, las carreras de Derecho. Muchas no tienen en su plan de estudio como materia curricular incorporada con nitidez y amplitud la aplicación de los métodos alternos de conciliación. Se sigue formando al abogado en una sola vía: en el litigio y en el proceso. Es una tarea también pendiente que estamos empezando a esbozar: trabajar con las carreras de Derecho en la formación de un nuevo perfil de profesional abogado que haga énfasis en la resolución alternativa de conflictos.

Para terminar esto, esencialmente quería decir que está funcionando la conciliación previa, ha ayudado mucho que las personas que lo están aplicando hayan sido objeto de un proceso meritocrático de selección. Estos conciliadores han entrado por medio de un proceso con enfoque de competencias y eso ha ayudado mucho a que realmente tengan las mejores herramientas para abordar el conflicto, gestionarlo y ayudar a las partes a resolverlo. Es el primer elemento que quiero destacar. Y también un segundo elemento: el apoyo del órgano judicial, es un mandato de la ley pero ha sido muy proactivo en implementarlas. Esto es de destacar por parte de todos los actores que estamos en la implementación de la conciliación judicial y también en el ámbito extrajudicial.

Quisiera cerrar simplemente con que estamos viendo en Bolivia pero también en América Latina estos procesos de reforma civil y creo que es esencial enfocarnos en la conciliación, lo que decía unas palabras atrás: recuperar el espíritu de la autocomposición de las partes de superar su conflicto y además de reponer o reparar sus relaciones humanas. Tenemos que entender que no es una causa más, sino lo tenemos que ver con ojos más humanos: es un conflicto humano, hay relaciones humanas deterioradas y si queremos vivir en paz, en esta cultura de paz, tenemos que enfocarnos en este tipo de resolución de conflictos con ojos humanos, no necesariamente legales.

GUÍA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS AL PROCESO JUDICIAL PARA FAVORECER EL ACCESO A LA JUSTICIA

Informe disponible en

<http://www.cejamericas.org/noticias/529-ceja-presenta-publicacion-que-recopila-y-sistematiza-experiencias-de-mecanismos-alternativos-al-proceso-judicial-en-a-latina>

El estudio realiza un relevamiento sobre el funcionamiento de los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ) en la región, analiza tres casos específicos y propone una serie de recomendaciones para fortalecer la elaboración de políticas públicas destinadas a favorecer el acceso a la justicia de grupos vulnerables de la población, relativas a la incorporación de mecanismos alternativos al proceso judicial en América Latina.



Diagnóstico de línea de base a nivel regional

CEJA se propuso abordar los MAPJ desde una visión global, destacar las principales tendencias a nivel regional e identificar aspectos en los que no hay información clara para profundizar una posterior investigación.

El estudio elaborado por Andrea Cabezón, Ricardo Lillo y Marco Fandiño comienza con una sistematización de la información recopilada a través del proyecto, el contexto que han enfrentado los MAPJ en América Latina, su incorporación en la agenda pública y el proceso de elaboración de alternativas puntuales.

Como punto de partida se señala la posibilidad de partir del conflicto interpersonal y considerar que de las tres formas de resolverlo: autotutela, autocomposición y heterocomposición, el proceso judicial es sólo una ellas. Sumado a esto, se destaca la existencia de una gran heterogeneidad de mecanismos, con características muy diferentes.

La recopilación se propuso extender el estudio a aquellos distintos de la visión clásica que considera el arbitraje, la mediación y la conciliación, apuntados

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con la colaboración del International Development Research Centre (IDRC) de Canadá presentó la Guía para la implementación de los mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia. La publicación se enmarca en el Proyecto "Mecanismos para ampliar el Acceso a la Justicia en Latinoamérica", fue editada el 1° de agosto de 2016 y se encuentra disponible en papel y en formato digital.

El equipo coordinado por Marco Fandiño, encargado del área de Estudios y Proyectos de CEJA, desarrolló un trabajo de investigación desde el año 2013 comenzando con la elaboración de un estudio de línea de base que permitió identificar 207 mecanismos y experiencias en 19 países de América Latina y el Caribe seleccionados. Asimismo, incluye un análisis puntual de tres experiencias específicas: la mediación obligatoria en Argentina, las Casas de Justicia en Colombia y los Centros de Mediación del Organismo Judicial de Guatemala. Las conclusiones arribadas permitieron formular recomendaciones dirigidas a los tomadores de decisiones en políticas públicas sobre el acceso a la Justicia.

por los expertos entrevistados como los modelos más conocidos y asociados a la temática. La investigación se enfoca entonces en todos aquellos implementados para ampliar el acceso a la justicia, ya sea provisión de servicios de asistencia o para dar respuesta a las necesidades jurídicas (de conflicto o no) que requieren una respuesta distinta a la del proceso judicial tradicional.

Producto del trabajo fueron identificadas un total de 530 iniciativas diferentes en los países estudiados (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). Con la aplicación de criterios de sistematización, de aquel total se seleccionaron 207 MAPJ en esos 19 países. Si bien son diferentes entre sí, se destacaron como características compartidas: la presencia de un cierto grado de informalidad; presencia de un cierto grado de alternatividad; el tipo o entidad de causas (cuantía, materia o naturaleza del conflicto); y el perfil de usuario relacionado con las tres barreras de acceso a la justicia: económicas, culturales y geográficas.

Una vez seleccionados, se clasificaron y describieron los mecanismos en categorías tomando como parámetros: la participación en la resolución del conflicto (consensual, adjudicativo, de asistencia y mixto); relación del mecanismo con el Estado; relación con el sistema de justicia; si el problema es entre individuos o de uno con la comunidad; según el sujeto llamado a prestar el servicio (líder de comunidad, líder por tradición, autoridad, especialista, mixto); y según la forma en que la necesidad jurídica es ingresada al MAPJ (excluyente, requisito de procedibilidad o voluntario).

El informe contiene los resultados que surgen de aplicar los criterios mencionados a los 207 mecanismos, entre algunas de las tendencias observadas, se destaca que el principal nivel de confrontación de las partes es consensual (80 de 207 MAPJ identificados), seguido por los mecanismos de carácter mixto (65 de 207 MAPJ). Otro de los indicadores mostró que tanto a nivel de la suma de los MAPJ identificados, como en particular dentro de

cada país, la gran mayoría han sido implementados a través de programas del Estado (137 de 207), frente a aquellos que se consideran independientes en cualquiera de sus versiones (regulados, reconocidos o completamente autónomos) donde fueron identificados 43 MAPJ.

Para finalizar esta sección del estudio se consignaron las principales problemáticas detectadas a nivel regional y algunas conclusiones respecto a la información que se identifica como inexistente o ausente en los análisis.

Experiencias específicas en la región

Una segunda instancia, con el propósito de profundizar en algunos de los mecanismos analizados, constituyó en la elaboración de estudios de casos de tres experiencias nacionales sobre MAPJ en la región para mejorar el nivel de información disponible: la mediación obligatoria en Argentina, el Programa Nacional de Casas de Justicia de Colombia y los Centros de Mediación del Organismo Judicial de Guatemala.

La investigación en Argentina fue elaborada por el profesor de la Universidad Nacional de la Plata, Leandro Giannini y abarcó los distintos modelos de mediación que existen en las provincias, abordando en términos de políticas públicas las problemáticas relacionadas con la obligatoriedad, con su caracterización como vía de descongestión del proceso en lugar de enfocarse en su aporte al acceso a la justicia y con la falta de incentivos que influyan en el éxito de estos mecanismos. Se analizan también los resultados de la mediación, asociados a su impacto en la autocomposición de conflictos y las experiencias de los abogados, en cuanto operadores fundamentales del sistema, haciendo hincapié en sus conductas y preferencias.

Respecto de Colombia, los investigadores de Dejusticia Mauricio García, José Espinosa, Sebastián Lalinde, Lina Arroyave y Carolina Villadiego desarrollaron un análisis crítico titulado "Casas de Justicia: una buena idea mal administrada". Abordan el contexto general colombiano y las características

de las Casas de Justicia incluidas en el Programa Nacional, destacando el despliegue de la actividad estatal pero también el grado de improvisación que hubo en la implementación de esta herramienta, concebidas para responder a objetivos diversos como ampliar la cobertura de los servicios de justicia, promover la resolución de conflictos, concentrar la oferta de los servicios de justicia en el territorio, entre otros y pero no en torno a la satisfacción necesidades específicas locales. Asimismo, se identifican problemáticas en el funcionamiento práctico y se incluyen recomendaciones para superarlos.

En el caso de Guatemala la observación de los Centros de Mediación del Organismo Judicial estuvo a cargo de Camilo Jara y Marco Fandiño. Este apartado incluye un análisis del contexto histórico y político del país en el cual surgió la necesidad de desarrollar los MAPJ. Analiza luego la regulación de la política pública de mediación, el volumen de causas, las características de los usuarios identificando el impacto del mecanismo en los grupos vulnerables, el funcionamiento de cinco Centros específicos y culmina con las conclusiones arribadas y recomendaciones específicas.

Recomendaciones prácticas

Finalmente, producto del desarrollo del proyecto de investigación, la información y evidencia generadas, se formulan recomendaciones prácticas que –según CEJA– favorecerían la implementación de mecanismos alternativos para mejorar el acceso a la Justicia y están orientadas principalmente a los tomadores de decisiones en el ámbito de las políticas públicas. Una de las primeras propuestas es ampliar el catálogo de mecanismos, en la mayoría de los países limitados en un primer momento a arbitraje, conciliación y mediación.

Un segundo aspecto a destacar se encuentra en su forma de implementación y los diseños que optan entre una aplicación obligatoria o voluntaria. El informe alerta que, si bien en sus inicios los MAPJ pueden haber sido concebidos como herramienta de descongestión y éste fue el principal fundamento

para la obligatoriedad, hoy en día en términos de objetivos a alcanzar debe pensarse antes que nada en su contribución al acceso a la justicia. Sumado a esto, no existen estudios empíricos de los sistemas de justicia que permitan reflejar en números concretos el real aporte de la implementación de los MAPJ a la descongestión del sistema o no. Al respecto se recomienda la posibilidad de distinguir entre materias en las cuales deba ser obligatorio o no y por otro lado regular audiencias informativas donde el usuario pueda acceder a la información mínima sobre las instancias y las consecuencias, para que pueda decidir si efectivamente se involucra o no en uno de los mecanismos.

Como otras recomendaciones se señala la necesidad de contar con diagnósticos de oferta y demanda de forma previa a la implementación para un diseño más efectivo; considerar el rol que desarrollan los abogados en el funcionamiento de estos mecanismos; la coordinación entre los MAPJ y el sistema de justicia, considerando las consecuencias positivas y negativas de la relación entre ambos sistemas; el valor jurídico de los acuerdos; relacionado con lo anterior, el seguimiento y cumplimiento éstos; la focalización en grupos vulnerables para avanzar en regulaciones que atiendan sus necesidades específicas; sistemas de información, evaluación y seguimiento para contar con datos confiables y de calidad, y por último respecto de la necesidad de favorecer una tutela efectiva de los derechos para garantizar una negociación adecuada de los intereses, se requeriría un sistema de justicia que funcione de forma confiada, eficiente y accesible, capaz de hacerse cargo de aquellos conflictos con mayor complejidad y carga probatoria así como aquellos casos en los que no exista ninguna posibilidad de autocomposición.

Constanza Gigena

El contexto de la colección: capacitación y enseñanza de la litigación en la región

Durante las últimas dos décadas la gran mayoría de los países de la región ha iniciado procesos de reforma a sus sistemas de justicia penal abandonando lentamente los procesos escritos ligados a la cultura inquisitiva para ir implementando sistemas basados en el desarrollo de audiencias orales para la toma de decisiones jurisdiccionales. Pese a este avance de la oralidad en toda América Latina, al menos en sentido normativo mediante la sanción de códigos acusatorios, la cultura de la litigación adversarial ha sido desarrollada de manera exigua por parte de las universidades, escuelas de derecho y por los centros o escuelas de litigación pertenecientes al Poder Judicial y Ministerios Públicos de la región. Producto y consecuencia palpable de ello es la escasa producción de material y elaboración de herramientas sobre destrezas de litigación penal que presentan actualmente nuestros países.

Aún hoy nos encontramos en una situación donde -en gran parte de los sistemas judiciales de América Latina- continúa prevaleciendo la concepción y la enseñanza de la actividad judicial ligada a la idea del trámite escrito. Sobre ese paradigma de formación, es que la editorial Didot ha presentado esta nueva colección de libros que pretende inscribirse en una línea académica que rompa con ese molde intentando brindar un conocimiento que conjugue tanto lo teórico como lo práctico, y proporcione al abogado litigante nuevas herramientas que le permitan construir, a decir de Binder, “una idea de cultura de la oralidad y un apego a sus formas como parte esencial del ejercicio de la abogacía”. La colección también fue publicada en México en forma conjunta entre Didot y Ubijus.

Sobre esa base se considera siempre importante iniciar nuevos debates sobre la reforma del proceso penal y reflexionar sobre las formas de mejorar el sistema, ya que es un proceso de cambio que nunca se agota.

El perfil de la colección

En el sentido de lo expuesto, el conjunto de textos que componen la serie **Litigación y enjuiciamiento adversarial** tiene como objetivo principal desarrollar herramientas y materiales para la enseñanza de la litigación en sistemas acusatorios, tratando de producir estudios y manuales “prácticos” que sirvan a los abogados de la región en el aprendizaje de las nuevas formas de trabajo que impone necesariamente un modelo procesal basado en la cultura de la oralidad.

La colección que presenta la Editorial Didot -dirigida por Alberto Binder y coordinada por Leticia Lorenzo- publicó su primer texto en 2012 y, al día de hoy, cuenta ya con seis publicaciones a cargo de distintos expertos en procesos de reformas procesales penales y docentes de litigación en diferentes universidades de América Latina.

Si bien la serie de textos aborda variados temas, mantiene una finalidad en común: generar una nueva escuela de enseñanza del derecho a través de la explicación práctica del rol que deben cumplir las partes en un sistema procesal basado en audiencias orales y, por ende, en la tarea de capacitar a los litigantes en la forma de construir *verdad* durante el proceso con el fin de generar un sistema de justicia democrático y transparente.

Los textos de la colección

Manual de litigación



La primera publicación de la colección, el **Manual de litigación**, tiene como autora a Leticia Lorenzo quien, a través del texto, busca desarrollar un instrumento que brinde a los litigantes las herramientas adecuadas para asistir a las principales audiencias

que se desarrollan en el transcurso del proceso penal mediante explicaciones claras sobre los principios, objetivos y finalidades que rigen cada una de ellas. Para ello, en la publicación se analizan y presentan mediante ejemplos concretos las destrezas de litigación que los abogados deberán manejar tanto en las distintas audiencias de la etapa preparatoria como en la propia audiencia de juicio oral.

De esta manera, a decir de la propia autora, el manual pretende contribuir, a partir de propuestas concretas en términos de prácticas necesarias ya sea desde el rol de litigante o del juzgador, a generar una efectividad en el desarrollo de las audiencias abandonando definitivamente la estructura propia de la construcción del expediente judicial y dando lugar a la preparación estratégica de cada audiencia particular.

Teoría del caso



La segunda publicación de la colección, titulada **Teoría del caso**, pertenece al profesor Leonardo Moreno Holman. En la misma, el autor aborda la enseñanza y explicación de la teoría del caso como el conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante

frente a un caso, presentando una guía segura, práctica y precisa acerca de cómo ejercer y preparar el

litigio penal de la manera más eficiente y eficaz para presentarlo ante un tribunal.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el sistema adversarial propone un modelo de construcción de la verdad al interior del proceso penal, precisamente durante el juicio oral, el texto tiene como objetivo brindar las herramientas necesarias para que los litigantes puedan, a través de la búsqueda, selección, preparación y producción de las porciones de información que fluye de cada una de las evidencias producidas en juicio, presentar el caso de manera estratégica atendiendo a una adecuada comprensión de los hechos y el derecho aplicable en cada caso.

La prueba pericial



La implementación de los nuevos procesos penales de tipo acusatorio en la región ha significado la adopción de la audiencia oral como método de decisión de los casos penales, cuestión que necesariamente trae aparejada enormes cambios en la regulación

de los sistemas probatorios. Sin embargo, aún no se han visto esfuerzos por analizar el rol de la prueba pericial en el proceso adversarial, problemática que cobra aún mayor magnitud cuando se analiza la creciente importancia que ha adquirido la opinión de los peritos en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos, siendo cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso en el proceso de construcción de la verdad durante el proceso. Va en ese sentido el objetivo del tercero de los textos que comprende la colección y que tiene como autor a Mauricio Duce. **La prueba pericial** entrega a los litigantes del sistema penal herramientas para comprender los enormes desafíos que en la actualidad presenta el uso de la prueba pericial, analizando algunas particularidades de su regulación. Para ello, la publicación se centra principalmente en el desarrollo de cuatro cuestiones: el estudio de los aspectos generales de la prueba pericial en los

procesos acusatorios analizando los problemas que genera su utilización en los sistemas judiciales actuales; la investigación de las exigencias de admisibilidad que debieran observarse para admitir una prueba pericial a juicio; el análisis de los aspectos centrales exigidos por los sistemas acusatorios para la presentación y litigación de la prueba pericial en juicio y; por último, el estudio de los componentes y funciones que debe cumplir el informe pericial escrito para su adecuado funcionamiento en el sistema adversarial.

Contraexamen de testigos

El contraexamen proviene de la práctica de los sistemas adversariales y guarda una estrecha relación con el principio constitucional del contradictorio, del que no es más que una manifestación, nos dice el autor del texto Gonzalo Rúa. Y esto es así en tanto se constituye como la herramienta procesal que nos posibilita controlar y confrontar la información que los testigos y/o peritos de la contraparte están incorporando al juicio permitiendo un genuino contradictorio de dos historias en pugna. Allí radica su importancia y la necesidad de que los litigantes usen de manera adecuada la destreza del contrainterrogatorio. En relación a lo expuesto, el cuarto libro de la colección **-Contraexamen de testigos-**, de Gonzalo Rúa– se constituye como un manual práctico que brinda a los litigantes, a través de explicaciones teóricas y ejemplos con casos prácticos, cómo debe planificarse estratégicamente y en qué forma debe ejecutarse un contraexamen en relación a la teoría del caso. Para ello, a lo largo del texto, el autor trabaja en las distintas clases de contraexamen, diferenciando la práctica por tipo de testigo (policía, perito, víctima, imputados) y por objetivo (para acreditar una proposición fáctica propia o desacreditar una de la contraparte, para impugnar la credibilidad del testigo o de su testimonio, entre otras). A su vez, se presentan algunos tips y explicaciones centrales acerca de la forma en que debe desarrollarse la práctica en torno a cómo controlar al testigo durante el contraexamen y que tipo de preguntas deben utilizarse durante el mismo.

Examen directo de testigos



En la gran mayoría de los sistemas inquisitivos y mixtos, aún hoy presentes en la región, siempre se ha visto como una mala práctica que los abogados se entrevisten con sus testigos antes del juicio, dando la idea que el testigo debe llegar a la audiencia y contar todo

lo que sabe para descubrir la verdad. En los sistemas acusatorios, esto no sucede así ya que el abogado es quien debe preparar estratégicamente su caso, elaborar una teoría del caso y ser lo más preciso posible durante la audiencia. No conocer previamente su prueba llevaría al litigante a no poder lograr nunca buenos resultados en sus juicios. En ese contexto se hace imprescindible que los abogados cuenten con las herramientas necesarias para trabajar previamente con sus testigos y así poder reconocer de sus relatos los hechos controvertidos del caso y las proposiciones fácticas favorables al caso que puedan aportar de modo de orientar su relato hacia esos puntos. Para superar la discusión recién expuesta, Gonzalo Rúa nos presenta el quinto libro de la serie **-Examen directo de testigos-** que tiene por objetivo construir una guía práctica que permita a un abogado preparar, planificar y ejecutar un examen directo persuasivo y eficaz. Para ello, el autor comienza precisando las diferencias entre un sistema inquisitivo y uno adversarial en torno a la práctica del examen directo para luego trabajar sobre herramientas específicas de la destreza (técnicas de planificación del examen, guías analíticas para la preparación y acreditación de testigos y peritos, mecanismos de persuasión, tipos de preguntas a realizar) que sirvan a los abogados para presentar una historia persuasiva a través de la prueba testimonial.

Audiencias preliminares



El sexto libro de la colección se titula **Audiencias preliminares** y tiene como autora del mismo a Alejandra Alliaud. En la publicación se trabaja sobre la concepción, presupuestos y particularidades de las audiencias que anteceden al juicio oral

brindando elementos prácticos para cada una de las partes (fiscal, defensor y juez) en lo que refiere a la preparación y ejecución de las audiencias.

Particularmente el texto aborda las audiencias de formalización de la investigación; medidas de coerción; solicitud de producción de medidas de prueba; de aplicación de criterios de oportunidad; de suspensión de juicio a prueba; de control de la acusación y de prueba preparatoria del juicio; así como también de otro tipo de audiencias que los sistemas comenzaron a implementar lentamente como lo puede ser la audiencia de selección del jurado o voir dire.

El gran aporte del libro es rescatar la importancia que tiene dentro del proceso la correcta litigación de las partes durante la etapa preparatoria e intermedia, brindando los conocimientos necesarios para afrontar cada tipo audiencia en base a la comprensión de su dinámica, objetivos específicos y principios que las rigen.

Consideraciones finales

Contar con herramientas que sirvan a los litigantes en el aprendizaje de las nuevas formas de trabajo que exige un sistema adversarial respetuoso de las garantías es, sin lugar a dudas, uno de los primeros pasos para generar una cultura de la oralidad en la región. Romper con la tradición apegada al trámite y proponer un nuevo hacer que implique entender la práctica de los tribunales de otra manera resulta una actividad central para la construcción de la justicia penal republicana y democrática que tanto anhelamos.

La colección que hoy nos presenta Didot se enmarca en dicha labor, en la de generar estudios y manuales prácticos para la enseñanza de una nueva escuela de profesionales del derecho formados en una cultura adversarial.

Ignacio Andrioli
INECIP