

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Termas de Río Hondo, Santiago del Estero,
14/16 de setiembre de 2017.

COMISIÓN: Derecho Procesal Penal

TEMA 4: Conflicto y Comunicación

Ponente: Rita A. Mill

1.1- LENGUAJE Y COMUNICACIÓN.

Desde que el hombre habitó la tierra y comenzó a aglutinarse con otros existió la necesidad de interactuar, es decir de intentar relacionarse. Primero lo hizo de manera *gestual*, valiéndose de símbolos que plasmó en dibujos, en colores, en sonidos musicales, de difícil o nula comprensión hoy para el común de las personas.

Así transitó hacia el cambio más espectacular en la cultura de todos los tiempos, *el lenguaje oral*, para el cual el hombre moderno tiene una clara información genética. El lenguaje le permitió compartir conceptos más complejos y conservar los eventos del pasado a través de la tradición oral.

Con el transcurrir del tiempo volcó ese caudal de conocimientos en el *lenguaje escrito*, manifestación intelectual de valor incalculable.

La escritura transformó en signos la palabra; la historia de boca a boca, de una generación a otra, se plasmó en escritura adquiriendo así perdurabilidad en el tiempo.

La escritura sumeria, la fonética de la civilización hindú, los jeroglíficos egipcios, la fenicia, adoptada luego por los griegos, quienes le agregaron las vocales, se van sucediendo e interrelacionando, a caballo de los continuos desplazamientos territoriales y las permanentes conquistas.

La invención de la imprenta por Gutenberg, a mediados del siglo XV, fue un hito trascendente en la historia de la humanidad, tanto como la aparición de la informática en nuestros tiempos. Cada una en su momento histórico.

Las dos formas de lenguaje permitieron al hombre lograr *la comunicación*. La primera fue una comunicación inmediata, cara a cara; la segunda le permitió trascender al poder hacerlo a través del tiempo y el espacio, adquiriendo permanencia.

Podemos afirmar que donde hay dos seres humanos, existirá la comunicación; como también que la comunicación hace a la subsistencia, funcionamiento y desarrollo de las sociedades como tales.

El origen etimológico del término comunicación lo hallamos en el latín: "*communis*", *común*. De allí que comunicar es justamente la transmisión de ideas y pensamientos, con el propósito de compartirlos con el otro. Esa

transmisión se logra mediante el uso de símbolos comunes, que pueden ser verbales o no.

Si bien se puede afirmar que de manera primaria la comunicación se da entre dos individuos que comparten igual repertorio de signos y tienen reglas semióticas comunes, también es cierto que de manera ampliada, se logra transmitir mensajes, información a grupos de personas, utilizando conjunto de símbolos, signos o señales, que por medio de un lenguaje será codificado y decodificado por los integrantes del proceso comunicacional.

En suma, el concepto de comunicación no queda acotado en manera alguna, ya que el auge del tema y de las teorías esbozadas sobre la comunicación, lo han sido desde las más diversas ramas del conocimiento: la filosofía, la teología, la sociología, la antropología, la lingüística, la psicología, las ciencias políticas o el derecho. Cada una desde su propia perspectiva

El proceso comunicacional supone los siguientes *elementos*:

**emisor*: es quien emite el mensaje, que puede ser, una persona, el autor en un libro de texto, el guionista en un programa de televisión;

**receptor*: es quien recibe la información, que pueden ser uno o muchos; cabe mencionar, que en el uso de determinados medios, el receptor se convierte inmediatamente en emisor, provocando una cadena incontrolable;

**mensaje*: es lo que se pretende transmitir;

**canal*: es el medio físico o soporte material por el que se transmite el mensaje y hace posible que este llegue al receptor; puede ser la voz humana, el libro, la televisión;

**codificación*: es el proceso por el cual el emisor “prepara” la codificación, el mensaje, para que pueda ser comprendido, decodificado por el receptor. Para hacerlo se vale de sus conocimientos acerca del lenguaje, el canal que va a emplear, la persona o grupo de personas que lo van a recibir. Las variables son innumerables y tan diversas y complejas como la vida misma;

**decodificación*: es el proceso inverso que realizan el o los receptores, que tratan de comprender el mensaje, de “descifrarlo”.

1.2-CLASES DE LENGUAJE Y CLASES DE COMUNICACIÓN.

Sin perjuicio de otras posibles categorizaciones, he optado por las siguientes, en el entendimiento que se tratan de clasificaciones clásicas y por lo demás, muy comprensibles.

El lenguaje como medio de expresión compuesto por palabras, podrá ser, de acuerdo a la calidad y naturaleza de ellas:

**literario, artístico o culto*: usado por los escritores en sus obras, es un modelo superior;

**técnico o científico*: utilizado entre profesionales;

**coloquial o familiar*: modalidad estándar empleada en la vida cotidiana;

**vulgar o subestándar*: con palabras groseras o toscas, usada por personas que generalmente comparten un código comunicacional (en el hampa, las cárceles, etc).

Por su parte, el término *comunicación*, puede ser pensado en tres sentidos¹:

**la comunicación directa*: es una experiencia antropológica fundamental. Sencillamente, porque no es posible la vida individual o colectiva sin comunicación. Es un modelo cultural, es decir, una representación del otro, porque comunicar consiste en difundir, pero también en interactuar con un individuo o una comunidad.

**la comunicación técnica*: junto a la comunicación directa, la tecnología hizo posible la comunicación a distancia entre dos o más personas (teléfono, radio, televisión, comunicación analógica, comunicación digital, la cibernética en su sentido más amplio). El mundo pasó a ser la tan mencionada “aldea global”.

**la comunicación social*: ya que ella se volvió una necesidad social funcional para las economías interdependientes.

Cabe señalar, que los tres niveles tienen un punto en común: la interacción entre emisor y receptor.

Obvia decir que la que nos convoca es sustancialmente la primera, la *comunicación humana*, que en palabras de Marinés Suares², se debe definir como *un proceso*, que incluye a dos o más emisores-receptores, entre los que circulan mensajes, en una serie de idas y vueltas, por diferentes canales al mismo tiempo o sucesivamente, siendo en el mejor de los casos,

¹ Wolton, Dominique, *Pensar la comunicación*, Ed. Eduntref, 2007, ps. 23/25.

² Suares, Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Editorial Paidós, BsAs, 1996. P.104.

congruentes los mensajes que se envían a través de diferentes canales, pero que siempre se influyen mutuamente. Proceso, que por otra parte, ocurre dentro de un contexto espacial, afectado por un contexto histórico y que finalmente, genera una historia o narrativa, que a veces afecta retroactivamente, historias pasadas.

Puesta a reflexionar en la impactante y al parecer nunca acabada revolución que significó la aparición de la cibernética y su aplicación a las comunicaciones humanas en todos los ámbitos-ya que nada escapa a su accionar- creo que habría que pensarla desde dos dimensiones:

**la dimensión instrumental;*

**la dimensión humanista.*

Respecto de la primera nada más que agregar a lo señalado en un párrafo anterior, al decir que es un hito referencial como lo fue en el siglo XV la aparición de la imprenta. En términos comparativos creo estamos hablando de un auténtico tsunami cultural.

La segunda me ofrece más complicación. Esa interacción a la que hice referencia, ha servido en verdad, para acercar a los hombres en el intercambio de ideas, emociones, informaciones, pero, será que esa ilimitada *cantidad* de contactos goza de igual *calidad* de contenido?.

La explosión de mensajes emitidos permitirá su correcta decodificación por parte del receptor? El contenido de esos mensajes será siempre cierto, honesto, claro, correcto, de buena fe?

Creo que la respuesta a estos interrogantes no será fácil. La iatrogenia derivada de la invasión casi agresiva de la telemática es rápidamente detectada por el común de la gente.

En efecto, han variado sustancialmente los valores sociales, y se ha llegado a internalizar como normales conductas, vocabulario, escenas y demás aspectos del diario vivir, en simultáneo con la casi imposibilidad de los padres y educadores de seleccionar mínimamente los contenidos que llegan a niños y adolescentes, por razones que no es del caso analizar en este trabajo.

Asimismo se debe convenir en que lo que llamamos *la era de la comunicación* se transformó, paradójicamente, *en la era de la incomunicación* directa, de persona a persona. Basta mirar qué hacen los comensales en las

mesas familiares o en las de un restaurante. Lo que observamos, es una “cosificación” de las relaciones sociales Es casi dramático.

Como contrapartida debo admitir que los multimedios han contribuido a imponer determinados valores difíciles de ser aceptados en muchos ámbitos. Tal, el respeto por ciertas minorías, rechazando chanzas de tipo sexual, racistas, etc; la solidaridad masiva, particularmente en determinadas ocasiones o para con grupos específicos, entre otros.

Reconocer que nos sorprenden cada día con la posibilidad hace muy poco inimaginable, de anoticiarnos de los acontecimientos mundiales con total inmediatez a su ocurrencia; de ver y hablar con nuestros seres queridos al otro lado del planeta, entre tantas otras posibilidades.

Es de pensar entonces que hacer un balance actual acerca del impacto que la telemática tiene sobre los seres humanos, como personas, individual y socialmente, resulta harto difícil, por no decir, casi imposible.

Con el decurso del tiempo, sólo la historia podrá juzgar en cuanto benefició y en cuanto perjudicó las relaciones interpersonales pudiendo entonces hacer el respectivo balance.

1.3-COMUNICACIÓN Y CONFLICTO.

La posibilidad del hombre de comunicarse con sus pares significó en simultáneo la aparición de *disputas* por los motivos más variados; por cuestiones básicas al comienzo, por temas más trascendentes luego, y de esta forma se fueron instalando los conflictos más diversos, a los que la sociedad universal trató de dar respuesta en un avance significativo, a través de normas de convivencia orales y no sistematizadas primero y plasmadas más tarde, con la aparición del Estado social de Derecho, en cuerpos de leyes, es decir en normas jurídicas.

Cada sociedad, en cada tiempo, traza una línea o mapa conductual para hacer posible la convivencia entre sus miembros. Para ello establece valores a respetar y cuando la conducta de alguno de ellos los contraviene en perjuicio de sus iguales, de la autoridad o del Estado, aparecen *los conflictos*.

Podemos inferir pues, la necesidad de contar con un cierto orden dentro de una sociedad, cuyos integrantes comparten valores fundantes, y para ello

es menester desarrollar y consolidar políticas de consenso, previendo incluso acciones de coerción.

Todo conflicto supone una confrontación, una lucha entre personas que tienen diferentes posiciones acerca de algo.

Las distintas ramas del conocimiento realizan diversas clasificaciones de los conflictos, haciendo incluso una categorización de ellos; pero en busca de alternativas de simplificación, creo que a los fines que interesa al temario propuesto, podemos hablar de dos clases de conflictos:

*aquél que tiene un proceso anterior, que supone alguna o varias disputas previas que finalmente desembocan en un conflicto cuya superación no logran por sí mismas las partes involucradas, requiriendo inexorablemente de la intervención de un tercero para su resolución;

*aquél, que con o sin situaciones previas entre las partes, estalla por la conducta disruptiva de una de ellas y sin previsión ni voluntad de la otra, que resulta generalmente víctima.

Ello es así, porque³ no todo conflicto es agresivo; a los que incluyen la agresión o la intención deliberada de hacer daño, los llamaremos “*conflictos agresivos*”, y aquellos otros que se desarrollan sin agresión, los llamaremos “*conflictos no-agresivos*”. No hay que identificar conflicto en general con conflicto con agresión.

Como dijera, en ambos casos pueden existir una o más disputas anteriores irresueltas porque no han sido adecuadamente manejadas. Son frecuentemente los roces propios de la vida diaria. Las rencillas intrafamiliares, las vecinales, las laborales, en las escuelas, en los clubes, en las guardias médicas, en los lugares de esparcimiento. *La falta de diálogo* impide resoluciones pacíficas a crisis sencillas. Es que no siempre resulta simple a los protagonistas de un evento hostil gestionar adecuadamente su conflictividad.

Piénsese que las denuncias por riñas encabezan la lista de las que reciben los tribunales porteños⁴. No debe extrañarnos si pensamos en cómo nuestra sociedad ha internalizado que cualquier diferencia de opiniones, cualquier discusión, a veces al paso entre dos conductores, justifica reacciones

³ Suares, ob. cit., p. 74.

⁴ Dato del Diario Clarín del domingo 7/5/17, Suplemento Zona, p. 42.

desmesuradas; es decir se pasa sin solución de continuidad de las diferencias por causas banales a la agresión verbal y enseguida física.

Al instalarse el conflicto no se percibe la mayor parte de las veces, la posibilidad de encontrar salida del mismo mediante la comunicación, el diálogo, el contacto directo, persona a persona; bien podría una madre dialogar con la maestra de su hijo intentando encontrar juntas una salida a los problemas del niño, pero muchas veces se va directo a la agresión verbal y física; o el vecino conversar con quién lo perturba con ruidos molestos para ver si acuerdan un horario o volumen razonable, pero se obvia una conversación y se la reemplaza por la agresión.

A veces se establece la comunicación, pero se la hace a través de medios electrónicos, lo que resulta contraproducente; en efecto, “escudados” tras el celular o la computadora, se envían mensajes que en nada contribuyen a lograr la pacificación, ya que no solo se responden de manera más virulenta, sino que se reenvían, guardan y releen, fomentando resentimientos que en algún momento estallan de manera violenta.

Es a lo que me referí antes cuando mencioné la posibilidad de una conducta disruptiva. Claro que ésta puede aparecer también sin que hayan existido contactos ni situaciones conflictivas entre los protagonistas del suceso. Es lo que ocurre con las acciones violentas en ocasión de ciertos ilícitos muy frecuentes como el robo, la violación, las lesiones o el homicidio, en que el victimario sorprende a la víctima que queda así involucrada en un conflicto contra su voluntad.

El diálogo roto tras el conflicto conduce al deterioro de las relaciones interpersonales, y con ello al sufrimiento, al aislamiento y hasta a las enfermedades físicas o emocionales. Y es entonces cuando se ve como única salida la judicialización del conflicto, porque, lamentablemente, el común de las personas no conoce otra forma de *acceso a justicia*.

Esto nos lleva a pensar en algunas alternativas que permitan restablecer el diálogo, la comunicación que las partes del conflicto ya no vislumbran como posible. No significa que siempre a través de estas opciones se resuelva el conflicto, pero quizá se logren solucionar los problemas que lo generan, porque es la aspiración de la mayor parte de las personas, que prefieren evitar los juicios.

Y justamente a eso apuntan las posibles salidas que aunque con diferentes nombres, son todas pensadas como una alternativa al proceso judicial, especialmente al penal. Es lo conocemos como *justicia restaurativa*, que fija su objeto en la protección, reparación y reconocimiento de las partes, atiende sus necesidades y dolencias, intenta lograr la rehabilitación y responsabilidad del ofensor, con alguna oportunidad de solución y reparación del conflicto, promovida desde la comunidad, que pretende así hacer internalizar *formas pacíficas de resolver los futuros conflictos*.

Debo hacer un paréntesis, ya que no es posible tratar el tema de los conflictos sociales, refiriendo solo a los que son tradicionales en nuestra sociedad, es decir, a los que llamamos comunes.

No puedo soslayar hacer mención a la triste realidad que se vive en nuestro país y muchos de los que nos rodean. Y es que el espectro social está alimentado por actores proclives a la violencia como *el narcotráfico, la delincuencia organizada y los discursos arraigados con sesgo excluyente*. Estos actores son negadores del diálogo, dado que los tres están al margen de toda actividad civilizatoria propia de la actualidad. *Narcotráfico y delincuencia* son factores disonantes de toda sociedad, apelan a la violencia para obtener beneficios, su naturaleza es destructiva y entre ellos generan la auto-limpieza. A su vez, *el discurso excluyente*, es propiciado por sectores que no quieren perder sus privilegios, no reconocen la mutación en las sociedades, no saben competir, usan la fuerza para mantenerse vigentes, persisten en la rudeza verbal para incubar venganzas, aprovechando la crisis de autoridad y el libre albedrío que hasta ahora llevamos recorridos en los primeros 17 años de este siglo⁵.

Dentro de este espectro referencial, resulta bastante claro que no es dable pensar en el uso de las medidas alternas para resolver conflictos. Resulta inimaginable la posibilidad de encontrar salidas diferentes a las de la justicia. Y ello es así porque no es factible resolver conflictos con los mismos ingredientes que los crearon. Es un imperativo ético recrear el núcleo central de valores sustanciales para una convivencia mínimamente aceptable, como el respeto a la vida, la integridad y la dignidad humana.

⁵ Diario Clarín, ya cit., p. 43.

Y ello es así porque en el ejercicio de la civilización se ha llegado a conciliar la necesidad imperiosa que el Estado provea seguridad a la sociedad- provisión que constituye una de las razones de ser del Estado, entre las más radicales y necesarias- y la exigencia ética y hoy jurídica de que lo haga sin lesionar la dignidad humana ni prejuzgar sobre la responsabilidad que está sujeta a juicio. De esta complicada conciliación-ámbito natural para la construcción y preservación del Estado de Derecho-, que garantiza la libertad de todos, no solo la seguridad del inculcado, surge el debido proceso legal en sus diversas vertientes, la penal a la cabeza, y con ella se disipa lo que de otra suerte pudiera plantearse como dilema: seguridad o justicia, paz o derecho. En la era del garantismo, el debido proceso que conduce al esclarecimiento de los hechos y a la sentencia justa,- debido proceso que sirve, pues, al acceso formal y material a la justicia- es prenda de aquella conciliación y del frágil equilibrio en el que se instala⁶.

2.1-MEDIACIÓN PENAL.CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

Puesta a pensar en la genial utopía del hombre desde que es pequeño, cual es ser tratado con justicia, por sus padres y sus maestros, por sus pares, cuando es adulto, advierto que esto último nos enfrenta a paradojas inconciliables.

Siempre se afirma que en el Estado de Derecho el último baluarte de las libertades ciudadanas es la justicia y a ella se recurre cuando nos sentimos vulnerados o tan siquiera amenazados en su disfrute. Pero hoy ese sentimiento va mucho más allá, porque el hombre moderno tiende a judicializar todas las situaciones de su vida diaria, llegando a extremos a veces increíbles, como ser recurrir a un juez por el resultado de un partido de fútbol que se estima mal arbitrado. Ni que hablar cuando se enfrenta a temas sociales o económicos trascendentes, a la defensa de intereses colectivos u otros. Sin embargo, esas mismas personas, cuando deben responder a una encuesta que refiera a la confianza que le merecen sus instituciones públicas, en una gran mayoría se expresan de manera negativa

⁶ Del voto de Sergio García Ramírez, en el fallo de la CorteIDH “Fermín Ramírez vs Guatemala”, Considerando 8.

respecto del accionar de los jueces. Recurren a ellos pero no confían en ellos.

Por otro lado, resulta notable como en los últimos años, el sistema judicial ha recuperado cierta visibilidad. Se discute alrededor de su funcionamiento; asimismo ha ganado espacios en la prensa, todo lo cual demuestra la necesidad de abordarlo como un genuino problema institucional.

Lógica consecuencia de ese concurrir a los estrados judiciales ante cualquier situación que se crea así lo amerita, de esa *judicialización* de los diarios acontecidos, es el desmadre de los estrados judiciales y más puntualmente de la justicia penal tan vinculada a los desbordes producidos por la desocupación creciente en nuestros países, la penetración incesante de los tentáculos extendidos por las organizaciones transnacionales de criminalidad organizada y otros tantos factores socio-económicos y políticos, que lamentablemente no son solo patrimonio argentino⁷.

La crisis derivada de la profunda inadecuación del sistema normativo y judicial con respecto a los procesos políticos y sociales actuales, se enmarca además en una *crisis general de la legalidad* e incluso de la razón jurídica. Ello no es producto de una moda o la difusión de una determinada escuela del pensamiento, sino que tiene directa relación con la llamada crisis general del Estado moderno, tanto en sus aspectos operativos y estructurales, como en las condiciones de legitimidad que provienen de la cultura que lo ha gestado y lo sustenta⁸.

El colapso de los tribunales penales, nos impone la obligación de buscar alternativas posibles de simplificación que nos conduzcan precisamente a lo contrario, es decir, a *la desjudicialización* de todos los conflictos sociales que por sus características propias así lo permitan, para hacer posible un mayor avocamiento del aparato estatal a la persecución y esclarecimiento de los ilícitos de mayor envergadura. Se torna entonces impostergable una adecuada *recategorización de los conflictos*. Como se ve, por una parte,

⁷ Mill de Pereyra, Rita y otros, Derecho procesal penal. Derechos humanos, Vol. I, Edit.UDENE, BsAs 2005.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999, p.45.

saturamos los tribunales, ahora, al parecer, estamos tratando de salirnos de ellos⁹.

Esto será posible, solo si se alza, dice Ricardo J. Klass¹⁰, sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria, pretendía –con escasísimo o nulo éxito- reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas, lo que se sabe resulta imposible.

Concluyo citando a Ciuro Caldani quien cerró una disertación en la ciudad de Rosario¹¹ (Argentina), con esta reflexión: Además de las más amplias y mejores posibilidades de solución para ciertos casos, que satisfacen una visión “micro jurídica que se ha venido imponiendo en la comprensión de los hombres de Derecho, el desarrollo de *las vías alternativas* (tal vez mejor complementarias) para la solución de conflictos significa también un enriquecimiento de la “perspectiva macro jurídica” que se debe desarrollar. Las soluciones complementarias como la negociación y *la mediación*, enriquecen el panorama de conjunto del derecho y mejoran al fin *el despliegue de la condición humana*.

2.2-MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PENAL.

Cuál es la denominación adecuada a una de las salidas alternas más trabajadas por las distintas legislaciones: conciliación o mediación?. Ambos términos son de origen latino.

Mediación, de *mediare*, significa dividir, abrir en el medio, *abrir un canal de comunicación* que se encontraba cerrado.

Conciliación, de *conciliatio*, y esta de *conciliare*, significa lo contrario, unir. Ese es su objetivo, la mediación sería el método para lograrlo.

⁹ Mill, Rita Aurora, *Mediación Penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 203 y sgtes.

¹⁰ Klass, Ricardo, *La obligatoriedad de la persecución penal*, en *Diario La Ley* del viernes 16 de julio de 2004, p. 2.

¹¹ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Conferencia en la Facultad de Derecho de Rosario sobre el tema: “*Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje*”. Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina. 1996.

De lo que he podido extraer de una lectura que va mucho más allá del desarrollo efectuado, concluyo que la palabra *mediación* como método o medio a utilizar para lograr *la conciliación* o *la reconciliación* de los protagonistas de un evento que los ha enfrentado y de sus lógicos intereses en pugna, es quizá la más apropiada, siendo, por otra parte, la de uso más extendido y aceptado, tanto en países europeos como americanos.

De todas formas, tengo para mí, que el nomen juris que se le asigne, es en este caso, una cuestión menor. Lo relevante, será sin duda el logro de los objetivos que se buscan con la implementación y puesta en marcha de este tipo de alternativas al proceso penal tradicional. Aunque, no deja de ser cierto lo señalado por Faget¹², quien expresa, que cuando se pronuncia la palabra *mediador*, inmediatamente se piensa en alguien que reacomoda, que aproxima, un hacedor de la paz que por medio de la diplomacia, la negociación, el debate, el intercambio, se esfuerza en que la gente deje de estar enojada, en aliviar las cargas, en evitar el rencor, en dirigir la cólera, en reconciliar, para en definitiva obtener un acuerdo y restablecer la concordia¹³.

Dije antes, que muchas veces los actores de las confrontaciones interpersonales, no encuentran la mejor manera de gestionarlas, quedando empantanados en sus respectivas posiciones, o lo que es peor, llevando el conflicto a estadios casi sin retorno.

Aparecen entonces en el horizonte desesperanzado de las partes, figuras de personas ajenas a ellas, que intentarán destrabar la situación y encontrar solución a los problemas que llevaron a la confrontación, agotando todas las posibilidades, dejando como última alternativa la ocurrencia a los tribunales, tal los facilitadores, los mediadores, los negociadores, entre otros.

Es que el acceso a justicia que garantiza el art. 25 de la ConvenciónADH , no se alcanza exclusivamente por el acceso a la jurisdicción. En efecto, en innumerables situaciones el encontrar la adecuada y pronta respuesta a los problemas que llevaron a un conflicto, no se logra recurriendo a los tribunales, sino por el contrario, a otros institutos que prevé la normativa

¹² Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, Ed. Érès, Paris, Francia, 1992, p. 11.

¹³ Mill, R.A., *Ob.cit.*, p. 223.

respectiva y cuyo uso, lamentablemente, es algo resistido por los operadores del sistema jurídico formados en la cultura del litigio.

Es que en tanto en *el proceso judicial* lo que importa es el logro de la verdad y ello significa a veces, una investigación profunda que termina destruyendo a una de las partes, con el resentimiento que naturalmente provoca en ella y quizá también en su entorno más directo, en la mediación por el contrario, poco importa la verdad de los hechos. De lo que se trata en este proceso, es que los involucrados gestionen su propio conflicto, que se hagan cargo de él. Para ello se intenta que los protagonistas, que hasta el momento tenían posturas disímiles que los llevaron a sendas confrontaciones respecto de algo, puedan entrever que existen otras formas de encararlas. Es posible que una o ambas partes deban ceder algo, pero sólo así podrán arribar a un punto de encuentro con el menor perjuicio para ambas.

Destaco la circunstancia de que *la gestión del conflicto penal* tiene connotaciones y peculiaridades que la tornen más dificultosa, por lo que creo acertado pensar que una gestión en fases, por etapas podría terminar arrojando mejores resultados¹⁴. Sería como ir colocando más filtros a medida que la gravedad del conflicto se acrecienta, dando de esa forma nuevas posibilidades de lograr *la composición* de los intereses que aparecen en colisión. No advierto pues impedimento, a todo lo que, en definitiva, conduzca a una mejor y más exitosa *gestión del conflicto*. En definitiva, solo de eso se trata.

EL MEDIADOR Y LA COMUNICACIÓN.

Me ha gustado definir al mediador como un arquitecto, un hacedor de consensos. Claro que no siempre que acomete su tarea arriba a un “final feliz”. De igual forma, creo que el hecho de poner en el proceso de mediación todo su empeño, aún en caso de no lograr la conciliación de las partes, su accionar siempre dejará huellas positivas para ellas. Ya el conflicto nunca será visto con igual perspectiva que antes.

¹⁴ Cabe aquí citar un caso paradigmático en relación a la conducción del proceso de mediación, por fases y de forma multidisciplinaria. Fue presentado por las mediadoras intervinientes, del Centro de Mediación de Rosario, Santa Fe en el VI Congreso Mundial de Mediación bajo el nombre: “El poder de la palabra”, obteniendo el Primer Premio de Ponencias, sobre casos reales. Sugiero su lectura.

Obvia decir que las herramientas de trabajo del mediador son la comunicación y la interacción. Esta última se da de forma natural ya que sin ella no hay proceso posible.

Respecto de la primera, se ha dicho¹⁵ que no solo se produjo un cambio en los medios de comunicación, y en las teorías que posibilitan la construcción de dichos medios, sino que también se ha producido un cambio importantísimo en las reflexiones acerca de la comunicación en general y especialmente de la comunicación humana.

Siendo la mediación un proceso comunicacional, se imponen algunas consideraciones sobre el tema.

Se podrá objetar que, de forma innata, todos sabemos comunicarnos. Es cierto, pero si queremos ser más efectivos en nuestros abordajes, si queremos comprender mejor y más rápido a las personas que están con nosotros en el proceso de mediación, si queremos que nuestras preguntas sean bien entendidas, si queremos trabajar profesionalmente, no podemos obviar reflexionar acerca del único instrumento utilizado en la tarea de la mediación: la comunicación.

Es un tema que concierne a todos, pero especialmente a quienes trabajan en el campo de las ciencias sociales. Los sociólogos, los psicólogos, los psicólogos sociales, todos ellos han pensado sobre el tema, y sus aportes lo han enriquecido.

Para los mediadores la comunicación es esencial, y en la actualidad no se pueden obviar las conceptualizaciones basadas en la causalidad circular de Sara Cobb, las referencias a la mediación transformativa sobre la que trabajaron Baruch Bush y Folger, o la perspectiva comunicacional de Barnett Pearce, y todo ello sin olvidar el modelo tradicional de la escuela de Harvard. Todo ello sin perder de vista que siendo la mediación un proceso conversacional, el único material con el que cuenta es la comunicación. Comunicación analógica y comunicación digital, se unen en el sendero del conversar.

Previo al inicio de todo proceso de mediación, que bien se sabe es bastante informal, el mediador deberá identificar el tipo de conflicto que va a enfrentar.

¹⁵ Suares, M., ob. cit., p.92.

El diagnóstico previo le permitirá seleccionar el modelo de mediación a utilizar y también la técnica que considere más apropiada.

Se entiende por técnicas¹⁶ a un conjunto de procedimientos que han resultado de la constante imbricación de teorías y prácticas. Las técnicas son construcciones mentales, esquemas o guías de procedimientos que al aplicarlas producen efectos. Las técnicas se co-construyen entre los mediadores y las partes.

El mediador nunca debe transformarse en juez, tampoco debe pretender persuadir a las partes para que piensen en determinado sentido, pues perdería su neutralidad¹⁷; sí debe “conducirlas” a que repiensen su problema para ver si utilizando otros caminos diferentes a los ya intentados, los protagonistas del conflicto pueden hacerse cargo de su gestión, en un intento de encontrar una solución aceptable para ambos, lo que como ya anticipé, no siempre se consigue.

El mediador debe inducir a las partes a identificar los puntos de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, y a tener una visión del conflicto productiva para ambos¹⁸

En este quehacer, el mediador puede decidir cómo va a realizar las reuniones; si en conjunto desde el inicio o separados y luego en conjunto; también puede recurrir a la colaboración de otros profesionales, de igual o diferente rama y que pudieran ayudar en el proceso con aportes de otras ciencias o puntos de vista diversos dentro de su misma especialidad. Tal sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales, ya que dentro de un marco genérico de actuación, existe cierta flexibilidad pues no se imponen normas taxativas para ello. Y lo fundamental en este proceso comunicacional, no perder nunca de vista el uso de un lenguaje coloquial, accesible aún a adolescentes y personas de escasa o ninguna educación, llegando incluso al uso de lo dimos en llamar lenguaje vulgar o subestándar cuando circunstancias especiales lo ameriten.

Y esto es así, porque *los objetivos finales* de la mediación tienden a:

¹⁶ Suárez, M., ob. cit., p. 242.

¹⁷ Condición hoy fuertemente cuestionada como necesaria a la figura del mediador. Neutralidad, imparcialidad, equidistancia, equidad; neutralidad como medio, neutralidad como fin...

¹⁸ Highon Elena, Álvarez Gladis, Gregorio Carlos, Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Ed. Ad-Hoc, BsAs 1998, p. 196.

- *pacificar el conflicto;
- *procurar la reconciliación entre las partes;
- *posibilitar la reparación voluntaria del daño causado;
- *evitar la re victimización;
- *promover la autocomposición;
- *neutralizar los perjuicios derivados del proceso penal para todos su protagonistas.

Se podrá aspirar al logro de estas finalidades, escribieron Mario A. Juliano y Nicolás Laino¹⁹, cuando se deje de ver a la justicia como un valor óptico absolutamente superior e independiente de las construcciones humanas y sociales, para pasar a verla como un valor gnoseológico, esto es, un valor social, una noción que reporta a lo que un grupo de individuos, en la situación histórica en la que se encuentran, suponen como la mejor solución para un conflicto o grupo de conflictos.

Se trata, continúan, de revalorizar el papel de la víctima, de dejar de verla como un *sujeto de asistencia*, para pasar a verla como una *persona capaz de interactuar* con aquel que ha sido su ofensor.

Es que más allá de un innegable efecto secundario que produce el uso de las medidas alternativas de simplificación, cual es la descompresión del sistema judicial, a lo que se debe atender particularmente es a la función esencial que cumple el derecho en toda sociedad democrática, cual es funcionar como instrumento pacificador para una supervivencia armónica entre sus miembros, a lo que contribuye de manera innegable el acercamiento que provocan los facilitadores o agentes que intermedian para la puesta en marcha de estos métodos de solución de disputas penales.

3.1-PRENSA y COMUNICACIÓN.

El pluralismo y la libertad de expresión y por ende la libertad de prensa, gozan de reconocimiento constitucional. La reforma de 1994 cerró el

¹⁹ Juliano, Mario A. y Laino Nicolás, *La nueva ley de Resolución Alternativa de Conflictos Penales de la Pcia. de Bs.As. Un llano reconocimiento de la obsolescencia del sistema penal.*, Jurisprudencia Argentina, 2006 –IV, Fascículo 1, LexisNexis, Bs.As., p.33.

círculo al proteger también el secreto de las fuentes de información frente a la acción de hábeas data.

Así, la interrelación de los artículos 14, 32, 43 párrafo 3, 68 y 83 permite afirmar que la Argentina es el país donde esa libertad disfruta de un reconocimiento jurídico muy superior al existente en otros Estados de Latinoamérica y en la mayoría de los países del mundo. Precisamente tales cláusulas de la Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial, han sido invocadas frecuentemente como un modelo digno de aspiración y respeto en muchos Estados sudamericanos para paliar las arbitrarias restricciones a la libertad de prensa imperante en sus derechos internos²⁰. Justo es reconocer, sin embargo, que tan grande generosidad y amplitud de los textos plasmados por los constituyentes no siempre tuvieron su correlato en la vida cotidiana de nuestra comunidad. En efecto, los vaivenes institucionales del país se tradujeron innumerables veces en el desconocimiento de la libertad de prensa, ya que nadie ignora que constituye el baluarte de las otras libertades del hombre, cuya protección no es precisamente preocupación de los gobiernos autoritarios²¹. La función que hace a la prensa indispensable en el sistema democrático es la función de información. El periodismo es la espina dorsal de las democracias masivas. El rol de los periodistas es esencialmente político. Son ellos quienes legitiman la información y quienes convierten la información en comunicación. Son los intermediarios indispensables entre el *poder* y la *opinión pública*²².

Si bien es cierto que el deber de la prensa consiste en adquirir el conocimiento de los hechos y transmitirlo lo más objetivamente posible, también lo es que es muy difícil separar la publicación de ideas de las noticias, ya que es prácticamente imposible ser totalmente objetivo en la difusión de estas últimas. Aunque más no sea la extensión, la ubicación y el

²⁰ Badeni, Gregorio, *Suplemento Especial 60° Aniversario*, La Ley 15/XI/95, p. 14.

²¹ Mill, Rita A., Libro de Ponencias Generales del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 157.

²² Entrevista a Dominique Wolton, Diario Clarín, 10/07/05, Zona, p.36.

tratamiento que se da a cada noticia en un medio, ya está demostrado –de algún modo- una toma de posición ideológica respecto de ella²³.

Si a esto añadimos la circunstancia de que detrás de todo medio de prensa existen grupos empresarios de mayor o menor envergadura, pero todos –razonablemente- insertos en la lucha por el sostenimiento económico, lucha cada vez más feroz por el grado de competitividad existente, la tan mentada objetividad se torna casi ilusoria en un gran porcentaje.

El rating, las mediciones de audiencia o venta de ejemplares son el parámetro principal que fija la política de los medios. En el altar de las leyes del mercado se sacrifica el buen gusto, la prudencia informativa y muchas veces la misma verdad principal²⁴.

Y precisamente la difusión de los acontecimientos que constituyen ilícitos penales es donde más se advierten las circunstancias que se acaban de señalar. La prensa amarilla es consciente del impacto que tienen algunos hechos en ciertos estratos sociales de gran importancia numérica. Explora situaciones dramáticas concretas, exacerbando al máximo algunas facetas puntuales que provocan –y lo sabe- reacciones y efectos que en cierta forma *van determinando coincidencia de opiniones entre sus destinatarios*. Se advierte claramente que el sesgo sensacionalista que es habitual imprimir al tratamiento de los hechos delictivos por distintos medios de prensa, impacta fuertemente en un importante y mayoritario sector de la sociedad y aunque otro minoritario –en cantidad- llegue al hartazgo y la saturación y no se interese por tanto abundamiento, su preferencia es irrelevante al momento de decidir la política empresarial. Y ello es comprensible aunque no se compartan ni justifiquen los criterios de opción²⁵.

²³ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa*, La Ley del 01/09/92 p. 3.

²⁴ Eco, Humberto, citado por Héctor Ruíz Nuñez en *Que se oculta detrás de las cámaras ocultas*, Revista de Adepa 1997, p. 19.

En verdad, cuando la sociedad elige cierta clase de símbolos y se le pide al periodismo que trate de morigerar, de acomodar, de achicar la información, hay dos respuestas posibles. En primer lugar, así como el periodismo no se puede coaligar en un sentido, tampoco lo puede hacer en otro. Es práctica y fácticamente imposible que todos los medios de prensa del país digan: vamos o no vamos a cuidar la salud psicológica de esta criatura (una víctima). Esto es imposible, porque hay miles de empresas que deciden sus políticas y miles de periodistas que tienen sus propios principios sobre las cosas. Lo otro, es que cuando se pide que un símbolo social sea ignorado o achicado por el periodismo, ya no se está hablando de la justicia ni de la libertad de prensa, lo que se está pidiendo es que se cambien las reglas básicas del periodismo. El periodismo no puede ignorar lo que a la gente le interesa, si se cambian estas reglas, hay que prepararse para tener muy pocos diarios en venta, informativos cerrados al igual que las radios, porque nadie consume lo que no le interesa²⁶.

Hasta pocos años atrás, los periodistas que se ocupaban de la información policial y/o judicial carecían de formación técnica suficiente y adecuada a la temática y – obviamente- no se limitaban a difundir la noticia, sino que además opinaban, entrevistaban a protagonistas o vecinos, con el grado de apasionamiento que –a favor o en contra- suscitan este tipo de hechos, y como corolario emitían sus propias conclusiones, las que como resulta lógico –aunque sea inconscientemente - eran teñidas en buena medida por su propia historia de vida.

Hoy, esto ha cambiado sustancialmente. Los periodistas que tratan los casos que tienen connotaciones jurídico-penales están, por lo general, altamente capacitados en la temática. Los hay quienes además de ejercer el periodismo, son abogados o están en consulta permanente con profesionales del derecho, lo que ha dado un cariz diferente, sin olvidar que en lo atinente a los hechos delictivos tradicionales, ciertos “movileros” despliegan sin pudor las viejas prácticas.

²⁵ Mill, Rita, en Proceso, prensa y opinión pública, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XV, N° 28, Bs.As., 2002, p.111.

²⁶ Morales Solá, Joaquín, en Revista de Adepa, N° 24, del Seminario “Poder Judicial y Prensa”, Bs. As., 1995, p. 47.

Y así, simple y espontáneamente se va generando una coincidencia insensible de sentimientos, en uno u otro sentido acerca de un asunto o acontecimiento determinado, es decir, se va gestando *la opinión pública o mayoritaria de una comunidad*.

Es esa *opinión pública* orientada o predeterminada a través de los medios de prensa la que después se pronunciará cuando *la decisión jurisdiccional* resuelva el conflicto social provocado por el delito. Y se pronunciará dando mayor o menor credibilidad a los fallos de sus jueces según que éstos coincidan o no con la opinión formada. De allí, la importancia sustancial de la seriedad y responsabilidad con que se encare tan relevante misión ya que si bien es cierto, que las decisiones de los jueces no deben mensurarse con el metro de lo que le agrada al público, también lo es, que la jurisdicción se debilita si, más allá de las llamas contingentes de la popularidad, su ejercicio en su conjunto no cuenta con consenso social; en otros términos, si falta la fe en la comunidad de los jueces²⁷.

LOS JUECES, LA COMUNICACIÓN Y LA PRENSA.

Podría afirmarse que el derecho y la comunicación son ciencias sociales transversales en el sentido de que con cualquiera de ambas podemos atravesar la actividad social que se nos ocurra²⁸.

Pero en tanto todo proceso judicial constituye una redefinición del conflicto según las exigencias de las reglas jurídicas y muchas veces de reglas extrajurídicas y la dimensión normativa impone un recorte del hecho en sus propios términos, excluyendo la información irrelevante para el texto jurídico, la comunicación de la prensa, presenta reglas narrativas distintas a las del proceso penal. Es así entonces que, los medios de comunicación masiva deforman la noticia, en la misma medida en que la justicia lo hace, sólo que ambas aplican reglas de distorsión diferentes. Pero es el caso que en tanto esta última lo hace en la búsqueda de una verdad formalizada que deberá

²⁷ Bruti Liberati, Edmondo, en Autogobierno o control de la magistratura, Feltrinelli, Milán, 1998, p. 142. Es cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, en El Poder Judicial hacia el Siglo XXI, en Derechos y Garantías en el Siglo XXI, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999, p.18.

²⁸ Ercolini, Julián, en Algunos apuntes sobre justicia y medios de comunicación, en Justicia Argentina on line, La mirada de los jueces, publicación de la CSJN y el CIJ, BsAs 2011, p. 59.

estar acomodada a reglas de juego fijadas en la normativa procesal y constitucional, aquella, con escasas excepciones, lo hace por las razones expuestas en el punto anterior y que difieren sustancialmente en la naturaleza de sus objetivos finales.

Lo cierto es que la revolución de las comunicaciones sociales, puso a los ciudadanos ante sí, y a todos ellos frente a los poderes del Estado, en un grado de *comunicación permanente*. Aquí se puede decir, que es irrelevante la posición personal de los magistrados en cuanto al cómo, cuándo y dónde se produzca la comunicación de las decisiones jurisdiccionales, porque es la dinámica tecnológica la que motiva el cambio de *paradigma comunicacional del poder judicial*.

Los jueces aún siguen expresándose por sus sentencias, pero dichas resoluciones son actualmente difundidas al conjunto de la sociedad de manera independiente a la comunicación de las partes y su significación social es analizada y amplificadas por una compleja y extendida gama de medios y herramientas tecnológicas, que las interpretan y resignifican más allá de su significado jurídico estricto. Entender esto, acompañarlo y ayudar a darle un encuadre jurídico adecuado es una forma de construir un sistema institucional estable, moderno y justo²⁹.

Es que arrastrados por los cambios operados en las últimas décadas³⁰, los conflictos o temas que toca abordar a los jueces-en cualquiera de las especialidades- se han ido incorporando a las agendas, cada vez más abultadas de los medios de comunicación, como temas de interés público, al punto que puede hablarse hoy de *“la noticia judicial”* como de una categoría autónoma de la información diaria.

La denominemos *noticia judicial o noticia policial*, lo cierto es que hoy insumen la mayor parte del tiempo y de los espacios de los medios de prensa. También es cierto que el número de plataformas por donde circulan estas noticias se ha desmadrado. Ahora, *el periodista*, además de pensar en el cierre de la primera plana, o en la presentación en crudo de la última información en el noticioso televisivo, debe hacerlo, sin descuidar las aplicaciones móviles y las redes sociales como Facebook, Twitter o Snapcht.

²⁹ Bonadío, Claudio, en texto de cita 25, p.58.

³⁰ Ercolini, J., ya cit., p. 60.

Y en este vertiginoso quehacer tiene que atender y seleccionar el *adecuado lenguaje* a utilizar en cada caso, según *el canal de comunicación* del que se valdrá y conforme el nivel posible de quien o quienes deberán *decodificar su mensaje*.

Por su parte *los jueces*, están recorriendo el largo camino que puede significarles el desterrar el críptico lenguaje en el que las universidades los han formado por largas décadas, “adornado” de infinidad de expresiones en latín³¹, en un esforzado intento por llegar a todos los destinatarios de sus mensajes con la mayor claridad posible. El uso de *un lenguaje simple y llano* no debe identificarse con pérdida de calidad del mensaje. Muy por el contrario, hará que la tarea judicial sea leída, comprendida y valorada en su real significación, evitando distorsiones interpretativas.

Llegados a este punto, y como bien lo expresa Boni³², se puede sostener, que la prensa y la justicia de los países democráticos actuales, comparten el rol de mecanismos de control social. La justicia lo hace desde el lugar que le asignan las constituciones de cualquier sistema republicano: aplicando la ley a los casos concretos. La prensa posibilita que la ciudadanía conozca- y por ende controle- la actividad de cualquiera de los organismos del Estado. Lamentablemente, continúa, hoy tanto la prensa como la justicia se han desviado del ejercicio estricto de su respectiva actividad: la justicia argentina ha sido afectada por casos de corrupción, denuncias de favoritismos y por la sospecha de que, al menos una parte de los magistrados obedece *las sugerencias del poder político*; la prensa, por su parte, muchas veces manipula, modifica o dramatiza las noticias, distorsionando así el derecho de la comunidad de acceder a una información veraz y objetiva.

Un dato no menor, lo constituye el hecho de que en la última década, jueces³³ y periodistas vienen trabajando sobre el problema, en seminarios y eventos conjuntos. No obstante, creo que se impone una mayor aproximación entre el poder judicial y la prensa. Sus roles son diferentes,

³¹ No hace mucho tiempo tuve acceso a una sentencia de la CFCP en el que uno de los jueces votantes transcribió algo así como dos hojas de un texto en francés.

³² Boni, María Pía, en Aspectos éticos del periodismo judicial, en recopilación del Curso Anual de Periodismo Judicial 2003/2004, ps. 248 y ss.

³³ Creo que no se debe perder de vista el hecho de la sanción de los últimos códigos procesales penales en los que el Ministerio Público adquiere un rol trascendente en las investigaciones y también en el juicio, y sería bueno incorporar a los fiscales en el manejo de las buenas prácticas lingüísticas.

pero necesariamente complementarios para la consolidación del sistema democrático. Una mayor aproximación que permitirá conocer mejor las necesidades, problemas y aspiraciones de los jueces y de los periodistas. Un mayor conocimiento recíproco que permita advertir la diferencia que media entre los *tiempos judiciales y los periodísticos*; el error en que incurren algunos jueces al prestarse al “cholulismo” periodístico y la falta de respeto a la investidura judicial en que caen ciertos periodistas en su afán por obtener información; comprender las diferencias que existen entre el lenguaje técnico judicial y el del periodista destinado al hombre común; la necesidad de que ambos sectores, jueces y hombres de prensa fomenten la excelencia con motivo de la prestación de sus servicios; que los periodistas no pretendan enseñarle a los jueces cómo se debe juzgar ni los jueces a aquéllos como deben desarrollar su profesión; que ambos deben superar los preconceptos o prejuicios y que no se debe incurrir en generalizaciones. Y, esa aproximación, sin perjuicio de que subsista la relación de tensión a la que hicimos referencia, se impone por una razón muy sencilla: la prensa, para preservar su libertad, necesita de *un Poder Judicial independiente*, y los jueces, para poder seguir siendo independientes, necesitan que exista *una prensa libre*. Los jueces, igual que los periodistas, podrán ser buenos, mediocres o malos, pero sin libertad e independencia siempre serán irremediablemente malos³⁴.

³⁴ Badeni Gregorio, *Revista de Adepa* de diciembre/99 p. 23.