

GARANTÍAS NO JUDICIALES PARA LA OBTENCIÓN DE JUSTICIA Y EL BIEN DE NUESTRAS COMUNIDADES

(Una visión desde los Derechos Humanos)

Por Rodrigo Speranza Rodriguez

“...; el deseo general de justicia limita la búsqueda de otros fines.”¹

Jhon Rawls

RESUMEN

A lo largo de mis años de estudiante y, luego como profesional he vislumbrado la ineficacia de las garantías judiciales para resolver determinados casos de derecho. Gran número de los conflictos presentes dentro de nuestras sociedades, pretenden ser resueltos por esta vía, lo que trae como consecuencia juicios interminables, juzgados desbordados y una justicia que se limita a trabajar el conflicto, cuando éste, es parte de algo mayor que daré en llamar problema. Y, cuando la justicia judicial llega, muchas veces se limita únicamente a indemnizar un daño ya producido, dejando una cantidad de consecuencias acéfalas de justicia. La pregunta que me hago en este trabajo es la siguiente: ¿Existen garantías que más allá de indemnizar un daño, penetre al fondo de asunto y restaure el problema que lo causa?

En una búsqueda casi desesperada por encontrar la Justicia y el bien de una comunidad que interactúa entre sí y con el medio ambiente al que pertenece, me encontré con lo que es conocido con el nombre de “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” (MARC): procesos de mediación, conciliación y facilitación.

Asimismo me encontré con el término de la “Justicia Restaurativa”. Proceso que reconoce un daño sufrido (moral y/o material) por la afectación de un derecho humano y trabaja desde las partes involucradas para que éstas asuman sus responsabilidades, asuman los cambios necesarios para evitar futuros daños

¹ Teoría de la Justicia; Jhon Rawls; Fondo de Cultura Económica, México; sexta impresión 2006; Traducción de María Dolores González. Pág. 19

(solucionen el problema) y, en cuanto se pueda, reparen los daños generados; cada parte en cuanto lo que le corresponda (principio de responsabilidad común pero diferenciada).

En las páginas que siguen procederé a describir y explicar cómo a través de estos procesos opcionales al judicial, se garantizan los Derechos Humanos, que están consagrados en el bloque Constitucional.

Comenzando por una definición de Justicia, seguiré por definir a las “acciones jurídicas” y a describir aquellos principios necesarios para desarrollar un proceso justo de garantías no judiciales.

Seguidamente pasaré a analizar el alcance del término “Justicia Restaurativa” como concepto necesario para alcanzar la justicia dentro de estas garantías no judiciales como lo son los MARC (mediación, conciliación y facilitación).

Descriptos estos tres modelos pasaré a analizar el rol de los abogados dentro de estos procesos.

Finalmente procederé a hacer mención a un caso cuya resolución debe hacerse a través de mecanismos propios de la Justicia Restaurativa, ya que la voluntariedad de las partes, es el principio más necesario para restaurar el Estado de Derecho al amparo de los preceptos constitucionales en el caso que comentaré: comunidad pesquera de las aguas internacionales del Atlántico sur-occidental.

Palabras Claves: Justicia; “Justicia Restaurativa”; voluntariedad; responsabilidad; diálogo; flexibilidad; gestión del problema y Derechos Humanos.

LA JUSTICIA

En el libro “Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo”, el maestro Couture ofrece varios sentidos a esta palabra: “1) *En sentido ético: virtud consistente en la disposición constante del ánimo de dar a cada uno lo que le corresponde;* 2) *En sentido jurídico: valor que indica el orden jurídico establecido y que éste mediante sus preceptos, tiende a realizar;* 3) *En sentido restringido: legalidad; dicese de lo que se ajusta al derecho establecido;* 4) *En sentido administrativo:...;* 5) *En sentido funcional: ...;* 6) *En sentido de*

competencia:..."². Es decir, el maestro va desde una definición más filosófica hacia otras que son cada vez más estructuradas y propias del derecho positivo vigente en Uruguay.

Sin embargo, al leer el cuarto mandamiento de Couture, podemos apreciar como el término de justicia se acerca más a su definición ética que a las que le siguen: *"Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia."*³

Asociada a la igualdad y a la equidad, el término Justicia ha sido estudiado y analizado desde la antigüedad hasta nuestros tiempos básicamente desde una perspectiva social: dar a cada uno lo que le corresponde⁴. Esta idea pretende analizar la justicia dentro de las relaciones sociales. Este alcance si bien está bien, es limitado en tanto los seres humanos interactuamos con elementos que van más allá de nosotros y que al mismo tiempo, estos elementos nos condicionan como nosotros a ellos. Lo que damos a llamar Medio Ambiente (todo aquello que nos rodea) además de ofrecer las condiciones necesarias para la vida humana, ofrece los recursos necesarios para su desarrollo. Estos recursos o son limitados o requieren de un proceso de desarrollo para ser útiles a nuestros intereses y/o necesidades.

Lo que quiero decir es que la justicia va más allá de dar a cada uno lo que le corresponde; significa también, hacer lo que corresponde a efectos de que las personas que viven en comunidades dentro de la sociedad, puedan desarrollar su derecho a la vida con una dignidad básica que permita la manifestación de derechos como lo son el de la salud y la alimentación.

En este sentido la justicia deja de tener un alcance social para alcanzar un alcance socio-ambiental (el fin de esta amplitud es aumentar el abanico de garantías de protección de los Derechos Humanos).

En los últimos años y a partir de las diferentes revoluciones industriales, los seres humanos han realizado descubrimientos que de un modo u otro pueden

² Vocabulario Jurídico, con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo; Couture; Ediciones Depalma Buenos Aire; 1993; pág. 372 y 373

³ La evolución de la ciencia del derecho con el avance de los derechos humanos (cada vez alcanzando a más personas) como el uso de los principios de prevención, precaución, razonabilidad y ponderación, dan la flexibilidad necesaria para armonizar al Derecho Positivo con la Justicia.

⁴ John Rawls habla de que antes de tomar una decisión que afecte a un tercero, debemos ponernos en su lugar como si fuéramos nosotros mismos los afectados por la decisión.

afectar, modificar y hasta transformar las condiciones del medio ambiente y la suficiencia de recursos que permiten el desarrollo de la vida humana.

En definitiva, mantener un medio ambiente sano es necesario para mantener una vida digna de los que viven⁵.

La Justicia es hacer lo que corresponde y; dar a cada quien lo que le corresponda en el momento que le corresponde.

El momento en que hacemos justicia es fundamental. La justicia preventiva está en evitar el daño y se asocia a un hábito. Es saber encontrar el deber ser antes de acometer una acción con repercusión en el medio ambiente y en otras personas. Es decir, ser justo es acometer acciones en acuerdo a derecho.

Por su lado, la justicia reparadora es cuando el daño ya fue causado y hay que restaurar la situación al estado de derecho, solucionando las causas que lo provocaron o están provocando, así como reparando el daño, en la medida que las posibilidades lo permitan.

ACCIONES JURÍDICAS

De lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución uruguaya se desprende a contrario sensu, que quien tiene derechos, tiene responsabilidades y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 8, todos somos iguales ante la ley. De una interpretación armónica de estos derechos y responsabilidades, en acuerdo con los arts. 72 y 332 de la misma Carta, puedo afirmar que, por disposición positiva, el respeto de los Derechos Humanos no sólo compete a los Organismos del Estado (persona pública), sino que también compete a las personas físicas y jurídicas que se encuentran amparadas por el velo protector del bloque constitucional⁶.

El Pacto de San José de Costa Rica ordena al Estado Parte a hacer respetar los Derechos Humanos; la Corte Interamericana entiende que son todos los Organismos del Estado los que deben hacer cumplir el Pacto. Sin perjuicio de que el Pacto de San José de Costa Rica se limita a la responsabilidad de los Organismos del Estado, son los Organismos del Estado los que se vinculan con las personas físicas y jurídicas y las hacen respetar los Derechos Humanos. En este sentido, y más allá del alcance jurisdiccional de la Corte Interamericana, todas las personas,

⁵ Derechos fundados en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador 1988, ratificado por ley 16.519, en armonía con los arts. 10 del mismo protocolo; arts. 1, 2, 4, 5 del Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por ley 15.737); art. 1º de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; arts. 7, 47, 72 y 332 de la Constitución uruguaya.

⁶ Constitución nacional más los Pactos, Protocolos y Acuerdos Internacionales de Derechos Humanos.

físicas como jurídicas, públicas como privadas, deben respetar los derechos humanos reconocidos por el bloque constitucional. Es decir, no se podrá acudir a la Corte Interamericana por la violación de un derecho humano de parte de un particular pero si se podrá ir a la Corte Interamericana contra el Organismo del Estado que debió garantizar que un particular no vulnere un derecho humano.

Todas las personas, públicas como privadas (físicas como jurídicas), acometemos acciones con repercusión jurídico positiva. Si se acometen en armonía con los Derechos Humanos, pasarán desapercibidas para las garantías judiciales como no judiciales. Sin embargo, si no hay armonía y una de las partes lo decide, puede activar las garantías de los Derechos Humanos y, esas acciones que pasaron desapercibidas, comienzan a ser estudiadas de la ciencia del derecho y pasan a tener relevancia jurídico positiva.

Las personas privadas (físicas como jurídicas) podemos ser entendidas como órganos jurídicos de actuación, que regidos por el principio de libertad, podemos hacer todo aquello que no prohíbe la ley ni cause un daño a un tercero o afecte el orden público (art. 10 de la Constitución uruguaya).

En definitiva, todas nuestras acciones pueden ser analizadas desde una perspectiva jurídico positiva.

Este trabajo, a diferencia de lo que se hace habitualmente en doctrina (donde lo que se busca es encontrar el derecho aplicable), intentará mostrar un camino que ayude a las personas a encontrar (con la ayuda del derecho positivo y en especial del bloque constitucional) las acciones a ser aplicadas para alcanzar la manifestación de los derechos humanos.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS – O PROBLEMAS - (MARP)⁷

Como el título lo expresa, lo que queremos resolver son conflictos. Éste puede ser definido como una situación de disputa o de diferencia entre dos o más partes que de algún modo están interrelacionadas. Sin embargo, el conflicto planteado por las partes, muchas veces es solo una parte de un problema mayor o más complejo

⁷ Elijo usar el término problema por resultar más amigable al momento de resolver diferencias. El término conflicto me resulta más agresivo y provocador de acentuar las diferencias existentes entre las partes.

(incluso con mayor número de partes involucradas). Así se habla del “centro del problema” (el conflicto disparador, aquel que hace que las partes decidan querer resolverlo) y el “epicentro del problema” (las causas verdaderas que dan origen al conflicto o conflictos que se presentan entre las partes involucradas y son necesarias resolver para solucionar el centro de problema y otros conflictos relacionados). Ahora, cuando hay daño o amenaza de daño, el conflicto está directamente conectado con los derechos y las obligaciones (o responsabilidades) de las partes involucradas.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS MARP

Para resolver los problemas a través de garantías no judiciales, haremos uso de una serie de principios que se unen, se relacionan y se armonizan a efectos de desarrollar procesos flexibles y llegar a soluciones que provengan de las mismas partes involucradas y a la vez, sean justas. Sin entrar en analizar en profundidad los principios, pasaré a exponer sus manifestaciones más relevantes para desarrollar procesos de MARP de un modo satisfactorio:

Principio de Libertad⁸: nuestras palabras y acciones deben nacer desde nuestra libertad personal. Sin embargo, al fusionar este principio con los de igualdad y dignidad, de consagración constitucional, la libertad se ve orientada hacia la justicia. Una vez me dijo un profesor que justicia era lo que las partes entendían por justo. Y esto es lo que pretenden los MARP: desarrollar procesos donde sean las partes afectadas por el problema las que lo gestionen y sepan decidir las acciones de derecho más justas a ser asumidas.

Principio de Voluntariedad⁹: Asociado a la libertad, este principio es fundamental en los MARP y no solo aplica a las partes, sino que también al tercero imparcial que ayuda a dirimir el problema o conflicto. En cualquier momento del

⁸ Fundado en el art. 5.1, 11, 12, 13, 15, 16, 21 y 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 3º del Protocolo de San Salvador; art. 5º, 17º, 18, 21, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y; el 10 de la Constitución uruguaya, que asociado a la protección de la dignidad social e individual, presenta como límites a este derechos, la afectación del orden público como de un tercero.

⁹ Fundado en los arts. 6º, 12, 13, 15, 16 del Pacto de San José de Costa Rica; en los arts. 7º, 8º, 18, 19, 21, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y; en los arts. 10, 29, 36, 38, 39, 72 y 332 de la Constitución uruguaya, la voluntariedad es una manifestación de la libertad.

proceso de un MARP, donde alguna de las partes entienda que no se está respetando o aplicando alguno de los principios que se enumeran en este trabajo, cualquier parte, incluso el tercero neutral, puede abandonar el proceso y darlo por terminado sin la necesidad de obtener solución alguna; abriendo la posibilidad de recurrir a otras garantías.

Por su lado, si las partes tienen voluntad de resolver el problema que generó el daño, dejaremos de hablar de obligación y pasaremos a hablar de responsabilidad.

Principio de igualdad (legitimación)¹⁰: Al existir daño (moral o material) podemos decir que hay una víctima y un victimario; un ofendido y un ofensor; un ilícito y un responsable o un obligado y uno al que le asiste derecho. Esta realidad nos ubica en el inicio de un proceso donde a las partes se encuentran interactuando en un estado de desigualdad.

Para resolver esta desigualdad, los procesos alternativos de resolución de conflictos, lo primero que trabajan es en la legitimación de las partes (en especial de la parte afectada -o más débil-) y más allá del poder que tenga cada una, se trabaja en ubicarlas en pie de igualdad a efectos de que los principios restantes puedan ser manifiestos en un estado de pureza tal que permita alcanzar la justicia para ese problema en concreto.

Ya sea a través de un proceso de mediación, de conciliación o de facilitación, esta legitimación debe ser alcanzada a través de diferentes técnicas, métodos o alternativas. La creatividad es muy importante y el objetivo es comenzar por el reconocimiento del respeto hacia la o las otras partes. Esto no se consigue de un momento para otro, lleva un proceso que debe ser resuelto antes de alcanzar una solución al problema. Si el respeto no se alcanza, difícil será alcanzar una solución justa.

Muchas veces, sucede que la víctima y victimario se confunden. Es decir, dentro del problema mayor, hay conflictos donde una de las partes es la víctima y la otra el ofensor y dentro del mismo problema pero dentro de otro conflicto, la

¹⁰ Fundado en los arts. 1º, 11º, 24º del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 2º, 3º, 5º, 24º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3º, 6º, 7º, 8º, 13º, 16º, 17º, 18º del Protocolo de San Salvador y arts. 7º, 8º, 41º, 42º, 53º, 57º de la Constitución uruguaya, se ofrecen las garantías de igualdad como se da legitimación a través de una protección especial a personas que por las características de la relación en que se encuentran están en una situación natural de desigual (niños, trabajadores, etc.).

victima es el ofensor y el que era ofensor en el conflicto anterior, se transforma en víctima. La ausencia de procesos tan estructurados permite a las garantías no judiciales como lo son los MARP, abordar estas complejidades con mayor flexibilidad.

Asimismo y para procurar la igualdad entre las partes, éstas deben actuar basadas en la lealtad y la buena fe.

Democracia¹¹: En aquellos procesos multiparte, es la democracia el mecanismo de manifestación de la libertad. Siendo el consenso su herramienta predilecta. Cuando este no se puede alcanzar, por la cantidad de partes involucradas o por falta de acuerdos, son las mayorías las que toman las decisiones. Sin embargo, hay un límite a la libertad: los derechos humanos. Derechos humanos que se manifiestan a través del respeto a la vida, a la libertad, a la igualdad y a la dignidad de las partes involucradas. En casos complejos será la multidisciplinariedad la que oriente hacia las soluciones justas. Cualquier solución que atente en diferentes grados, poniendo en aparente conflicto a los Derechos Humanos involucrados, debe ser resuelta con la ayuda de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Principio de Dignidad¹²: por su contrario, podemos afirmar que toda solución que se adopte por las partes, no puede ni debe degradar o humillar a la otra parte. Las decisiones deben ser asumidas con responsabilidad y estar basadas en la igualdad, el respeto y la libertad.

Existe una gradualidad en la manifestación de este derecho. Sin perjuicio de que debe existir un mínimo aceptable de trato digno entre las partes, si las condiciones lo permiten, el grado de dignidad debe aumentarse en atención a los

¹¹ Fundada en los arts. 7º, 8º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 23º, 24º, 25º del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 1º, 10º, 18º, 19º, 21º, 22º, 25º, 26º, 27º (“...*tener su propia vida cultural*...”); art. 14º del Protocolo de San Salvador; arts. 1º, 3º, 4º, 8º, 9º, 10º, 29º, 36º, 38º, 39, 41º, numeral 1), literal b) del 47º, 68º, 70º, 71º, 72º, 73º y ss., 82, 332 de la Constitución uruguayaya, la democracia es el derecho que tenemos de participar en la gobernanza del pueblo. Este derecho es la pluralidad armónica de la libertad individual. Si somos capaces de autogobernarnos en aquellos asuntos que nos competen, alcanzaremos la soberanía de nuestros pueblos.

¹² Fundada en los arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11º, 12º, 18º, 26º, 29º del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 14º, 16º, 17º, 24º, 27º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 16º, 17º, 18º del Protocolo de San Salvador; arts. 7º, 8º, 12º, 26º, 44º, 45º, 46º, 47º, 52º, 53º, 54º, 68º, 70º, 71º, 72º, 332º de la Constitución uruguayaya, la dignidad es una condición necesaria para el desarrollo de la vida de las personas.

principios de equidad y justicia que exista entre el problema y las partes involucradas.

Principio de la Verdad (honestidad); de acceso a la información¹³: dos son los tipos de conflictos que se presentan entre partes: i) de relación y ii) de contenido.

i) Los problemas de relación parecen ser más difíciles de resolver. Sin embargo, el ser honestos y lograr explicar nuestras posiciones, intereses y necesidades permite resolver los aspectos relacionales o, por lo menos, hacer que la otra parte entienda el por qué de la posición asumida. Esto, ayudará a resolver los problemas de contenido.

ii) Los problemas de contenido son todos aquellos que están más allá de las relaciones inter-partes. La verdad de lo que sucedió, sucede y puede llegar a suceder es fundamental para tomar decisiones correctas. Ya sea a través de documentos, peritos o simplemente la palabra de una de las partes, ayudará a encontrar la verdad. En este sentido, el acceso a la información suficiente con que cuenten las partes, es fundamental, es una necesidad para alcanzar la justicia.

Principio de Razonabilidad y Ponderación: relacionado a los medios empleados y el fin obtenido en los acuerdos o soluciones que se alcancen dentro de un proceso de MARP. Sin perjuicio de que se esté haciendo referencia a las leyes y no a “acciones de derecho”, podemos hacer propios los requisitos de la Corte Suprema de Argentina: *“la corte exige que las leyes sean razonables, y esto significa varias cosas: 1) que la norma debe perseguir una finalidad constitucional; 2) que los medios deben ser adecuados (exigencia de eficacia) con respecto a los fines; 3) que los medios deben guardar algún grado de proporcionalidad con respecto a los fines; 4) que no es función de los jueces juzgar acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida –lo que excluye la posibilidad de realizar un juicio de necesidad–; y 5) que no se deben alterar los derechos fundamentales, conforme al*

¹³ Fundadas en los arts. 11º, 13º, 14º del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 2º, 19º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 7º, 12º, 72º, 332º de la Constitución uruguaya y en la ley N° 18.381, la información y la verdad son derechos necesarios para alcanzar soluciones con manifestación de justicia.

artículo 28 de la constitución nacional".¹⁴

Es decir: 1) el acuerdo alcanzado, al ser aplicado, debe ser en acuerdo a la Constitución y a los Derechos Humanos. Desde una perspectiva de la ciencia del derecho entiendo que todas las acciones de las personas pueden ser calificadas como jurídicas (en acuerdo a la Constitución y a los Derechos Humanos) o a-jurídicas (contrarias a la Constitución y a los Derechos Humanos). En este sentido podemos, desde una perspectiva positivista, decir que las personas somos órganos jurídicos en constante interacción;

2) los medios elegidos deben ser adecuados para solucionar el problema. Por ejemplo, no es adecuado adquirir o requerir un camión blindado si lo que tengo que trasladar es una suma menor de dinero;

3), La proporcionalidad es definida como *"[e]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser "susceptible" de alcanzar la finalidad perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficiosa o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades."*¹⁵ Es decir, al principio de razonabilidad se suma el hecho de que cuando existan más de una solución posible hay que utilizar aquella que más respete o proteja los Derechos Humanos involucrados o elegir por aquella que menos los afecte.

4) Vinculado al principio de voluntariedad que ya analizaremos, las partes son las que deciden si van a un proceso de MARP y por qué motivo. Sin embargo, y

¹⁴ "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un Estudio comparado"; Mariana A. Sapag; *Dikaion*, ISSN. 0120-8942, Año 22 – Núm 17- 157-198 - Chía, Colombia - Diciembre 2008; Universidad de la Sabana; pág. 177.

¹⁵ "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un Estudio comparado"; Mariana A. Sapag; *Dikaion*, ISSN. 0120-8942, Año 22 – Núm 17- 157-198 - Chía, Colombia - Diciembre 2008; Universidad de la Sabana; pág. 171. Este autor transcribe la definición de Javier Barnes, "introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500

en atención a las características que presente el problema, así como de la aptitud de las partes (voluntariedad), el tercero neutral puede diagnosticar que el problema no es pasible de ser resuelto a través de un MARP.

5) Sí, hay que controlar que la solución no altere a los derechos humanos reconocidos por el bloque de constitucionalidad.

Principio de progresividad: el espíritu de este principio puede interpretarse de la lectura del art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica. Sin perjuicio de que este artículo está orientado a los organismos del Estado, por lo expuesto en el cuerpo de esta monografía, entiendo que alcanza a todas las personas (públicas como privadas; físicas como jurídicas) que decidan iniciar procesos enmarcados en la “justicia restaurativa”. Dentro de la progresividad, el cambio se da a través del desarrollo de procesos progresivos en el tiempo que van avanzando en atención a las capacidades, condiciones y necesidades de las partes involucradas.

Principio de Confidencialidad: a diferencia de lo que ocurre en las garantías judiciales, caracterizadas por ser de conocimiento público; los MARP se caracterizan por su confidencialidad. Su desarrollo (principalmente por el manejo de información que se da) sólo compete a las partes interesadas.

Sin embargo, los procesos de facilitación (que como veremos son procesos multipartes) se pueden volver, por sus características y problemas a resolver, de conocimiento público. Para alcanzar un desarrollo justo, el manejo de la información hacia los medios de comunicación, se transforma en un elemento estratégico.

Principio de Flexibilidad: partiendo del concepto anglosajón del “*sustantive due process of law*” deben ser respetados los principios expuestos bajo determinadas reglas y procedimientos para que el proceso sea válido. Para determinar estas reglas y procedimientos mínimos establecidos podemos hacer una interpretación del espíritu del art. 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin perjuicio de que éste artículo haga referencia a los tribunales y cortes de justicia, podemos extraer aquellas condiciones necesarias para que se

desarrolle un proceso justo: igualdad de las partes frente al mediador; todas las partes deben ser oídas por el mediador; el mediador debe ser imparcial e independiente. En lo que refiere a la publicidad, ya se dijo que estos procesos se rigen por la confidencialidad; la excepción son aquellos procesos multipartes que involucran a una comunidad. Basado en la voluntariedad, ninguna parte es responsable hasta tanto ésta asuma su responsabilidad en el desarrollo del proceso. Derecho a ser informadas del por qué se las cita a un proceso de mediación; derecho a preparar la posición inicial para comenzar el proceso y asistirse de los profesionales que estime necesario; derecho a que el proceso se desarrolle sin trabas de tiempo injustificadas; derecho a participar en el proceso en modo personal y ser asistido de profesional; derecho a ser informada de los derechos y responsabilidades involucradas en el problema; a solicitar la presencia de cualquier tercero de que algún modo esté involucrado o pueda colaborar en la gestión del problema; vasado en la voluntariedad, el derecho a asumir o no sus responsabilidades; derecho a la readaptación social del responsable (la norma hace referencia a los menores pero entiendo que es un derecho que toda persona tiene); en atención a la voluntariedad, si las partes no están de acuerdo con lo acordado tienen derecho a no cumplirlo y recurrir a otras garantías de sus derechos y; vasado en la voluntariedad, siempre que aparezcan nuevos elementos se pueden revisar las soluciones arribadas con anterioridad.

Respetando estas reglas y procedimientos, como los principios expuestos en este apartado, los MARP se desarrollan con falta de ritualidad. En este sentido, la composición y desarrollo del proceso lo van generando las partes que con la dirección del tercero neutral y, en respeto de los principios sustanciales expuestos, van adaptando el proceso a las necesidades del problema a resolver.

Sin ritualismos y dentro de un proceso sin formalidades preestablecidas (pero con estructura), las partes a través de la expresión de sus posiciones¹⁶, intereses¹⁷ y necesidades¹⁸ ponen a luz los derechos y responsabilidades involucrados.

¹⁶ Actitud que la parte asume frente al conflicto. Relacionado a las percepciones que la parte tenga del problema. Expresa lo que quiere la parte.

¹⁷ Aspectos legítimos del problema a resolver. Expresa el por qué quiere lo que quiere la parte.

¹⁸ Aquellos aspectos que se deben resolver para solucionar el problema. Expresa qué se quiere satisfacer, para qué quiere lo que quiere.

A continuación y previo a describir tres modelos de MARP (mediación, conciliación y facilitación) pasaremos a describir el concepto de Justicia Restaurativa que se nos presenta, en forma indistinta y en armonía, dentro de cualquier modelo de MARP que pretenda alcanzar la justicia.

JUSTICIA RESTAURATIVA

En la edad moderna, el concepto de Justicia Restaurativa comienza a ser usado en los Estados Unidos y Canadá a partir de la década de 1970; “... surgió como una forma de tratar los delitos considerados como de menor gravedad (valoración que muchas veces es errónea), tales como los robos y otros delitos contra la propiedad. Sin embargo, hoy en día algunas comunidades cuentan con alternativas restauradoras para tratar las formas más graves de violencia criminal: muertes provocadas por conducir bajo la influencia del alcohol, asaltos, violaciones e, incluso, homicidios”¹⁹. “No obstante, este movimiento le debe muchísimo a otros movimientos anteriores y a diversas tradiciones religiosas y culturales; especialmente, está en deuda con los pueblos indígenas de los Estados Unidos y Nueva Zelanda”²⁰.

Asimismo y como una forma de trabajar en la resolución y transformación del conflicto, “(e)stos enfoques y prácticas restaurativos también se están difundiendo a contextos que van más allá del sistema de justicia penal; por ejemplo, lugares de trabajo, instituciones religiosas y escuelas”²¹, es decir, hacia la resolución de conflictos dentro de la comunidad toda.

Este modelo que comenzó a ser utilizado para resolver delitos de menor cuantía, trae aparejado un cambio de paradigma en el modo de ser abordados los delitos cometidos así como los daños que por diferentes causas, sufre una comunidad. “... confinados en alguna medida a la cultura en que surgen..., la justicia restaurativa debería construirse desde la base hacia arriba, en el seno de

¹⁹ El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; pág. 6

²⁰ El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; pág. 16

²¹ El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; pág. 7.

comunidades que evalúan sus necesidades y recursos por medio del diálogo, y que aplican los principios restauradores a sus propios contextos.... La justicia restaurativa siempre nos invita al diálogo y la exploración”²².

A diferencia del sistema penal tradicional que se caracteriza por referir a una relación entre el Estado y el ofensor (donde la víctima ocupa un papel secundario), la Justicia Restaurativa, con un respaldo legal que la legitime, involucra a todos los interesados (ofensor, víctima, Estado y comunidad afectada) y pone su énfasis en que se haga justicia a la víctima²³. Es decir - y sin perjuicio del castigo que deba asumir el ofensor por la gravedad de sus actos - se trabaja, a partir del diálogo, en la restauración del daño (moral como material) sufrido por la víctima así como en la resolución del problema que lo provocó. Sin embargo, es de destacar que ambos sistemas, el derecho penal tradicional como la justicia restaurativa, no son excluyentes, son complementarios.

Asimismo y con total honestidad hay que decir que la Justicia Restaurativa no es la respuesta a todas las situaciones. Dentro de estos procesos, el principio de voluntariedad se hace indispensable; ya que si el provocador del daño se niega a reconocer su responsabilidad, será imposible iniciar un proceso de diálogo entre los involucrados para la transformación y reparación del daño.

La Justicia Restaurativa es definida como *“un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.”²⁴*

²² El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; págs. 14 y15.

²³ *“La justicia restaurativa tiene un especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de justicia penal. Es frecuente que las víctimas se sientan ignoradas, abandonadas e, incluso, hasta atropelladas por los procesos judiciales. Esto se debe, en parte, a la definición legal de “crimen”, la cual no considera a las víctimas. El crimen es definido como un perjuicio contra el estado, de modo que éste toma el lugar de la víctima”.* El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; págs. 19

²⁴ El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; pág. 45

- *“... proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular”*. Del término ofensa podemos destacar que si hay ofensa, hay ofensor y, si hay ofensor hay víctima. A efectos de superar al derecho penal y entrar a aplicar este concepto restaurador de justicia a toda la ciencia del derecho, es importante hablar de “daño” por representar éste un término más abarcativo que incluye a la ofensa. Asimismo y por ubicarse el daño inmerso dentro de algo mayor que es un problema, debemos dejar de hablar de ofensor y víctima para hablar de interesados directos e interesados indirectos (o de efecto colateral). Siendo los primeros, aquellas partes que están directamente asociadas al daño acaecido por ser éstas, responsables principales de causarlo o por ser quienes lo padecen. Mientras que los segundos, son aquellos que tengan un interés en el daño y que de algún modo sus reglas de convivencia se vean alcanzadas por la ofensa (la comunidad): desde familiares, a vecinos, a amigos, a un organismo del Estado, a una organización no gubernamental o a una empresa. Esta apertura permite el aporte de otras partes, no tanto a la reparación del daño en particular pero si a la resolución del problema que puede haber colaborado en la producción del daño. Es decir, con objeto de solucionar el problema, estos interesados indirectos se pueden ver con la necesidad de asumir ciertas responsabilidades.
- *“... identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa”*. Hacer conciencia de lo que sucedió así como determinar los daños generados, los derechos involucrados, los derechos afectados (violados) y las responsabilidades que cada parte (incluso la comunidad) debió y/o debe asumir.
- *“... con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*. El objeto del proceso es reparar los daños y restaurar el Estado de Derecho a través de la razonabilidad y proporcionalidad de los procesos y las acciones que voluntariamente cada parte decida asumir. Nadie obliga a las partes. Cada una de ellas asume voluntariamente sus derechos y responsabilidades en el daño ocurrido, en el problema que existe.

A diferencia del interés de los sistemas legales o de justicia penal que giran

en torno a los ofensores y el castigo, velando por que los ofensores reciban el castigo merecido; la justicia restaurativa, con el fin de transformar y reparar el daño, **se centra más en las necesidades y en los roles de las partes**. Pero no sólo en las necesidades de las víctimas, sino que también en la de los ofensores y de la comunidad involucrada. Así, se desarrollará un proceso más democrático que al permitir entender las necesidades de las partes, ayudará a conocer aquello que es necesario para producir el cambio esperado o deseado.

A efectos de redondear este término, podemos afirmar, a palabras de Howard Zehr que *“... la justicia restaurativa está construida sobre tres elementos sencillos o pilares: los **daños** y las **necesidades** asociadas a ellos (primeramente de las víctimas, pero también de las comunidades y los ofensores); las **obligaciones** que conlleva este daño, así como las que le dieron origen (obligaciones de los ofensores y también de las comunidades); y **la participación** de todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en la ofensa y su reparación (víctimas, ofensores y otros miembros de la comunidad)”²⁵.*

A continuación, pasaré a describir tres modelos no judiciales de MARP utilizados por la Justicia Restaurativa para gestionar un conflicto a través del respeto de los Derechos Humanos consagrados en el bloque constitucional.

MEDIACIÓN

Garantía no judicial de resolución de conflictos. Es un proceso en el cual dos partes (interesados directos) reciben la ayuda de un tercero para que, a través de técnicas de comunicación y diálogo, las ayude a dirimir y/o gestionar y/o reparar y transformar los problemas que éstas tengan entre sí.

El mediador no tiene por qué ser abogado, pero sí tiene que tener capacitación en Derechos Humanos.

Sin perjuicio de que la asistencia letrada es obligatoria en materia de mediación (art. 2 de la ley 16.995), debo hacer algunas apreciaciones:

²⁵ El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007; pág.31

i) La ley no impone sanción. En tanto exista voluntariedad de los acuerdos arribados estos se cumplirán. Si éstos no se cumplen, siempre está la posibilidad de acudir a una garantía judicial.

ii) Sí entiendo que las partes deben siempre estar asesoradas. Sin embargo, en razón de los temas que se hablan puede ser o no necesaria la presencia letrada de la parte en algunas de las reuniones entre las partes y el mediador. Por ejemplo, en un asunto familiar donde se trabaja mucho en el aspecto de relación.

iii) Siempre que el proceso de mediación termine con un acuerdo firmado, debe existir por lo menos una instancia entre el mediador y las partes acompañadas de sus abogados.

iv) Asimismo, cada vez que la parte lo entienda puede estar asistida de su abogado como de cualquier otro colaborador que en virtud de sus capacidades y aptitudes pueda aportar a resolver el problema.

En definitiva, el mediador analizará el caso y determinará el tipo de asistencia letrada necesaria.

CONCILIACIÓN

Similar a la mediación, la conciliación se diferencia en cuanto aparecen terceros ajenos a las partes que, basados en sus experticias, ofrecen soluciones posibles; sin embargo, las partes no se encuentran obligadas a asumirlas. La voluntariedad sigue siendo la esencia y las posibilidades que da el tercero son sólo más insumos para resolver el problema.

Este tercero ajeno a las partes puede ser el mismo mediador o una tercera persona.

PROCESOS DE FACILITACIÓN

A diferencia de los métodos anteriores caracterizados por ser entre dos partes (sin perjuicio de los interesados indirectos), la facilitación se caracteriza por la pluralidad de partes, con intereses directos, involucradas en el conflicto y/o en el problema que da origen al conflicto.

Proceso democrático por excelencia, trabaja a partir del consenso. Y si este no se obtiene, o no puede ser obtenido en razón del número de partes involucradas, recién ahí se acude a regímenes de mayorías.

Luego de identificar a los actores involucrados, el o los facilitadores inician todo un proceso de diálogo entre las partes. Utilizando diferentes técnicas y métodos de comunicación como lo son la mediación, los círculos, las audiencias, etc., trabajan en las comunidades afectadas por el problema a efectos de identificar sus causas y consensuar alternativas para gestionarlos y restaurarlos.

En estos procesos toda la comunidad se puede ver alcanzada: familias, vecinos, empresas, organizaciones no gubernamentales y reparticiones del Estado.

Así es que se hace necesario analizar las necesidades, los daños sufridos o pasibles de ser sufridos y las responsabilidades - común pero diferenciada habla el principio de derecho ambiental - de cada uno de los actores alcanzados por el o los conflictos que integran al problema.

En definitiva, más allá de que el inicio del trabajo de facilitación esté dado por un conflicto en particular, la facilitación trabaja desde lo que se conoce como el epicentro, es decir, sobre todo problema que esté causando el conflicto.

El principio de progresividad establecido en el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica, es necesario en todo proceso de "justicia restaurativa".

ROL DEL ABOGADO MEDIADOR

En la medida en que el rol de mediador es asumido por un abogado, cambian las responsabilidades. El abogado no se convierte en conciliador pero si en un orientador. Tiene la capacidad y la responsabilidad de identificar límites de comportamiento y comunicárselo a las partes (ya sea a través de reuniones individuales o en conjunto). Y si éstas no respetan estos límites, el abogado mediador tiene la obligación de hacer uso de la voluntariedad del proceso y retirarse del mismo.

Asimismo, el abogado mediador tiene la capacidad de mediar entre las diferencias que se pueden presentar entre los abogados de las partes.

Dentro de los procesos de facilitación y conciliación, al igual que otros peritos y expertos necesarios para la solución de los problemas, la presencia de abogados con capacitación en Derechos Humanos es necesaria para orientar el proceso y su gestión, hacia soluciones justas.

UN CASO CONCRETO COMUNIDAD PESQUERA DEL ATLÁNTICO SUR-OCCIDENTAL

Al compartir este caso, quiero dejar en evidencia que las garantías judiciales en procesos tan complejos como el que se comenta a continuación queda con lagunas jurídicas ya que en lo que los jueces actúan, a la luz de la jurisprudencia actual, es muy limitado. Sin embargo, conozco una excepción dentro de las garantías judiciales en Latinoamérica y es lo que sucedió en el caso de *Autos: «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)*, Argentina, donde la Suprema Corte de Justicia luego de recibir la demanda de los vecinos del lugar en el año 2004, desarrolló un proceso de diálogo entre todos los actores involucrados y culminó en el año 2008 con una sentencia histórica.

Los procesos Facilitadores de Justicia Restaurativa trabajan en el mismo sentido que lo hizo la Suprema Corte de Justicia Argentina con el agregado de que se busca la voluntariedad de los involucrados para iniciar y desarrollar progresivamente, el cambio. Dentro de este proceso participan los facilitadores y toda la comunidad involucrada. Se busca trabajar en una conciencia de justicia donde cada parte es responsable en cuanto le corresponde (responsabilidad común pero diferenciada). En definitiva, la diferencia está en la voluntariedad: mientras que en el proceso judicial se trabaja a través del acto coercitivo y las obligaciones; en la Facilitación Restaurativa se trabaja a través de la asunción de responsabilidades y de las acciones voluntarias de Derecho.

El caso que nos compete, requiere una solución que surja de la voluntariedad de los actores involucrados; a partir de la asunción de responsabilidades. Se ubica dentro de las aguas oceánicas del Atlántico Sur-

Occidental por fuera de nuestra área económica exclusiva. Es decir, en aguas que no son de nadie, aguas internacionales.

Dentro de esas aguas internacionales, se desarrolla una pesca por buques pesqueros de diferentes Países del mundo: China, Taiwan; España; Korea; etc. Cada buque pesquero, está autorizado a pescar la cantidad y variedad que su Estado de pabellón le ha autorizado a efectuar. Sin embargo, no existe entre los diferentes países que pescan en esta región un cruce de información, ni coordinación que permitan conocer la biomasa estimada de productos pesqueros extraídos por estos buques pesqueros, ni mucho menos de las características y composición del ecosistema que los contienen.

A diferencia de lo que sucede con otros puertos de la región, el Puerto de Montevideo está categorizado como de puerto libre (art. 2 de la ley 16.246). Esta condición comercial sumado a otras condiciones existentes en los puertos de la región, provoca alrededor de 400 llegadas de buques pesqueros de bandera extranjera que recalán en el Puerto de Montevideo cada año²⁶. Este hecho pone en evidencia que más allá de que la operación de la pesca se de en aguas internacionales, Uruguay, en función de los bienes y servicios que presta a estos buques pesqueros en el Puerto de Montevideo, es parte de esta industria o comunidad pesquera.

Dos son los mayores problemas que se presentan dentro de esta comunidad pesquera: i) se encuentran afectados Derechos Humanos relacionados a las condiciones de vida, dignas y de trabajo de tripulantes pertenecientes a muchos de esos buques pesqueros extranjeros que recalán en el Puerto de Montevideo y ii) aquellos Derechos Humanos relacionados a la protección de un Medio Ambiente sano a través de un uso depredador, insostenible e insustentable de los recursos marinos por falta de compartir información, coordinación entre los actores involucrados y, por usos y costumbres actuales con efecto depredador.

Por los arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por la ley Nro. 15.737), todos los organismos del Estado, sin importar el lugar que ocupan dentro de la estructura Estatal, deben hacer valer los Derechos Humanos de todas las personas, incluidas las que recalán en el Puerto de Montevideo, dando así cumplimiento al bloque constitucional.

²⁶ Hay casos en que un mismo buque recalca hasta 4 veces al año.

Sin embargo, los organismos del Estado por ser personas jurídicas, sólo pueden hacer aquello que les permite el ordenamiento jurídico. Es decir, necesitan de herramientas jurídicas que les permitan hacer respetar los Derechos Humanos.

Tres son las herramientas jurídicas internacionales que influyen directamente en la protección de los Derechos Humanos y en un desarrollo sostenible de la comunidad pesquera del atlántico sur-occidental:

i) Convenio Internacional de Trabajo (OIT) Nro. 188 (2007). Trata de las relaciones laborales entre los pescadores, el armador o dueño del buque y la participación del Estado de Pabellón del buque pesquero.

ii) Convenio Internacional para la seguridad de los buques pesqueros. Torremolinos 1977 y su Anexo 25 de Ciudad del Cabo, año 2012. Trata de las condiciones de vida y seguridad a bordo del buque (desde el tamaño y diseño de las cámaras de pesca hasta el diseño y dimensiones de los camarotes, ventanas, alturas, salvavidas, etc.).

iii) Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto Destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y no Reglamentada. Aprobado por la conferencia de la FAO durante su 36 período de sesiones (Roma, 18-23 de noviembre de 2009), de conformidad con el párrafo 1 del artículo XIV de la Constitución de la FAO, por medio de la Resolución 11/2009 de 22 de noviembre de 2009. Trata de controles, registros, inspecciones, comunicaciones y toma de medidas como no admitir la entrada a Puerto, de aquellos buques pesqueros involucrados en la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

Las dos primeras refieren a la protección de los Derechos Humanos relacionados a la dignidad de trabajo. Su implementación permitiría a los Estados parte inspeccionar y determinar si las condiciones de vida y trabajo a bordo del buque de pesca extranjero son dignas y, si no lo son, asumir medidas y acciones concretas.

El tercero de ellos refiere a la protección de los Derechos Humanos relacionados a un medio ambiente sano. Esto implica una industria de la pesca en el atlántico sur-occidental con un desarrollo sostenible en el tiempo (derecho de alimentación para las generaciones presentes y futuras).

Con estas herramientas jurídicas que lo respalden, el Estado debe impulsar un proceso de facilitación restaurativa y a través de ese mecanismo, lograr que se cumplan los preceptos constitucionales.

Lo primero en hacerse es determinar los actores involucrados. Dentro del Estado están la Dirección Nacional de Recursos Acuáticos (DINARA) dependiente del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca; Ministerio de Relaciones Exteriores; La Armada Nacional dependiente del Ministerio de Defensa; la Administración Nacional de Puerto (ANP) y la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA) dependiente del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS). Por el lado de los privados están además de la Cámara de Agentes Pesqueros Extranjeros (que comprende a todos los involucrados en la prestación de bienes y servicios a estos buques pesqueros extranjeros), los buques pesqueros extranjeros que recalán en el Puerto de Montevideo y los Estados a los que pertenecen los buques pesqueros. Asimismo y en su calidad de representantes de la comunidad están las Asociaciones Civiles no gubernamentales como las “agrupaciones de personas” que se reúnen bajo un nombre o lema y sin estructura jurídica reconocida por el Estado pero si por las garantías judiciales, tienen fines y propósitos determinados como lo pueden ser un tema barrial, ambiental, etc.²⁷.

Detectados los actores involucrados y con respecto a los Estados dueños del pabellón de la bandera de los buques que recalán en el Puerto de Montevideo, hay que solicitarles que ratifiquen los tres acuerdos internacionales referidos.

Si esto no sucede habrá que tomar las siguientes medidas: i) prohibir la entrada de aquellos buques cuyo Estado de pabellón no hayan ratificado los referidos acuerdos o; ii) realizar acuerdos particulares de contralor y restauración con aquellos buques pesqueros extranjeros cuyo Estado de pabellón no haya ratificado los acuerdos, pero que el buque, esté dispuesto a cumplir lo que estos acuerdos establecen a efectos de poder utilizar los servicios del Puerto de Montevideo.

²⁷ La diferencia entre las agrupaciones y las asociaciones civiles radica en que las primeras carecen de personería jurídica. Sin embargo, si es representativo de un interés y/o de un Derecho Humano y/o de una responsabilidad, hay que tenerlo en cuenta. Además se destaca que de formar estas agrupaciones y que sean reconocidas por las garantías judiciales surge del interpretar el derecho de reunión consagrado en el art. 38, en armonía con los arts. 29, 72 y 332 de la Constitución. Además se suma al bloque constitucional el art. 16 en armonía con los arts. 15, 8.1, 12, 13 y 23.1.a) del Pacto de San José de Costa Rica ratificado por la ley 15.737.

Dentro de este marco normativo, el siguiente paso es comenzar con el cumplimiento de los acuerdos respectivos.

Para el caso del desarrollo sostenible de esta comunidad pesquera, no sólo habrá que trabajar con los buques que recalán en el Puerto de Montevideo, sino que habrá que coordinar y compartir información con todos los Puertos involucrados en la pesca del Atlántico sur-occidental como con los países que tienen buques pescando en dicha región. Algunas de las preguntas a ser contestadas con la información que ya manejan los buques pesqueros son las siguientes: ¿Qué se pesca? ¿Cuánto se pesca? ¿Dónde se Pesca? ¿Cómo se pesca (artes de pesca)?. Asimismo habrá que realizar trabajos científicos para determinar los volúmenes de pesca disponible; épocas de pesca; cantidades a ser pescadas sin afectar la sostenibilidad del recurso; características de los ecosistemas que los contienen a efectos de determinar la capacidad de pesca sin afectar su composición, etc..

En este proceso complejo pero necesario, esta información más otra que se obtenga y una coordinación entre los actores involucrados permitirá asumir decisiones sustentables y sostenibles en cuanto a la explotación de los recursos marinos en la zona del atlántico sur-occidental.

En este sentido, el **principio precautorio** se hace necesario para conocer la biomasa existente en los ecosistemas del atlántico sur-occidental, así como las cantidades y condiciones en que se puede pescar cada especie comerciable, como en qué momento y lugar a efectos de alcanzar un desarrollo sostenible.

En lo que refiere a la protección de los Derechos Humanos de los tripulantes, el proceso de justicia restaurativa se desarrolla a un nivel más acotado. A diferencia de lo que sucede con la pesca sostenible que requiere una multiplicidad de actores interactuando, en la protección de estos derechos el trabajo se hace entre el Estado Rector del Puerto, cada Buque Pesquero Extranjero y si lo ha ratificado, el Estado del Pabellón del Buque.

Para comenzar y, a partir de una fecha que se determine, cada buque pesquero de bandera extranjera que recalé por primera vez en el Puerto de Montevideo, debe someterse a una inspección. El objeto de esta inspección será determinar las condiciones de vida y trabajo a bordo del buque a través del control de los dos acuerdos internacionales referidos.

En caso de que el buque pesquero extranjero no cumpla con las condiciones mínimas de dignidad admitidas, no se lo dejará salir del Puerto de Montevideo hasta que las dignifique. Para esto el Puerto de Montevideo deberá contar con la prestación de los servicios necesarios a través de astilleros, traductores, asistentes sociales y otros necesarios.

Si cumple con las condiciones mínimas de dignidad pero no con las aceptadas y, el buque pesquero de bandera extranjera, reconoce su responsabilidad y declara su intención de seguir recalando en el Puerto de Montevideo, se dará inicio a un proceso de justicia restaurativa que dependerá de la “realidad económica del buque pesquero” así como de las necesidades que deban ser satisfechas para dar por respetados los Derechos Humanos involucrados (principio de progresividad). Si el Estado del Pabellón del buque pesquero ratificó el o los acuerdos internacionales involucrados, este proceso se dará de forma colaborativa entre los dos Estados y el buque.

De común acuerdo se fijará un “programa de actuación restaurativa”²⁸ y las siguientes recaladas del buque pesquero de bandera extranjera en el Puerto de Montevideo, dependerá del avance del buque en el cumplimiento del “programa de actuación restaurativa”. En este sentido, si el buque pesquero, al recalcar nuevamente en el Puerto de Montevideo, avanzó satisfactoriamente en el cumplimiento de las responsabilidades asumidas, se le dejará usar los bienes y servicios que el puerto tiene para ofrecer. En caso de existir incumplimientos por parte del Buque, éste, utilizando los servicios que presta el Puerto de Montevideo, tendrá la posibilidad de ponerse al día en el cumplimiento del plan y, al hacerlo usar los servicios y bienes que brinda el puerto o; podrá seguir incumpliendo y en ese caso se le prohibirá el uso de los bienes y servicios del puerto y, deberá dejar el Puerto de Montevideo.

²⁸ Se destacan las condiciones que hay que cambiar, sus costos y en atención a las capacidades y posibilidades del buque, se fijan plazos de restauración a través de procesos progresivos de cumplimiento.

CONCLUSIONES

- La obtención de justicia está en alcanzar la manifestación armónica de los principios y derechos humanos involucrados en un caso concreto.
- Los Métodos Alternativos de Resolución de Problemas (MARP) aplicados a la Justicia Restaurativa son una garantía indispensable para el desarrollo sostenible de nuestras sociedades contemporáneas, siendo que los mismos son absolutamente respetuosos de todos los preceptos del bloque constitucional.
- Aparece un nuevo rol del abogado. En este sentido y, en su calidad de agente imparcial o como asistente de las partes involucradas, se transforma en una guía jurídica (de conocer el deber ser antes de cada ser) en el proceso de transformación que se inicia y en esa condición trata de asesorar a las partes para que logren soluciones encausadas en los preceptos del bloque constitucional.
- El principio de voluntariedad junto a la asunción de la responsabilidad correspondiente, son requisitos necesarios para alcanzar la justicia dentro de estos procesos de transformación.

Bibliografía

- “LA Historia reciente de la Justicia Restaurativa. Mediación, Círculos y Conferencias”. Paul McCold, Universidad Simon Fraser, Canadá (pmccold@aol.com). Revista, “Delito y Sociedad 35”, año 22, segundo semestre 2013, pág. 9-44.
- “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un Estudio comparado”; Mariana A. Sapag; Díkaion, ISSN. 0120-8942, Año 22 – Núm 17- 157-198 - Chía, Colombia - Diciembre 2008; Universidad de la Sabana.
- El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa; Howard Zehr; Good Books, Intercourse; 2007
- “Teoría de la Justicia”, John Rawls; Fondo de Cultura Económica, México; sexta impresión, año 2006