



Mediación Penal

Alumno: Sebastián Soriano
Carrera: Abogacía
Año: 2013

Mediación Penal

El presente trabajo aborda la mediación penal como especie dentro de la Justicia Restaurativa. Para ello se divide en tres partes, la primera realiza una descripción de los principios de legalidad y de oportunidad, abordando de manera crítica el funcionamiento de los mismos a través del impacto que produce en la víctima, el ofensor y la comunidad en su conjunto. La segunda parte se centra en el análisis descriptivo de la Justicia Restaurativa, mostrando los beneficios que aportan estos tipos de procedimientos restaurativos en la comunidad. Para finalizar, en la tercer y última etapa, el trabajo se enfoca en la mediación penal propiamente dicha, comenzando por una diferenciación del procedimiento de mediación civil; se presenta, además, un análisis crítico de la mediación penal y su relación con los principios constitucionales de "igualdad", "garantía de inocencia y juicio previo"; por otra parte, se realiza una descripción de algunos procedimientos de mediación penal vigentes en la República Argentina, continuando por procedimientos de resolución alternativa de conflictos penales en el derecho comparado y entes supranacionales. El trabajo finaliza con la propuesta de un procedimiento de mediación que el autor entiende apropiado para nuestro derecho, para ello se describen los principios en los que deben sustentarse, los delitos susceptibles de ser sometidos al procedimiento, los legitimados activos, los roles que cumplen en el procedimiento la víctima, el victimario, el Ministerio Público Fiscal, el Juez Penal y el mediador penal, éste último con las características de su actuación y los requisitos exigidos para su designación. Se presenta además, los requisitos formales que debe contener el acta acuerdo.

Criminal Mediation

This monograph discusses criminal mediation as a species within Restorative Justice. It is divided in three parts: the first provides a description of the legality and opportunity principles, assuming a critical perspective of their operation through the impact that produces in the victim, the offender and community as a whole. The second part is a descriptive analysis of Restorative Justice that identifies the benefits restorative procedures provide to the community. To conclude, in the third and last stage, the monograph focuses on criminal mediation itself, beginning with a differentiation of the civil mediation; it also provides a critical analysis of criminal mediation and its relation with the constitutional principles of "equality", "guarantee of innocence and previous trial"; on the other hand it provides a description of some of the criminal procedures in force in the Argentine Republic, continues with the alternative criminal conflicts resolution procedures in compared law and supranational bodies. The monograph concludes with a proposition for mediation procedures that the author deems appropriate for our law. To do so, this chapter provides a description of the principles upon which it must be based: the crimes susceptible to be subjected to the procedure; the active legitimates; and the roles that victim and victimizer, Public Prosecutors Office, the Criminal Judge and the criminal mediator assume in the procedure. This last role with the specific features of its intervention and the requirements for his/her designation. The monograph also presents the formal requirements that the agreement affidavit must contemplate.

"¿Qué, sino el resentimiento y el deseo de venganza, explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien?"

Carlos Santiago Nino

"Ayudar que la sociedad construya la paz: ésa es la función de la justicia"

Alberto Binder

Introducción

Capítulo I: El sistema penal y sus principios

- a. Introducción
- b. El principio de legalidad y el principio de oportunidad
- c. Los fines de la pena

Capítulo II: Sistema penal y sociedad

- a. La víctima y el sistema penal
- b. El ofensor y el sistema penal
- c. La comunidad y el sistema penal

Capítulo III: Justicia Restaurativa

- a. Introducción
- b. Elementos de la justicia restaurativa
- c. La justicia restaurativa y la víctima
- d. La justicia restaurativa y el ofensor
- e. La justicia restaurativa y la comunidad

Capítulo IV: Mediación Penal

- a. Mediación Civil y Mediación Penal
- b. La mediación penal y las garantías constitucionales
- c. La mediación penal en la legislación Argentina
- d. Mediación penal en el derecho comparado (España, Estados Unidos, Latinoamérica)

Capítulo V: Procedimiento de Mediación

- a. Utilidad de la Mediación Penal

- b. Delitos susceptibles de ser sometidos al procedimiento de mediación
- c. Legitimados activos del procedimiento
- d. El rol de la víctima
- e. El rol del victimario
- f. El rol del Ministerio Público Fiscal
- g. El rol del Juez Penal
- h. El mediador penal
- i. Efectos de los acuerdos

Conclusión

Introducción

Cuando hablamos de resolución de conflictos, encontramos una amplia gama de instituciones que trabajan en la desarticulación de las confrontaciones que se producen en la sociedad. Para poder visualizar esto hay que hacerse una imagen de una pirámide, en la que el vértice es ocupado por los tribunales penales, y en el camino, desde la base hacia arriba, se encuentran todas las demás instituciones que a menudo, diariamente, resuelven conflictos antes de llegar al sistema penal propiamente dicho. Así, encontramos a instituciones escolares, la familia, instituciones religiosas, centros vecinales, juzgados de paz, la negociación, etc. El más victimizante, el más burocrático, el que más daño provoca y el más costoso en términos económicos es el que resuelve los conflictos en los tribunales, es decir el juicio penal.

Si se piensa en la aplicación de un método de resolución de conflictos penales, debe pensarse en un conflicto que ya ha llegado al ámbito del sistema penal, es decir aquel conflicto que ya ha excitado a los órganos que deben ejercer a la acción penal, pero que el sistema penal permite, -a través de la mediación- desarticular el conflicto sin necesidad de aplicar la más dañina de las soluciones. Por ello, aplicar la mediación penal es pensar un Derecho Penal de "ultima ratio", un derecho penal que aplique como última instancia su sistema de penas.

Consecuentemente con esto, se encuentra la realidad de un sistema penal que tiene como principio la oficiosidad de la acción penal, es decir que todos los delitos deben ser perseguidos de manera obligatoria y con la misma intensidad por el representante del Ministerio Público Fiscal. Esta realidad nos marca que este principio es imposible de cumplir, en cuanto que

es imposible que se puedan perseguir de oficio todos los delitos que se producen en la sociedad, ya que por un lado nunca son suficientes los recursos con que se cuenta y por otro, si se persiguen absolutamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, se debería juzgar a casi la totalidad de la población.

Ante esta imposibilidad fáctica, el Ministerio Público decide seleccionar qué delitos debe perseguir y qué delitos no. Cuando hablamos de ésta selección hablamos de la aplicación del principio de Oportunidad. Principio que no se encuentra legislado en nuestra legislación de fondo (salvo excepciones) pero sí ha sido tratado en algunas legislaciones provinciales (EJ: Chaco con la Ley de Mediación, Buenos Aires, Mendoza) y que genera un debate doctrinario sobre quién es, Estado Nacional o Provincial, el que puede legislar sobre la disposición de la acción penal. En éste trabajo se analizarán las propuestas doctrinarias de este controvertido tema.

Buscar una alternativa que dé respuestas a los conflictos es el fin propuesto en éste trabajo, por ello el lector no solamente encontrará en él un método de resolver conflictos sino el camino hacia una nueva mirada de justicia, una justicia que no busca castigar, sino que busca pacificar. Esta mirada no es otra que la de la justicia restaurativa, una justicia que busca dar respuestas no violentas a los conflictos que se suceden en nuestra sociedad. Buscando que todos los actores del conflicto participen en su resolución, a saber: víctima, victimario y comunidad.

Para llegar a la conclusión final, este TFG se dividirá en tres partes. En la primera se abordará de manera crítica los principios y las instituciones del sistema penal actual, buscando cuantificar los daños que genera la aplicación de un sistema que castiga

antes de resolver los conflictos. La segunda parte abordará la filosofía de la Justicia Restaurativa y sus escuelas penales, analizando aquellas culturas que tienen una mirada distinta en la forma que se deben resolver los conflictos. La tercera parte estará destinada a la mediación penal que, a su vez, estará subdividida en dos partes: la primera estará enfocada en el contenido axiológico del instituto, donde se analizará el conflicto como elemento de la sociedad y el problema de quién es el titular del conflicto; la segunda parte estará dedicada a desarrollar la mediación penal como procedimiento de resolución de conflicto.

Por último, antes de comenzar, es importante mencionar que este trabajo es un intento de mostrar nuestra realidad y confrontarla con los principios del Derecho Penal actual, un intento por lograr una mirada distinta en la resolución de conflictos, que implique hacerse cargo de nuestra vida en sociedad, y la creación de un derecho penal de "ultima ratio", que sea capaz de desarmar aquellos conflictos que las instituciones intermedias no han podido resolver.

Esperamos lograrlo.

Capítulo I: El sistema penal y sus principios

Introducción:

En este capítulo se abordará no al Derecho Penal como materia propia de derecho, sino al sistema penal en su conjunto. Entendiendo por sistema al conjunto de cosas que, ordenadamente relacionadas entres sí, contribuyen a un determinado objeto (Sarrulle, 1998). Nos referimos al sistema jurídico penal a aquel que en pos de lograr sus objetivos, programa de manera racional la tipificación de los delitos, la persecución, la punición y la ejecución de las sanciones penales para aquellos individuos que han realizado el hecho tipificado por la norma penal.

El derecho penal posee una serie de funciones que le otorga la sociedad, estas funciones en la mayoría de las veces es de imposible cumplimiento. A ejemplo de esto decimos que es imposible perseguir todos los hurtos que se comenten o perseguir todas las lesiones que se producen en riña, incluso la mayoría de ellos nunca llegan a ser conocidos por los órganos encargados de perseguir e investigar los delitos.

Cuando se habla de delitos nos referimos pura y exclusivamente a aquellas acciones que están tipificadas en el Código Penal y en las leyes especiales que integran el plexo normativo de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.

El Derecho Penal, contiene una serie de principios que han sido incorporados a nuestra Constitución Nacional. Así, al ser el Estado el único que posee el monopolio de la fuerza, al ser el único que tiene la potestad de castigar, para poder aplicar una pena se deben respetar ciertos principios que han sido incorporados en el Código Penal y en la Constitución Nacional.

El principio de legalidad

El principio de legalidad penal se caracteriza bajo el lema *nullum crimen nulla poena sine lege penale* funcionando como una verdadera garantía del pretense culpable del delito y la potestad estatal de aplicar un castigo. El principio de legalidad se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Nacional, en su art. 18 donde dice "Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

La legalidad penal impone necesariamente que para condenar penalmente por un delito cometido debe, anteriormente haberse tipificado la conducta como delictiva. La ley nunca es aplicable de manera retroactiva, salvo cuando la misma sea a favor del imputado, así, si un delito deja de tipificarse como tal, todos los condenados anteriores serán beneficiados por la medida legislativa.

En el Derecho Procesal Penal también encontramos un principio de legalidad, pero en este caso se relaciona no ya con la necesidad de preexistencia de una ley sino en la disponibilidad de la acción penal. Entendemos, entonces por legalidad procesal la reacción de los órganos predispuestos buscando la acreditación de un hecho delictivo del cual ha tenido conocimiento para que pueda ser aplicada la pena establecida en la ley de fondo al culpable de su comisión.

Se ha conceptualizado a la legalidad (procesal) como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública) comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el

juzgamiento, y posteriormente, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar. (Cafferatta Nores, 2001).

A diferencia del Principio de legalidad del derecho penal de fondo, la legalidad procesal no se encuentra en las normas constitucionales, es decir, nuestra Constitución en ningún lugar nos dice que cada vez que se cometa un hecho delictivo deba provocarse la iniciación de un juicio o se deba imponer una pena. Además, aun cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio ("acusación, juicio y castigo", es la secuencia prevista por el artículo 60 de la Constitución Nacional), no ordena que aquélla se produzca en todo caso. (Cafferatta Nores, 2001).

La legalidad procesal se encuentra establecida en el Código Penal, al referir en el art. 71 "Deben iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- Las que dependieren de instancia privada;
- Las acciones privadas. "

Como la iniciación de oficio solamente se concibe mediante la actuación de órganos estatales (sólo ellos pueden actuar de oficio), se refiere a todas las acciones, y se utiliza el imperativo deberán, queda claro que esa norma impone el principio de legalidad. (Cafferatta Nores, 2001). Así mismo, el art. 274 del mismo Código reprime la conducta de los Funcionarios públicos que dejaren de promover la persecución de los delincuentes.

El principio de legalidad se presenta con dos características: Inevitabilidad e irretractabilidad. La primera, se hace presente cuando frente a la hipotética comisión de un delito necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal enderezado a la investigación juzgamiento y castigo; la irretractabilidad aparece luego de que haya puesto en marcha la

persecución penal, que no podrá interrumpirse, suspenderse ni hacerse cesar. (Cafferatta Nores, 2001)

Ya caracterizada la legalidad en nuestro sistema penal vemos que se desarrolla de la siguiente manera: Para que haya delito debe haber previamente una ley que defina a esa conducta como tal y una vez cometido el hecho, el Estado debe necesariamente poner en marcha el aparato burocrático a fin de corroborar la existencia del delito y al culpable de su comisión para, finalmente, aplicarle la pena prevista en la ley de fondo.

Principio de Oportunidad

La persecución penal corresponde exclusivamente al Estado por imperio de interés público que le otorga el Derecho Penal.

Como sabemos por el principio de legalidad, el Ministerio Público tiene el deber de promover la acción penal frente a la comisión de un delito y tiene la prohibición de suspenderla una vez iniciada.

Ante la imposibilidad fáctica de investigar, perseguir y condenar todas las conductas tipificadas que se llevan a cabo en la sociedad y que ingresan al sistema penal, se hace necesaria la creación de mecanismos formales que permitan seleccionar los casos que ingresan al sistema penal, dejando fuera de éste a aquellos donde aparezca como innecesaria la aplicación del poder punitivo por parte del Estado; contribuyendo así a la eficiencia del sistema, ya que al excluir los hechos de menor entidad, posibilita la descompresión de los órganos judiciales generando un mejor tratamiento de aquellos casos en que se requiera la efectiva intervención de la justicia penal.

Los criterios de oportunidad tienen dos objetivos principales, que son:

- La descriminalización de los hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte necesaria su aplicación.
- La eficiencia en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método social, en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural provoca la afirmación rígida del principio de legalidad. (Maier, 1999)

Hay dos modelos existentes en los sistemas penales que consideran al principio de oportunidad de diferente manera. El primero como regla y el segundo como excepción al principio de legalidad.

El primero de ellos, utilizado en el sistema de enjuiciamiento de Estados Unidos, desconoce el principio de legalidad. Es el Ministerio Público quien tiene la facultad de decidir qué causas perseguir penalmente. Es el Fiscal el que domina completamente el procedimiento, otorgándosele facultades absolutamente discrecionales.

La oportunidad como excepción es el sistema adoptado por Alemania. Aquí los poderes discrecionales del Ministerio Público encuentran su ámbito de aplicación en la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente o desistiendo de su ejercicio cuando le es permitido, si hubiese sido promovida. Las condiciones para llevar a la práctica el principio de oportunidad se encuentran

taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio se encuentra sujeto a aprobación por el Juez o tribunal. (Santella, 2009)

El problema del principio de oportunidad se plantea en quién puede legislar, según nuestro sistema constitucional argentino, los criterios de oportunidad. ¿Las provincias o el Congreso Nacional?

No existe un precepto constitucional que explícitamente prohíba a las provincias argentinas legislar sobre criterios de oportunidad. Lo que sí se encuentra son interpretaciones doctrinarias de la norma magna.

Nuestra constitución, en su génesis, las provincias delegaron algunas funciones a la Nación, entre ellas se encuentra el dictado del Código Penal. Dice el art. 75, "Corresponde al Congreso:... inc. 12.- Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales,...".

Por otra parte el Código Penal contiene artículos destinados a regir las acciones penales. Estableciendo, en el art. 71 que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales. A esta disposición del Código Penal, se debe sumar la del art. 274, que sanciona al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

Además de estas disposiciones, el Código legisla, para todas las jurisdicciones, los medios de extinción de la acción penal. Dice el art. 59: "La acción penal se extinguirá:

1. Por la muerte del imputado;
2. Por la amnistía;

3. Por la prescripción;
4. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada"

Es decir, nuestro Código Penal legisla taxativamente las formas o los motivos por el cual la acción penal se extinguirá. Cabe suponer, entonces, que solamente puede legislar sobre la acción penal el Congreso Nacional, ya que es éste el único habilitado para dictar el Código Penal.

Es importante recalcar que los criterios de oportunidad implican un ejercicio, en más o en menos, de la discrecionalidad de las acciones penales por parte del Ministerio Público, institución que es legislada por cada una de las provincias cuando dictan sus Constituciones y sus códigos de procedimientos.

Quién puede legislar sobre la acción penal es un tema que divide a la doctrina, que para ser respondido debemos tratar otro interrogante que es ¿Deben formar parte del Código Penal las normas que determinen los medios de extinción de la acción penal?

De éste interrogante saldrá la respuesta si es posible que las provincias puedan legislar sobre criterios de oportunidad. Si la misma es afirmativa, tendríamos que decir que por ser parte del Código Penal solamente puede legislarse sobre los medios de extinción desde el Congreso Nacional. En cambio, de una respuesta negativa, deberíamos establecer que fue el Congreso Nacional el que se ha excedido en sus facultades a la hora de dictar el Código y por ello las provincias pueden legislar sobre ese tema.

A favor de la primera postura encontramos el denominado "Argumento Histórico", esto significa que la materia, históricamente, siempre fue tratada en el Código Penal y que los constituyentes de 1853 habían entendido que esto formaba parte

del Cód. Penal, y por lo tanto materia del Congreso Nacional. Pero, qué entendieron lo constituyentes de 1853 por Cód. Penal, es algo que en realidad no se puede saber con precisión, por lo tanto es insuficiente sostener sólo ese argumento. (Molina, 2002).

También encontramos quienes sostienen que si el Estado Federal tiene la competencia para fijar los delitos es razonable que se tenga la competencia para establecer las condiciones que están estrechamente vinculadas a la eficacia de la punición. Hay que tener en cuenta que aquí se piensa al concepto de acción como una pura facultad del estado vinculada a la eficacia de la persecución penal.

Ahora, si se ha aceptado que son las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razonable que también ellas organicen el poder requirente.

Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que el Estado provincial sea el que deba establecer las condiciones de ese poder requirente. Se ha criticado esta postura porque generaría desigualdades dentro del proceso, ya que produciría distintas respuestas del sistema punitivo en distintas provincias. Alberto Binder sobre esto señala que el problema de las desigualdades de la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal. La existencia de regímenes excarcelatorios distintos entre provincias genera, también, desigualdades o la existencia de procesos inquisitivos en una provincia y otros de contenido acusatorio también genera las mismas desigualdades. Para ello la Corte Suprema es el órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, a través del recurso extraordinario. (Binder, 2009)

Hay que tener en cuenta que a medida que las provincias van adoptando un sistema de procedimiento penal acusatorio, en el cual se le otorga al Ministerio Público un papel más preponderante en la organización de la investigación y la persecución penal se hace más notoria la necesidad que sean las legislaturas provinciales, conocedoras de sus realidades locales, que sean capaces de legislar las prioridades de la persecución penal. (Binder, 2009)

Ante la divergencia de opiniones al respecto (de larga data) creo necesaria la creación de una legislación nacional que despeje todo tipo de dudas con respecto a las facultades de las provincias de legislar sobre la acción penal.

La función de la Pena

Al analizar la crisis en la que se encuentra el sistema Penal es necesario analizar la función que cumple la pena, es decir cuál es el fin que se busca al aplicar determinado castigo a un individuo que ha cometido una infracción penal.

En materia de función de la pena hay dos grandes tendencias de pensamiento: una, que concibe a la pena como un modo de retribuir el mal que se ha causado con el delito; y otra, preventiva, la concibe como un medio tendiente a evitar conductas futuras similares.

Las teorías retribucionistas encuentran un nexo necesario y natural entre la transgresión y la pena consecuente (Sarrulle, 1998).

Entre los máximos exponentes de estas teorías filosófico-jurídicas encontramos a Kant, que expone el retribucionismo moral, y a la teoría del retribucionismo jurídico expresado por Heggel.

Para Kant la pena se fundamenta en una retribución a la culpabilidad del sujeto. Elimina del concepto de pena cualquier sentido utilitario, la pena solamente es una exigencia de la justicia.

Hegel hace hincapié en su dialéctica para fundamentar la función retribucionista de la pena. La violencia se elimina con la violencia. Por lo tanto, como segunda violencia, que es eliminación de una primera, es legítima, no sólo en ciertas condiciones sino necesariamente. Lo que importa es que el delito debe ser eliminado, no como la producción de un perjuicio, sino como la lesión del derecho en cuanto derecho.

De tal forma, Hegel concibe el delito como la negación del derecho, y la pena como la negación de la negación, es decir como la anulación del delito, que de otra manera sería válido, concibiéndola como modo de restablecimiento del derecho. (Sarrulle, 1998).

El retribucionismo concibe, siempre, la aplicación de un mal en retribución al mal causado, y no toma el mal causado a la víctima sino que concibe el delito como un mal causado a la sociedad y al derecho.

Las teorías preventivas o utilitaristas, fundamentan la aplicación de las penas a evitar que se produzcan en el futuro nuevas infracciones al ordenamiento jurídico penal. Presentando, además, dos variantes, una llamada "Prevención especial" dirigida al sujeto particular imponiéndolo a evitar transgresiones futuras; otra llamada "Prevención general" dirigida a la sociedad en su conjunto advirtiéndoles las consecuencias del delito y, además, demostrar la vigencia de la ley que se evidencia con el cumplimiento de la pena.

Para la prevención especial la pena tiene como fin la corrección y la reeducación del delincuente, a través de su "aseguramiento" para que éste se aparte de la comisión de futuros ilícitos.

(Keymer Ávila, 2007) Así, tenemos la prevención especial positiva que busca la corrección y resocialización a través de una adecuada ejecución de la pena. Y la prevención especial negativa, que intenta conseguir el fin preventivo propuesto a través del aislamiento del delincuente.

De la misma manera que la prevención especial, la general también se subdivide en Positiva y negativa.

Se denomina prevención general positiva a la que se da a través de la integración disciplinar de todos los asociados, es decir, a través del reforzamiento de la fidelidad de los asociados al orden constituido (Ferrajoli).

La prevención general negativa consiste en la intimidación de los miembros de la sociedad a través de la amenaza de una pena o mediante el ejemplo que supone la aplicación concreta de la pena a uno de los asociados que ha cometido un delito.

Las críticas que se han realizado a las teorías de la prevención especial y general son las siguientes:

En primer lugar, teniendo en cuenta la prevención especial, se sostiene doctrinariamente que no es posible resocializar o reeducar con miras a la libertad cumpliendo penas en cautiverio. El daño que se causa al reo no logra con los fines propuestos. Sumado a esto, las cárceles son consideradas por la doctrina como instituciones con efecto criminológico.

En lo que respecta a la prevención general, la objeción kantiana, según la cual si un hombre es penado con miras a la prevención general, el hombre aparecería cumpliendo un rol instrumental respecto de la sociedad, lo que definiría un rasgo organicista de la misma. (Sarrulle, 1998).

Capítulo II: Sistema Penal y Sociedad

La víctima y el sistema penal

La acción penal, en nuestro ordenamiento jurídico penal, es de carácter público, salvo la excepción de los delitos de acción privada. Al ser la acción pública, es ejercida por el Ministerio Público, independientemente del interés en la persecución por parte de la víctima.

La víctima, principal afectada del delito es dejada a un lado en la decisión del modo a resolver el conflicto penal al que ha sido envuelta de manera involuntaria. Si bien cuenta con la posibilidad de ejercer la acción civil para poder recibir un valor monetario en compensación por los daños civiles y morales producidos por efectos del delito, ésta compensación, en muchos casos puede no ser querida por la víctima y en otros tantos, querida por la víctima, no llegue a ser ejecutada por limitaciones a las deudas civiles propias del ordenamiento jurídico (bien de familia, bancarrota, etc.).

Sin el ejercicio de la acción penal, a la víctima sólo le queda participar como querellante particular en el procedimiento penal. Ésta figura procesal le otorga ciertas funciones dentro del procedimiento: recusar, proporcionar elementos de convicción y argumentar sobre ellos, etc.

Nuestro derecho penal se encuentra fundado casi exclusivamente sobre la acción pública. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la definición de acción es siempre un poder individual de poner en marcha el mecanismo del Estado, el derecho penal es una parte del derecho que funciona sin acción ya que es impropio decir que la acción es Pública. (Binder, 2009)

Hay otro punto importante que debemos tener en cuenta para analizar la crisis del sistema penal, que es la capacidad real para

“resolver” los conflictos penales que se suscitan en la sociedad. Así, según datos del Ministerio de Justicia de la Nación, la cantidad de sentencias condenatorias frente a la cantidad de delitos denunciados son los siguientes, reflejando un porcentaje de efectividad en los conflictos penales de **(ver cuadro 1.1)**

Cuadro 1.1: DISTRIBUCIÓN DE HECHOS DELICTIVOS Y SENTENCIAS CONDENATORIAS POR TIPO DE DELITO¹

| Tipo de Delito | Año 2008 | | |
|------------------------------------------|-------------------------------|-----------------------------------------|------------|
| | Cantidad de hechos delictivos | **Sentencias Condenatorias según delito | PORCENTAJE |
| <i>Homicidios Dolosos</i> | 2.305 | 1.094 | 47,46% |
| Total de Delitos contra las personas | 297.825 | 4.925 | 1,65% |
| <i>Robos</i> | 398.361 | 15.877 | 3,99% |
| Total de Delitos contra la Propiedad | 769.227 | 20.353 | 2,65% |
| Delitos contra el Honor | 244 | 12 | 4,92% |
| Delitos contra la Integridad sexual | 10.360 | 1.381 | 13,33% |
| Delitos contra el Estado Civil | 124 | 5 | 4,03% |
| Delitos contra la Libertad | 144.242 | 1.829 | 1,27% |
| Delitos contra la Seguridad Pública | 5.992 | 2.875 | 47,98% |
| Delitos contra el Orden Público | 2.126 | 77 | 3,62% |
| Delitos contra la Seguridad de la Nación | 36 | 0 | 0,00% |
| Delitos contra los Poderes Públicos | 144 | 0 | 0,00% |
| Delitos contra la Administración Pública | 16.101 | 2.179 | 13,53% |
| Delitos contra la Fe Pública | 3.567 | 427 | 11,97% |
| Delitos previstos en Leyes Especiales | 30.986 | 660 | 2,13% |
| Delitos previstos en Ley 23.737 | 30.003 | 2.050 | 6,83% |

Teniendo en cuenta estos datos estadísticos, y como dice el maestro Binder, carece de sentido, (y además se genera una situación de desinterés) que el Estado asuma para sí el ejercicio de una persecución penal y excluya a la víctima o la deje con

¹ Datos suministrados por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Consultado el 10-10-2012 en http://www.jus.gob.ar/media/109063/Argentina2008_sent.pdf

facultades menores y luego, ya sea por razones de sobrecarga de trabajo o prioridades o por cualquier otra razón, no ejerza en concreto esta persecución penal. (Binder, 2009)

Como hablamos en apartados anteriores, el principio general (Legalidad) es que el estado debe ejercer el poder penal en todos los delitos producidos en la sociedad. Sin embargo, ésta es una definición genérica, ya que en el caso particular el Estado, en la mayoría de las veces, o porque no tiene interés o porque los recursos son siempre escasos decide perseguir otros casos de mayor relevancia. Ésta decisión de "seleccionar" los casos penales es la oportunidad penal.

El juicio de relevancia, es una valoración que se realiza en abstracto, de política criminal, que no participa la víctima, cuya valoración es en concreto y justifica, ya que a ella es la que ha sufrido la vulneración de sus derechos, siempre la necesidad de persecución. Pero es el Estado el que le ha quitado la posibilidad de solicitar a las autoridades que se le reconozcan sus derechos vulnerados, para luego, no ejercer la persecución.

Independientemente de esto, el damnificado al ingresar al sistema penal como víctima ve condicionada la reparación del perjuicio recibido al pronunciamiento de la justicia respecto al ilícito penal a fin de solicitar en sede civil la indemnización correspondiente al perjuicio recibido. (Art. 1101 y 1102 CC)

En el año 94, a través de la ley 24316, se agregó a nuestro Código Penal la figura de la Suspensión de juicio a prueba, permitiendo al imputado de un delito cuyo máximo en la escala penal no exceda los 3 años de prisión o reclusión solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño causado, en la medida de lo posible.

Para que la solicitud tenga efecto no se requiere que el damnificado acepte la reparación ofrecida, ya que es el Juez el

que decidirá si acepta o no el ofrecimiento del imputado. En caso de que la víctima no acepte el ofrecimiento dispuesto por el imputado y aceptado por el juez, tiene habilitada la acción civil.

Otro efecto que tiene la *probation* con respecto a la víctima del delito es que hace inaplicables las reglas de prejudicialidad (Art. 1101 y 1102 C.C.) penal arriba comentadas.

Como vemos el sistema penal actual es incapaz de dar una respuesta efectiva a la víctima, ya sea por su limitada capacidad de respuesta, ya sea porque las respuestas que el procedimiento puede ofrecer impiden satisfacer las necesidades de la víctima, ya que los intereses de ésta no siempre concuerdan con las posibles derivaciones y efectos de una decisión judicial. (Highton, Alvarez y Gregorio; 1998)

Además de la capacidad de respuesta que brinda el Estado a la víctima del delito, se encuentra otro efecto negativo no menor: el de la victimización secundaria.

La victimización secundaria es el trato que recibe la víctima por parte de las agencias del Sistema Penal, y el modo en que éstas abordan su caso, a menudo suele provocar una decepción en quien se ha visto perjudicado por el accionar delictivo. (Barmat, 2000)

La víctima, en el procedimiento del sistema penal, se ve obligado a recordar repetidas veces la experiencia que ha tenido que vivir.

El infractor y el sistema penal

El sistema penal en general es altamente estigmatizante para el infractor, desde que ingresa, aunque su responsabilidad en el hecho que se acusa no haya sido declarada por sentencia, recibe una publicidad negativa frente a la comunidad (traslado por los tribunales esposado, prisión preventiva, limitaciones de traslado, etc.).

La prisión preventiva es otro problema que trae consigo el sistema penal, y en la Argentina se agrava más ya que el número de personas privadas de su libertad sin sentencia firme son más de la mitad de la población carcelaria. (Ver cuadro 2.1). La misma no se utiliza con fines procesales, tal como lo establecen la Constitución Nacional y los pactos con igual jerarquía, sino que son verdaderas penas adelantadas.

CUADRO (2.1): Cantidad de internos por condición procesal. ²

| Provincia o Serv. Penit. | Condenados | Procesados | Imput. Menores o sin discr. | Total | % Procesados |
|--------------------------------|------------|------------|-----------------------------|-------|--------------|
| Servicio Penitenciario Federal | 4592 | 4888 | 43 | 9523 | 51% |
| Buenos Aires | 9976 | 16435 | 492 | 26903 | 61% |
| Catamarca | 251 | 229 | | 480 | 48% |
| Chaco | 643 | 388 | 39 | 1070 | 36% |
| Chubut | 94 | 46 | | 140 | 33% |
| Córdoba | 2766 | 3906 | | 5862 | 67% |
| Corrientes | 513 | 336 | 33 | 882 | 38% |
| Entre Ríos | 583 | 187 | 2 | 770 | 24% |
| Formosa | 194 | 133 | 7 | 334 | 40% |
| Jujuy | 275 | 304 | 1 | 580 | 52% |
| La Pampa | 95 | 65 | 2 | 162 | 40% |
| La Rioja | 141 | 157 | 34 | 332 | 47% |
| Mendoza | 1692 | 934 | | 2626 | 36% |
| Misiones | 608 | 405 | 59 | 1073 | 38% |
| Neuquén | 383 | 158 | | 541 | 29% |
| Río Negro | 402 | 139 | | 541 | 26% |
| Salta | 1020 | 874 | 31 | 1925 | 45% |
| San Juan | 403 | 384 | | 787 | 49% |
| San Luís | 223 | 253 | | 476 | 53% |
| Santa Cruz | 74 | 50 | | 124 | 40% |
| Santa Fé | 1693 | 878 | 1 | 2572 | 34% |
| Santiago del Estero | 202 | 119 | | 321 | 37% |
| Tierra del Fuego | 70 | 46 | | 116 | 40% |
| Tucumán | 427 | 638 | 20 | 1085 | 59% |
| Total Nacional | 27320 | 31952 | 764 | 59225 | 54% |

² Datos suministrados por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Consultado el 10-10-2012 en http://www.infojus.gov.ar/_pdf/sneep/InformesSNEEPARGENTINA2010.pdf

El CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), en su informe anual 2012, informa que en la Provincia de Buenos Aires, del total de los presos sin condena el 88% todavía no llegó a juicio. Además estiman que alrededor de 6000 personas presa sin condena (alrededor de un 30 %) obtendrá la absolución³.

Además, en nuestro derecho penal, como regla general a los delitos se los castiga con penas de prisión o reclusión.

La cárcel supone un sistema total. Funciona como sistema autónomo, con sus propias normas, sus diferentes roles, patrones de comportamiento, sistemas y códigos de comunicación, estilos de vida, su propia economía sumergida, sus grupos de presión, sus agentes de control formales e informales. (Bernabé, 2001)

La cárcel se caracteriza por la rigidez de su organización, con sus procedimientos absolutamente burocráticos. Sobre el reo pesa una estructura con normas rígidas, donde todo se encuentra reglamentado: el descanso, las relaciones sexuales, las visitas, el patio). Esta estructura genera una dependencia absoluta del reo a la institución total. En general, en la prisión reina la atonía y el aburrimiento. Fuera de eso es un orden sin finalidad, una disciplina formalista sin objetivo ni virtud, tan sólo que no molesten. (Bernabé, 2001)

Otro punto que debemos destacar es el efecto somático que presenta la vida en la prisión. La misma genera alteraciones sensoriales, en la imagen personal y en la estructura física del reo.

1. Problemas sensoriales: el hacinamiento y los espacios reducidos en el que se deposita al reo produce alteraciones en los sentidos.

³ CELS: "Derechos Humanos en la Argentina. Informe anual 2012". Consultado el 30-11-2012 en www.cels.org.ar/common/documentos/Informe2012.pdf

1.a. Visión: La arquitectura misma de la prisión, en donde el reo se encuentra continuamente con obstáculos a la visión. Así, las prisiones están construidas con muros altos, pequeñas ventanas, con lugares con poca o nula luz natural, nula gama de colores. Esa configuración espacial produce frecuentes dolores de cabeza y deformaciones en la percepción visual, tanto de las figuras como de los colores.

1.b. Olfato y gusto: la falta de estímulos sensoriales hacen que el reo pierda capacidades olfativas y del gusto. En la cárcel todo huele igual y la comida siempre es desabrida.

2. Alteraciones en la imagen personal: La falta de intimidad y la pérdida de su propia imagen terminan generando faltas en el cuidado personal, presente sobre todo en la falta de aseo, producida no solamente por la escasez de instalaciones sino por la pérdida de motivación para el aseo personal.

3. Tensión muscular: la tensión de la vida diaria que el reo lleva en la cárcel, sumado a la sensación de peligro y el miedo al futuro, sumado a la escasez de movimiento y de práctica deportiva provocan fuertes dolores de musculatura. (Valverde, 1997)

La separación con sus seres queridos es otro castigo que trae consigo la institución carcelaria. Los presos, de un día para otro ya no podrán dormir, comer ni hacer una vida junto con su familia ni círculo íntimo.

La familia que queda afuera de la institución también sufre la prisionización del ser querido, ya que se aleja de la cotidianeidad afectiva (el padre deja de ver a su hijo, la esposa a su esposo, el hijo pierde el contacto con la madre, etc.), además, como muchas veces pasa, el reo deja de aportar los sustentos a la familia, por lo que deberán buscar recursos por otros medios. Por

otra parte, la familia tiene que cargar con la estigmatización de la sociedad hacia ellos por tener un integrante preso.

Cuando el reo recupere la libertad, nuevamente deberá adaptarse a un ambiente distinto, los efectos de la prisionización continuarán en la mente del liberado. Sin preparación alguna pasa de la cárcel, donde se le dice todo lo que tiene que hacer, cómo hacerlo y dónde hacerlo; ahora ha de tomar sus propias decisiones, ponderar las consecuencias, pensar alternativas, planificar su vida en su sistema por completo distinto del penitenciario. (Bernabé, 2001)

La inserción social se produce afuera de la prisión, no dentro de ella, pero los liberados para lograr esta inserción deben sortear distintos problemas, desde conseguir un trabajo digno, volver a armonizar sus relaciones familiares y, como muchas veces ocurre, resolver el inconveniente con la adicción a las drogas.

Conseguir trabajo es una odisea para los liberados, que tienen baja autoestima, baja o casi nula capacitación laboral. Además deben luchar contra la estigmatización social de ser un ex presidiario.

La comunidad y sistema penal

La visión de la política criminal es puramente punitiva, "los delitos se reducen cuando la pena es más dura", transformando el derecho penal en un grupo de acciones prohibidas con una escala de dolor tarifado. Así, cuando más clamor social se levanta sobre hechos de trascendencia pública la comunidad, representada por el sector político, solicita un endurecimiento de las penas o las condiciones del castigo.

La respuesta que tiene que brindar el Estado es la aplicación de un castigo, cuanto más fuerte es el castigo más justa es la percepción de justicia.

Sumada a la incorrecta sensación de justicia, nuestro sistema penal es deficiente para resolver, no ya todos los delitos, sino la mitad de ellos. Como se muestra en el cuadro 1.1 ninguno de los delitos que son denunciados llegan a la mitad de las sentencias condenatorias y si los juntamos a todos, la capacidad de sentencias con respecto a las denuncias es del 3,14%.

Esta escasa capacidad de resolución de los conflictos penales se condice con la capacidad de procesamiento de causas de los juzgados, ya que los mismos se encuentran saturados de causas trabadas por un sistema altamente burocratizado.

Un sistema penal basado puramente en la retribución produce una visión de la justicia puramente vengativa, cárceles llenas y conflictos sin resolución.

Capítulo III: Justicia Restaurativa

Introducción

Entendemos por justicia restaurativa a todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general con la ayuda de un facilitador o mediador. (Belloso Martín)

La justicia restaurativa, llamada también conciliadora o reparadora, busca poner el acento en la reparación del daño causado por el delito más que castigar al responsable del hecho. Para ello se basa en los siguientes elementos:

- Responsabilidad del autor, desde el punto de vista de que cada persona debe responder por los hechos que realiza libremente.
- Reparación del daño causado a la víctima.
- Reintegración del infractor a la comunidad.
- Restablecimientos de los vínculos sociales dañados por el delito.

Las teorías restaurativas ven al delito, más que una acción contraria al derecho, como una agresión de una persona hacia otra, dándole prioridad a subsanar el daño concreto. Si bien es cierto, que la comisión de un hecho legalmente tipificado como delito representa un problema de interés público, este puede quedar agotado cuando las partes llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto. (Mayorga Agüero, 2009)

Este modelo de justicia se centra en tres tipos de preguntas:

1. ¿Quién ha sufrido el daño?

2. ¿Cuáles son las necesidades de la víctima?
3. ¿Quién tiene la obligación de satisfacer esas necesidades?

La primera cuestión trata de lo hablado más arriba, no importa tanto que una norma haya sido dañada sino que el delito ha provocado un daño a alguien. La segunda pregunta, cambia el foco de atención a las necesidades de la víctima y no al castigo del infractor; la tercera, busca la oportunidad de que el infractor asuma la responsabilidad por el daño que ha causado.

Hay diferentes tipos de procedimientos restaurativos, estos procedimientos tienen las características de ser flexibles, por lo que permite una mayor adaptación a cada caso particular. Los procedimientos más frecuentes son: la mediación, las reuniones restaurativas, los círculos, la disculpa formal.

Hay que tener en cuenta que la justicia restaurativa comienza cuando el acusado asume la comisión del hecho delictivo. La posibilidad de que asuma el hecho dañoso es mayor en los procesos restaurativos ya que éstos le brindan la posibilidad de corregir el daño causado y rehacer su vida de manera pacífica. Un punto importante, en orden a la asunción del hecho, es que esa actitud no debe ser tenida en cuenta en el marco del juicio retributivo posterior (en caso de que el procedimiento restaurativo fracase).

Mediación

La mediación es un procedimiento en el cual un tercero neutral busca facilitar la comunicación entre las partes a fin de que ellas logren encontrar una solución en su conflicto. El mediador no posee poder de decisión en el conflicto, sino que son las partes las que buscan voluntariamente resolverlo.

La mediación penal será abordada en el Capítulo IV del presente trabajo.

Reuniones restaurativas

Las reuniones restaurativas son prácticas que involucran a miembros de la comunidad en la resolución del conflicto.

Hay dos tipos de modelos de reuniones. En primer lugar se encuentra la "*family empowerment model*", que está centrado en el resolución de los conflictos penales en los que participan jóvenes de la comunidad, quienes durante la reunión afrontan directamente la conducta realizada y se responsabilizan por las consecuencias del hecho dañoso. Es importante como se involucran con sus familias para diseñar el plan de reparación. (Mayorga Agüero, 2009)

En estos procesos participa un coordinador, que no posee poder de decisión. Además, debe mantenerse totalmente independiente a las partes y a la autoridad estatal.

Ejemplo de este procedimiento es el Grupo de reuniones de la justicia juvenil familiar en Nueva Zelanda.

El segundo modelo es el "*victim offender restoration model*", el cual se inclina hacia un modelo de restauración víctima-victimario, por lo que la restauración es lo principal. Las partes en conflicto se encuentran en extremos distintos por lo que se busca un acercamiento entre ambas para centralizarse en restaurar el daño causado. Tanto la víctima como el victimario asisten con sus familias y con representantes de la comunidad a la reunión. En este modelo el coordinador, muchas veces es un representante de la autoridad estatal.

En términos generales, este tipo de prácticas tiene como ventajas la solidaridad que surge entre los participantes, se facilita el intercambio de emociones y las víctimas tienen la

oportunidad de olvidar y perdonar, lo que a su vez favorece la reinserción del autor del delito en la comunidad. (Mayorga Agüero, 2009)

Círculos

Los círculos son procedimientos restaurativos donde participan en la toma de decisiones la víctima, el victimario y miembros de la comunidad.

La participación dentro del círculo, es voluntaria, con la salvedad de que para que el victimario participe del círculo debe asumir su culpa en el delito.

Para el desarrollo del procedimiento se utiliza un objeto que va pasando de mano en mano, el que tiene el objeto en su poder expresa como se siente sobre el delito. El infractor debe, además, expresar por qué motivos cometió el ilícito. El círculo brinda una oportunidad para expresar los impactos que tuvo el delito en la comunidad.

Los círculos han tenido un mayor desarrollo en Yukón, Saskatchewan y Manitoba. También se utilizan en Canadá y en Estados Unidos.

Principios que rigen la Justicia restaurativa

- 1. Voluntariedad:** Los procedimientos restaurativos sólo pueden llevarse a cabo con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el infractor. Ese consentimiento puede ser retirado por cualquiera de las dos partes en cualquier momento del procedimiento.

- 2. Momento de inicio del procedimiento:** Los procedimientos restaurativos pueden iniciarse y llevarse a cabo en cualquier momento o etapa. Pueden iniciarse con las actuaciones de la instrucción, en la etapa de juicio e, incluso, cuando el infractor ha sido condenado y se encuentra cumpliendo su pena. En este último caso es el juez penal el que, analizando las circunstancias del caso, decidirá los beneficios que otorgará al infractor el cumplimiento del acuerdo restaurativo.
- 3. Confidencialidad:** Lo tratado dentro del procedimiento restaurativo no podrá utilizarse como prueba en actuaciones de un posible juicio posterior. Hay que tener en cuenta que en los procedimientos restaurativos el infractor asume la comisión del hecho dañoso, de ahí la importancia del secreto de las actuaciones.
- 4. Imparcialidad de los facilitadores:** Los facilitadores o mediadores deben velar por lograr el mutuo respeto de los participantes. Es importante que los mismos trabajen de manera imparcial.
- 5. Autocomposición:** Son las partes las que se dan, a través del diálogo mutuo, la solución al conflicto. No hay una persona ni un ente que se encuentra por encima de ellas y que decide por ellas. Tampoco la solución la toma una parte en desmedro de la otra. El resultado busca ser una solución elaborada por las partes de manera conjunta, ayudadas por el facilitador.
- 6. Mirada al futuro:** más que detenerse en los hechos del pasado o buscar la atribución de culpas, el desafío es

proyectar una salida hacia delante que permita el futuro alivio de las partes. (Caram, 2006)

La justicia restaurativa y la víctima

Tradicionalmente, en la justicia retributiva, se ve al delito como una infracción a una norma, donde el infractor, para compensar el daño causado debe sufrir una sanción predispuesta también por la norma penal violada. La justicia restaurativa, como lo hemos mostrado más arriba, ve al delito como un conflicto entre dos individuos o más.

La justicia restaurativa y sus programas buscan devolverle a la víctima un rol activo en el tratamiento de su conflicto. Éste punto es quizás el más importante del cambio de mirada, ya que a partir de aquí se le abren un abanico de posibilidades de resolución de su conflicto, que en caso de la justicia retributiva es solamente uno. Estas posibilidades son:

- La víctima puede buscar la respuesta de parte del victimario que sea más valiosa para su sentir y entender.
- Los métodos restaurativos le permiten a la víctima confrontar cara a cara con el victimario.
- Permite conocer de una manera más completa al victimario y le abre la posibilidad de conocer las respuestas que solo el victimario puede responder.
- El conocer más al victimario permite disminuir los temores que se tiene sobre éste.
- En los procesos restaurativos se abre la posibilidad del perdón.
- Permite llegar a una conclusión que conlleva a la tranquilidad de espíritu.

- Los procedimientos restaurativos le otorgan a la víctima el poder de resolución de su conflicto.

Los procedimientos restaurativos son, en general, más rápidos que los procedimientos ordinarios, por lo que la víctima encuentra de manera más rápida la sensación de justicia.

Cuando decimos que la víctima tiene el poder de resolver sobre su propio conflicto, hablamos de un proceso mediante el cual las personas que participan en la resolución de sus conflictos tienen la capacidad de configurar sus propias vidas.

Devolviendo el conflicto a la víctima, brindándole la posibilidad de decidir sobre sus propias relaciones, lo que se busca es empoderar a las víctimas.

Éste rol activo de la víctima ayudará a que las personas que han sido víctimas de un delito recuperen la confianza en ellas, en sus acciones, en sus decisiones, en la comunidad, a través de un sistema que garantice su movilidad, su libertad y su capacidad para controlar su propia existencia.

El infractor y la justicia restaurativa

Los procedimientos restaurativos permiten a los victimarios que participan, tener la oportunidad de reparar hacia las víctimas y hacia la sociedad los daños que el delito les ha causado, más allá del simple castigo que plantea la justicia retributiva.

De los procedimientos "cara a cara" que propone éste tipo de paradigma nace la posibilidad de conocer verdaderamente las reales consecuencias humanas que provocaron el accionar delictivo. De allí se le abren distintas posibilidades al infractor, como ser:

- Ofrecer una explicación a la víctima de los motivos que llevaron a realizar la acción delictiva.
- Pedir disculpas.
- Se le abre la posibilidad de participar en la decisión sobre la forma que se reparará el daño causado por su accionar.
- La posibilidad de enmendar la propia imagen de persona humana.

La posibilidad de recuperar la propia imagen logra que el victimario se reintegre de una manera más rápida a la comunidad, sin necesidad de sufrir un castigo altamente denigrante y excluyente como es la cárcel.

La Justicia restaurativa y la comunidad

Los procedimientos restaurativos en la comunidad para resolver cuestiones penales beneficia a la comunidad en los siguientes puntos:

- Al aumentar la reparación de las pérdidas hay una disminución del impacto del delito.
- Los procedimientos alternativos disminuyen el tiempo de las causas en el sistema judicial, descongestionando el funcionamiento de los tribunales. Permitiendo, además, que los agentes penales se centren en las causas más graves.
- La prisionización provoca efectos negativos no solamente en la persona del reo, sino también en su familia y en su círculo de relaciones sociales. Los familiares sufren muchas veces la pérdida de la persona que aporta recursos económicos; además sin ser parte del delito deben sufrir los rigurosos controles, muchas veces denigrantes, al que se someten a los visitantes de las cárceles; por último, y no menos importante,

se pierde el contacto diario con la persona y son testigos directos del deterioro que sufre el reo en la prisión. Al proponer un sistema de resolución de conflictos que excluya el encarcelamiento como resultado, no solamente no se verían afectadas estas relaciones sino que se abriría la posibilidad de transmisión de las experiencias positivas aprendidas.

- Costos económicos: la rápida resolución de los conflictos generará una disminución de los costos económicos.

Capítulo IV: Mediación Penal

Mediación Civil y Mediación Penal

A los efectos penales, cabe señalar que el objetivo de la mediación consiste en la asunción de responsabilidades sobre el propio conflicto y la readquisición del poder para obtener soluciones por aportes de los ciudadanos.

El sistema penal de mediación posee características propias que difieren de la mediación civil. Cabe recordar que la mediación en aspectos patrimoniales, en virtud de la ley 26589, es obligatoria previa al juicio. Caracterizan propiamente a la mediación en materia penal, lo siguiente (Highton, Alvarez y Gregorio; 1998):

- 1.- **Inexistencia de relación previa:** generalmente, a diferencia de la mediación en causas patrimoniales, la mediación penal ocurre entre extraños que no tienen una relación previa.

2. **Desequilibrio de poder:** en la mediación penal es habitual el desequilibrio de poder inherente a la relación víctima-victimario: hay una persona perjudicada y un infractor. Así mismo, con el correr de las reuniones ese desequilibrio tiende a desaparecer.

3. **Reuniones preliminares separadas:** el procedimiento de mediación penal incluye reuniones previas por separado entre el mediador y cada una de las partes participantes en el proceso. El objetivo de estas reuniones consiste en explicitar el procedimiento, obtener credibilidad y en la asistencia necesaria para preparar a las partes para el encuentro. En estas reuniones el mediador busca crear una relación de confianza con las partes involucradas.

En este punto se diferencia de la mediación civil, donde el mediador, a fin de que no se vea comprometida su neutralidad o imagen de neutralidad, evita el contacto previo con los participantes.

4. Modo de estar en disputa: En la mediación penal las partes no están en disputa con la misma connotación que en la mediación civil, ya que una de ellas ha cometido una ofensa criminal y ha reconocido haberlo hecho; la otra parte ha sido victimizada. La cuestión sobre la inocencia o culpabilidad del infractor no está sujeta a mediación, como así tampoco se buscan acuerdos por menos de lo que las partes necesitan para enjugar sus pérdidas.

5.- Acento en el diálogo y la empatía: a diferencia de los modelos de mediación civil, que se están dirigidos hacia un acuerdo entre partes, la mediación penal está dirigida hacia el diálogo, poniéndose el acento en la empatía, el restablecimiento de la víctima, la asunción de responsabilidades por parte del infractor y la reparación de las pérdidas producidas.

6.-Neutralidad- Imparcialidad: en la mediación penal la neutralidad no es vista como un requisito de no acuerdo con alguna de las partes en disputa. Aquí, por las características particulares de la relación víctima-victimario que tienen las partes, el mediador debe poseer una sensibilización especial hacia la víctima y, además, debe ayudar al infractor en admitir el mal causado y su responsabilidad. El mediador es imparcial en cuanto a los individuos como seres humanos, y en el sentido de estar ahí en beneficio tanto de la víctima como del infractor, pero no es neutral en cuanto a la transgresión cometida. (Highton, Alvarez y Gregorio; 1998)

La mediación penal y las garantías constitucionales.

Se ha criticado a los procedimientos alternativos ya que consiste en una flexibilización de algunos principios constitucionales sobre el que se erige todo el sistema penal liberal.

- Igualdad ante la Ley

Para algún sector de la doctrina las leyes de mediación penal provinciales estén en contra al principio de igualdad ante la ley, establecido en los Art. 8 y 16 de la Constitución Nacional que disponen que disponen: "Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás..." y "... todos sus habitantes son iguales ante la ley...". Si se considera que en algunas provincias una persona que cometa un delito pueda obtener la libertad o evitar una pena de prisión a través de la realizar determinada conducta, pedido de disculpa, un pago dinerario, etc. y otra persona, que haya cometido el mismo delito en otra provincia, deberá tener que sufrir la pena de prisión.

Como hablamos más arriba, la aplicación desigual de la ley en distintas provincias es parte del propio sistema federal de gobierno y que, para solucionar estas desigualdades existe como remedio el recurso extraordinario.

- Garantía de inocencia y juicio previo

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de inocencia y juicio previo. Ésta es, quizás, la preocupación más grande que se tiene en la implementación de los procedimientos mediatorios en sede penal. Tengamos en cuenta que los procedimientos de mediación son prejudiciales, judiciales y

aquellos que se realizan en momentos posteriores a la sentencia. Obviamente en este caso no se encuentra en riesgo la garantía de inocencia ya que ella fué vencida en proceso anterior. Lo que preocupa son aquellos procedimientos que son anteriores a la sentencia condenatoria.

En procedimientos que aún no se ha probado la culpabilidad, es posible que el señalado como presunto culpable accediera a la mediación penal por temor a una declaración de culpabilidad futura que le genere una pena de prisión efectiva.

Si bien cabe la posibilidad de que sucedan situaciones similares a la arriba comentada, esta misma crítica le cabe a la suspensión del juicio a prueba, pues tampoco se tiene una sentencia condenatoria cuando se solicita.

Igualmente, las mediaciones penales que se realizan en la etapa de instrucción de la causa es importante que el imputado sea consciente del hecho delictivo y que conozca que su participación es voluntaria. Es indispensable que sea acompañado siempre por un abogado de confianza para tomar la decisión de participar en la mediación.

Hay que recalcar que para no vulnerar el principio de inocencia, lo tratado en las audiencias preparatorias, en las audiencias con las víctimas no se puede utilizar como prueba ni confesión por parte del imputado en juicio posterior. Además, toda confesión de los hechos de la causa no deben figurar en el acta acuerdo que resulte de la mediación penal.

La mediación penal en la Argentina

La mediación llegó a la Argentina con la ley 24573, la misma, en su artículo 4º excluye del procedimiento mediatorio al ámbito penal. Por otra parte, ante la ineficacia del actual sistema de

represión penal, algunas provincias fueron insertando programas de mediación en sus procedimientos penales.

Los procedimientos de mediación fueron, en primer lugar, vistos con mejor ojo para los delitos cometidos por menores de edad. Así, la Provincia de Mendoza, de Neuquén y de Santa Fé dispusieron la mediación para aquellos hechos delictivos cometidos por menores de edad.

A continuación se desarrollarán los procedimientos de mediación en las provincias.

1- Provincia de Buenos Aires

La provincia abre la puerta a la justicia restaurativa cuando en el año 1997 con la ley 11.922 sanciona el nuevo Código de Procedimiento Penal. En el art. 86 del Código establece que en momento de ser ejercida la acción penal, elegir la coerción personal, individualizar la pena en la sentencia o modificar la pena en su etapa de ejecución, se tendrá en cuenta la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas. Luego, en el año 1998 con la Ley Orgánica del Ministerio Público (Nº 12061), en el art. 38 que "El Ministerio Público propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos".

Los procedimientos de Mediación y conciliación penal se establecen con la ley 13433, en el año 2006.

El procedimiento en la Provincia tiene las siguientes características:

Las mediaciones están encargadas de Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos Departamentales, dependientes del

Ministerio Público. Para proceder se necesitará el consentimiento expreso de la víctima del delito.

Casos en los que procede. El art. 6 establece que "La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales.

Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:

- A. Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad.
- B. Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

En caso de causas en las que concurren delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años.

No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que:

- A. La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270.
- B. Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.
- C. Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo).
- D. Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación.”

El plazo para realizar el procedimiento es de 30 días antes de la fecha establecida para la audiencia del debate oral.

Los acuerdos cumplidos, en el que las partes estén satisfechas, provocan el archivo de las actuaciones por parte del Agente Fiscal. Es importante aclarar que los acuerdos no provocan asunción de la culpabilidad para un posible proceso posterior.

2- Provincia del Chaco

En el año 2002 entró en vigencia la ley 4989 que establece la mediación penal en la Provincia del Chaco.

La ley, define a la mediación penal como el procedimiento que tiene por objeto la compensación y la reparación de las consecuencias de un hecho delictivo mediante una prestación a favor del lesionado, ofendido o víctima.

Agrega, además, el concepto de prestación a favor de la comunidad cuando la reparación frente a la víctima “no pueda realizarse, no sea suficiente por sí mismo.

Los delitos susceptibles del procedimiento son aquellos dolosos que establecen una escala máxima de 6 años, los culposos en general y los que tienen como pena multa e inhabilitación.

Aquellos delitos que no se encuentran encuadrados en la definición del párrafo anterior también pueden ser mediados, luego de atribuida las responsabilidades por decisión jurisdiccional o una vez dictada la sentencia condenatoria. El

acuerdo al que se arribe en la mediación solamente podrá ser aceptado luego de que el autor repare su hecho. En estas mediaciones el Tribunal podrá disminuir la pena al grado de tentativa o al mínimo de la escala penal, también podrá tenerse en cuenta al momento de considerar la concesión de la ejecución condicional, el pedido de indulto y la conmutación de la pena.

En los dos casos, tanto en la provincia de Buenos Aires como en la Provincia del Chaco se encuentran limitaciones subjetivas para la aplicación de la mediación penal, referentes a la condición de funcionario público del sujeto activo.

3 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Código de Procedimiento Penal de la ciudad, en el artículo 204 se establece que el Fiscal o la Fiscal, en momento de la investigación penal preparatoria, proponer a las partes del conflicto penal, tanto al imputado como a la parte ofendida otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. Ésta ley de procedimiento establece que el ejercicio de la acción penal pertenece al Ministerio Público Fiscal permitiendo, además, la aplicación del principio de oportunidad. (Art. 266 CPP CBA)

No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I -Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque

estuvieren constituidos por uniones de hecho. -artículo 8° de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. No establece limitaciones para delitos funcionales.

No se admitirá una nueva mediación penal cuando se hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido 2 años desde la firma de un acuerdo de resolución anterior.

El programa de mediación se encuentra implementado a través de la **Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos**, dependiente de la Dirección de Política Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Fuente: CSJN)

El arreglo al que lleguen las partes constituye un arreglo privado, que puede ir desde un pedido de disculpas hasta una prestación pecuniaria. Lo importante es que en principio no hay restricciones en las obligaciones pactadas, sólo las de derecho común.

Además, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con un régimen especial de mediación penal para menores de 16 a 18 años de edad, establecido por la ley 2451.

5 - Provincia de Tierra del Fuego

La ley 804, promulgada en el año 2009, las causas que sean susceptibles de aplicar la suspensión del juicio a prueba (CP. Art. 76 bis, ter y quater), aquellas que sean de acción privada y las causas derivadas de la infracción a la ley penal cometida por jóvenes y adolescentes. La derivación podrá ser efectuada a pedido tanto del imputado como de la víctima, o cuando el agente fiscal o el juez entienda que resulte de conveniencia a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las

partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales.

El acuerdo al que se llegue tiene efecto de una sentencia y no necesita de homologación posterior, salvo aquellos en el que participen menores, en cuyo caso el acuerdo deberá contar con la aprobación del Ministerio Pupilar.

Mediación penal en el derecho comparado e internacional (O.N.U., Comunidad Europea, Estados Unidos, Latinoamérica).

1. Organización de las Naciones Unidas

La “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, resolución 40/34 de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, insta a los estados miembros a utilizar, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. Insta, además, a que los estados promuevan mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

En el año 1999 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, denominadas las reglas de Tokio. Este documento contiene los principios básicos para

promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como las garantías mínimas que deben tener aquellas personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

Las Reglas rescatan que los sistemas de justicia penal de cada país, en acatamiento de las reglas dispuestas, deben establecer una serie de medidas no privativas de la libertad, las cuales podrían aplicar, tanto desde la fase anterior al juicio, hasta la fase de ejecución de sentencia.⁴

En el año 2000 El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de la Resolución 2000/11, "Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI", decidió establecer planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas, para los casos en que sea procedente la Justicia Restaurativa. En la misma resolución, se incluyen mecanismos de mediación y Justicia Restitutiva, e insta a los Estados a que revisen sus prácticas y amplíen sus servicios de justicia que incluya los mecanismos antes mencionados.

2. Comunidad Europea

El Consejo de la Unión Europea dictó, el 15 de marzo de 2001, la Decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal. La presente Decisión establece la asistencia a las víctimas

⁴Arias Madrigal, Doris María y Otros. "Programa de justicia Restaurativa en el proceso penal", 2011. Consultado el 25/10/2012 en <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia%20restaurativa.pdf>

de delitos antes, durante y después de los procesos penales. Además, en el artículo 10, insta a los Estados miembros a que procuren impulsar los procedimientos de mediación entre las víctimas y los infractores y deberán velar por que pueda tenerse en consideración todo acuerdo entre ambas partes en las causas penales.

Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10, el Consejo establece que los Estados Miembros deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a más tardar el 22 de junio de 2006.

En el año 2009 la Comisión de las Comunidades Europeas elaboró un informe sobre el cumplimiento de la Decisión marco. El informe destaca:

“El artículo 10 obliga a los Estados miembros a impulsar la mediación en los casos apropiados. La mayoría de los Estados miembros cuentan con un régimen que posibilita la mediación. Luxemburgo limita el recurso a la mediación penal al fiscal sin que las partes tengan derecho de iniciativa. En Eslovenia, el fiscal puede decidir remitir el asunto a la mediación, pero ésta sólo podrá tener lugar con el consentimiento del autor de la infracción y de la víctima; una vez recibida la notificación del cumplimiento de las condiciones del acuerdo, el fiscal retira la acusación. En Polonia y Finlandia, la mediación puede reducir la severidad de la pena. En Lituania, si las partes acuerdan una mediación, el proceso penal queda en suspenso y en Bulgaria, el acuerdo de mediación tiene carácter vinculante para las partes. En Suecia la mediación está disponible cuando el autor de la infracción es menor de 21 años.

En Chipre y Dinamarca, la mediación no está regulada. Dinamarca está estudiando la posibilidad de introducir definitivamente la mediación tras un proyecto piloto iniciado en 1994 y que se prorrogó en 2003 y 2007.”

3. Estados Unidos

La mediación es, en los Estados Unidos la herramienta más utilizada de resolución alternativa de conflictos. Poco a poco desde sus simples orígenes vecinales en la década de los setenta hasta casos de litigio multimillonarios hoy en día, la mediación en los Estados Unidos se ha convertido en una parte esencial del sistema jurídico del país, usándose ésta en casos de litigio ambientales, de divorcio, de contratos, de conflicto entre vecinos y en casi cualquier caso litigado en los Estados Unidos.

En las escuelas se enseñan a alumnos a ser mediadores para poder trabajar en los conflictos que se suscitan en el ámbito estudiantil.

En 1994, la Asociación Americana de Abogados apoyó el uso de programas de mediación de víctima y ofensor y recomendó que se incorporaran éstos a todo nivel gubernamental, fuera federal, estatal, territorial o local.

Hay tres etapas donde se puede mediar un caso penal y estas concuerdan con las tres etapas del proceso jurídico penal, éstas son como sigue:

1. Pre-intervención policíaca o jurídica: Se utiliza la mediación para ayudar a las partes a resolver los conflictos antes que los mismos logren una mayor escalada de violencia. La mediación se lleva a cabo a nivel vecinal. La idea es que el conflicto sea resuelto antes de que intervenga la policía o el sistema judicial.
2. Post-intervención/pre-adjudicación: Después del arresto y la interposición de cargos, pero antes de la adjudicación, el juez puede desviar el caso fuera de la corte hacia la mediación, teniendo en vista diferentes alternativas como

la libertad condicional, una sentencia reducida, o la anulación de los cargos.

3. Post-sentencia: Después de la sentencia, como parte de las condiciones para libertad condicional o supervisada, o aún durante el encarcelamiento, también se puede usar la mediación. Esta es, en realidad, un poco diferente a los otros modelos de mediación entre víctima y ofensor ya que enfatiza menos la resolución del conflicto o la restitución y se enfoca más en las necesidades de las víctimas, la reconciliación, y la curación emocional de las partes. Este tipo de mediación se ha usado en casos de homicidio donde el ofensor generalmente está en la cárcel y los familiares de la víctima sienten la necesidad de confrontar al ofensor. Cita:

http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm

Latinoamérica

1. Chile

A partir del año 2000, con la modificación del Código de Procedimiento Penal, Chile incorpora a su sistema jurídico las Salidas Alternativas al Proceso Penal que constituyen formas de término anticipado al proceso, establecidas como excepción al principio de legalidad en la persecución penal, y que implican el reconocimiento por parte del Estado de la necesidad de establecer mecanismos de solución al conflicto penal distintos al proceso penal y la pena tradicionales.⁵ Las Salidas Alternativas consisten en la Suspensión Condicional del Procedimiento y los

⁵ Díaz, Alejandra "La experiencia en la Mediación penal en Chile" Polít. crim. Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67. | Consultado en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf el 10/07/2012

Acuerdos reparatorios. La mediación penal se da a través de éstos acuerdos reparatorios.

Los acuerdos reparatorios consisten en un acuerdo entre víctima e imputado, prestado en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, mediante el cual el imputado se compromete a reparar a la víctima de una forma que resulte satisfactoria para ésta, y que es aprobado por el juez de garantía, produciendo la extinción de la responsabilidad penal una vez que el acuerdo se encuentra cumplido. (Díaz, Alejandra 2010). La reparación puede consistir en objetos materiales o simplemente un pedido de disculpas.

Son susceptibles de acuerdos reparatorios los delitos que afecten bienes jurídicos de carácter patrimonial, lesiones (menos las graves) y los delitos culposos en general.

La oportunidad para celebrar los acuerdos es desde la formulación de los cargos hasta la audiencia preparatoria para el juicio oral.

Como en todos los medios alternativos de resolución de conflictos penales, lo tratado en las audiencias y lo dispuesto en los acuerdos no puede ser utilizado como aceptación de culpabilidad en juicio posterior.

Los Acuerdos reparatorios para su validez deben ser aprobados con posterioridad por el juez de garantía, que es el que debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales del procedimiento (delito susceptible de acuerdo, que se haya prestado libre y voluntariamente, cuando la persecución penal guarde un interés público).

2. Colombia

El Código de Procedimiento Penal Colombiano del año 2004, incorpora el principio de oportunidad como causal de extinción

de la acción penal (*Art. 77. Extinción. La acción penal se extingue por, ..., aplicación del principio de oportunidad, ...*) y agrega que el principio de oportunidad se aplicará *cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.*

El Código define a los programas de justicia restaurativa como *todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo. Además entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el infractor en la comunidad en busca de la reparación, restitución y el servicio a la comunidad.*

Los mecanismos que utiliza la justicia colombiana para llevar a cabo la justicia restaurativa son la conciliación preprocesal y la mediación.

La conciliación preprocesal se lleva a cabo de manera obligatoria y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en aquellos delitos querellables.

La mediación procede en aquellos delitos cuya pena no exceda los 5 años de prisión y siempre que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. Es requisito ineludible que el procedimiento sea aceptado de manera expresa y voluntaria por parte de la víctima y el imputado o acusado.

En aquellos delitos con pena mayor a cinco años se podrá llevar a cabo la mediación, pero la misma tendrá efecto solamente para otorgar beneficios durante el trámite de la actuación o para obtener una disminución de la pena.

El acuerdo tiene efectos vinculantes con respecto a las partes, por lo que excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito. Con respecto a los efectos sobre la acción penal, el mediador debe enviar un informe al fiscal o al juez para que estos valoren el efecto que tendrá la mediación en las actuaciones.

Capítulo V: Procedimiento de Mediación

Principios de la mediación penal

La mediación penal, tanto procedimiento restaurativo comparte principios con esta visión de justicia y, además, encontramos principios propios del procedimiento penal. Los mismos son: voluntariedad, confidencialidad, inmediatez, celeridad, gratuidad e informalidad.

1. Voluntariedad

El procedimiento de la mediación es esencialmente voluntario, las partes deben prestar su conformidad en la participación del procedimiento por escrito.

En caso de que la solicitud de resolver el conflicto a través de mediación sea hecha por el fiscal, el mismo debe notificar a las partes para que presten conformidad. Además, cualquiera de las partes puede solicitar que se remita a mediación el conflicto, el pedido debe hacerse al fiscal que deberá comunicar a la otra parte del conflicto para que ésta preste su conformidad. Sin la conformidad de la otra parte no puede iniciarse el trámite de mediación.

Es importante que ninguna de las partes sea coaccionada, ni inducida a participar ni a aceptar los resultados de la mediación.

2. Confidencialidad

Este principio garantiza que todo lo hablado en las audiencias previas y en las audiencias propiamente son confidenciales. La confidencialidad no solamente incluye a los verbal, sino que también hace referencia a toda documentación que se presente en las audiencias.

La confidencialidad no solamente abarca a las partes sino a todos los actores del proceso que participen en el procedimiento de mediación.

Va de suyo que lo realizado en la mediación no podrá ser utilizado por las partes en juicio posterior, ni por los fiscales como prueba.

3. Inmediatez

La inmediatez consiste en el contacto directo entre las partes y el mediador, sin ningún intermediario.

El contacto puede consistir en una reunión "cara a cara" entre la víctima y el infractor o un contacto directo con el mediador por separado.

4. Celeridad

Uno de los requisitos indispensables es la celeridad en las actuaciones a fin de que las partes puedan resolver sus conflictos de manera rápida. La mayoría de las legislaciones establece un plazo de 60 días para finalizar el procedimiento, extendible a solicitud del mediador en consenso con las partes intervinientes.

5. Gratuidad

El procedimiento de mediación penal debe ser gratuito para las partes. Al Estado le interesa que se resuelvan los conflictos de manera pacífica, es por ello que debe disponer de un centro público de mediación, en el que se brinda a las partes la asistencia de un mediador preparado para asistir a las partes a resolver sus conflictos. El acceso al centro público de mediación debe ser libre y gratuito.

6. Informalidad

En el procedimiento de mediación es esencialmente informal. Con ello se intenta quitar el formalismo y rigidez en el que están inmersos los procedimientos judiciales ordinarios.

Al no haber un procedimiento tipo establecido para las mediaciones, el mediador puede construir su estrategia dependiendo del tipo de conflicto o de la situación particular de cada una de las partes.

Delitos susceptibles de ser sometidos al procedimiento de mediación

Pensando que el procedimiento alternativo de resolución de conflictos brinda respuestas más efectivas a la sociedad frente al delito, proponemos que, en general, todos los delitos sean susceptibles de ser mediados. La única limitación deberían darse a los delitos funcionales, es decir a aquellos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Deben ser especialmente tenidos los siguientes delitos:

- 1 Los delitos culposos en general.
- 2 Los delitos de acción privada. Es claro que si una persona conserva para sí la titularidad de la acción puede disponer libremente de ella.
- 3 Los delitos dependientes de instancia privada.
- 4 Causas con cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio.
- 5 Delitos con una escala penal máxima de 6 años.

En caso de delitos que no estén dentro de la limitación anterior, pueden ser sometidos a mediación luego de dictada la sentencia condenatoria. El acuerdo llegado, luego de cumplidas las

prestaciones establecidas en el acuerdo, podrá ser apreciado por el juez o tribunal interviniente para una reducción de la condena al mínimo legal o aplicar la pena dispuesta para la tentativa.

Delitos en el que la víctima es el Estado

Los delitos en el que el sujeto pasivo es la Administración Pública no son susceptibles de ser sometidos al procedimiento de mediación penal. Esta limitación tiene su fundamento en el interés público afectado, ya que la sociedad debe conocer la verdad real de aquellos hechos que afecten a la Administración Pública.

Procedimiento de mediación

1. Inicio del procedimiento

Recibido el expediente o la denuncia en la fiscalía interviniente, en caso de delitos incluidos dentro de la limitación establecida para la mediación, se debe derivar automáticamente el expediente al Centro Público de mediación o Juzgado de Paz, atento que el Juez de Paz también puede cumplir la función de mediador.

El Centro Público de mediación, recibido el expediente procede al sorteo del mediador, que deberá tomar intervención inmediatamente en el caso, citando a las partes de manera individual a fin de explicar los beneficios del procedimiento de mediación. Si alguna de las partes no acepta el procedimiento, el mediador remite el expediente a la Fiscalía interviniente o Juzgado correccional para que continúe el procedimiento ordinario. En caso de que las partes acepten someter su conflicto

a mediación se establecerá día y hora para la realización de la audiencia.

2. Etapa de mediación

En caso de aceptación, el mediador comenzará con las reuniones privadas. Si considera que no es conveniente el encuentro cara a cara, continuará con las reuniones privadas siendo el puente entre las partes.

Si no se llegó a un acuerdo y considere que necesite más tiempo para que las partes resuelvan el conflicto, deberá notificar al fiscal o juez interviniente la extensión del plazo de la mediación.

En caso de que definitivamente no se llegue a un acuerdo, deberá remitir el expediente a la fiscalía o juzgado para que continúe el procedimiento penal.

3. Acuerdo

Logrado un acuerdo, se debe confeccionar el acta donde se consigne las prestaciones y el plazo que acordaron las partes. El acta será remitida al juez quien deberá determinar si el acuerdo no viola garantías constitucionales.

En caso de que no sea aprobado, el juez deberá notificar al mediador y las partes para que subsanen los vicios del acuerdo.

Si no es posible o las partes no aceptan modificaciones, se tomará como no resuelto el conflicto y se dará continuidad al procedimiento ordinario.

Modificado el acuerdo se remitirá nuevamente para su aprobación al juez.

4. Cumplimiento

Cumplido el acuerdo el mediador deberá labrar el acta de cumplimiento y notificar al juez para que éste resuelva la insubsistencia de la pretensión penal.

En caso de incumplimiento del acuerdo el mediador notificará al juez para que continúe con el procedimiento ordinario. En caso de cumplimiento parcial, el juez, valorando las prestaciones realizadas, podrá considerar que el daño causado ha sido reparado de la mejor forma posible.

Legitimados activos

La mediación penal tiene lugar entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, es por ello que solamente las partes tiene la legitimación activa para solicitar enviar el procedimiento a mediación. Como es un procedimiento voluntario, cualquiera de las partes puede declinar su participación del procedimiento, sin necesidad de expresar causa alguna.

En caso de que haya varias víctimas o varios victimarios, las mediaciones pueden hacerse de manera conjunta o por separado. Lo importante es que los efectos de las mediaciones no son extensibles a los demás partícipes del delito.

El rol de la víctima y victimario

Las partes esenciales cumplen el rol más activo en la mediación, son ellas las que van a buscar a través del diálogo una solución a su conflicto.

Cada una de ellas deberá ponerse en el lugar del otro, la víctima intentará comprender las circunstancias que llevaron al infractor

a cometer el ilícito; por otro lado, el victimario intentará ponerse en el lugar de víctima, escuchando el relato de la otra parte. Allí deberá comprender los miedos, las pérdidas que soportó, la sensación que le produjo el hecho.

Se buscará que el infractor comprenda los resultados de su accionar delictivo. La mediación es una oportunidad para que el autor reflexione sobre su accionar y, además es el espacio donde deberá buscar la forma de reparar el daño causado.

La víctima, por su parte, deberá encontrar en la mediación el espacio para expresar las sensaciones que le provocaron la experiencia traumática del delito. Además deberá estar dispuesta a escuchar y comprender a la otra parte.

Es indispensable que las partes estén interesadas en resolver de manera pacífica su conflicto, que estén abiertas a la posibilidad de comprender a la otra persona, a perdonar, ya que son ellas las únicas que podrán poner fin a su situación.

El rol del Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público es el que primero recibe los casos y es el que debe incentivar a la víctima para que se derive el caso a Mediación.

Para una mayor celeridad del procedimiento el envío al Centro Público de mediación puede hacerse de manera automática, cuando las causas que se reciben encuadren dentro de los parámetros legales de mediación. Esto no es incompatible con el principio de voluntariedad ya que se deriva la causa para que el mediador tome conocimiento personal con las partes, explique detalladamente el procedimiento y sus beneficios. En caso de que no se pueda proseguir con el procedimiento, porque el

mediador no crea conveniente o porque las partes no deseen proseguir, se devuelve el expediente a la fiscalía actuante.

El rol del Juez Penal

El juez debe analizar el acuerdo firmado y determinará si el acuerdo no ha violado las garantías constitucionales. Caso contrario el juez debe reenviar el acuerdo a mediación para que se subsanen los vicios.

En delitos mayores a 6 años, cuando ya hay una condena, es el juez penal el que decidirá los beneficios que otorgará el cumplimiento del acuerdo.

Cuando el victimario se encuentre cumpliendo la condena por el delito a mediar las solicitudes para participar en el procedimiento de mediación deberán hacerse ante el juez penal interviniente.

El mediador penal

El mediador es un tercero imparcial que guía a las partes a que encuentren una solución pacífica a su conflicto. El mediador no decide sobre el conflicto, no establecen de quién es la verdad, sino que facilita a las partes a redescubrir sus necesidades con respecto al conflicto, regulando el procedimiento de comunicación entre ellas. Es el encargado de generar el contexto propicio para que las partes encuentren la solución a su conflicto.

Características

1. Imparcialidad

El mediador no debe estar comprometido con ninguna de las partes, incluso no debe comprometerse con la consecución de ningún tipo de acuerdo ya que el procedimiento le pertenece a

las partes que delegan su conducción al mediador. Por ello debe establecerse los mismos motivos de excusación y recusación que se establecen en los códigos de procedimiento para los magistrados. También podrá abstenerse de participar como mediador cuando por cualquier motivo crea que se encuentra vulnerada su imparcialidad.

2. Neutralidad

El mediador debe mantener un trato igualitario respecto a cada una de las partes intervinientes en el procedimiento, debiendo generar confianza en las partes. El mediador deberá excusarse cuando haya alguna circunstancia que pueda generar cuestionamientos. Es importante destacar que cuando la neutralidad o la imparcialidad se vea comprometida es obligación del mediador excusarse de actuar en el procedimiento. Esta obligación debe subsistir en todo el procedimiento.

3. Confidencialidad

La confidencialidad radica en que el mediador debe guardar reserva de todo lo que tome como conocimiento con motivo de la mediación. Debe mantener reserva, no solamente, con lo que se divulga en la mediación propiamente dicha, sino que también las que tome conocimiento en las reuniones previas. También debe mantenerse en reserva aquellas cuestiones que tome en contacto en las reuniones privadas con alguna de las partes. Es decir, no podrá divulgar a la otra parte lo que divulgó privadamente la otra, salvo expresa autorización.

El mediador debe excusarse de participar como testigo en causas posteriores sobre lo que tomó conocimiento en la mediación,

salvo que las partes participantes otorguen el permiso correspondiente.

4. Información

El mediador está obligado a informar a las partes todo en cuanto a la naturaleza, características y reglas del procedimiento de mediación a las cuales se van a someter las partes. Además deberá informar el rol que él cumple dentro del proceso y el código de ética al que está sometida su función.

Debe informar sobre las causales de excusación y recusación, además de toda cuestión que pueda afectar la percepción de imparcialidad y neutralidad en las partes.

Requisitos

Los requisitos para ser mediadores son los siguientes (Ley 26.589 Mediación y conciliación):

- Poseer título universitario de abogado con tres años de matriculado.
- Haber completado la capacitación exigida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (res. 483/00)
- Estar inscripto en el Registro Público de Mediadores.

El acuerdo

Con el acuerdo comienza la última etapa de la mediación, en él se describen de forma fiel las voluntades acordadas en el procedimiento anterior.

El acta-acuerdo es redactada por el mediador actuante y debe contener las siguientes formalidades:

1. Descripción de los participantes y del hecho a mediar: El acta debe contener los siguientes datos:

- Lugar y fecha de suscripción del acta.
- Identificación de las partes participantes: nombre y apellido, DNI, domicilio.
- Identificación de los abogados que intervinieron: Nombre y apellido y matrícula.
- Identificación del mediador: nombre y apellido, matrícula de mediador.
- Identificación del hecho denunciado, del expediente y de la fiscalía interviniente. Ej.: "Denuncia de daños y lesiones" derivado de la Fiscalía de investigación penal N° 3, en autos: "Castro, Luciano s/ denuncia de daños y lesiones" Expediente N° 33526/12.

2. Descripción del procedimiento de mediación:

- Fecha de apertura y fecha de cierre de las sesiones.
- Número de sesiones realizadas.

3. Acuerdo

- Prestaciones: en el acuerdo debe estar consignado de la manera más clara posible las obligaciones (hacer-no hacer-dar) que las partes se comprometen a cumplir. En caso que corresponda, debe consignarse los plazos de cumplimiento y los lugares donde deberán llevar a cabo las prestaciones y, si son obligaciones a favor de un tercero, debe estipularse todos los datos para la identificación.

Si una de las obligaciones que se asume es la realización de algún tratamiento médico, deberá quedar identificado en el acta el nombre del profesional o la institución y los plazos en el que deberán presentarse los certificados de cumplimiento.

- Firma: el acta acuerdo debe estar firmada por cada una de las partes y por el mediador.
- Homologación: el acuerdo, para su validez debe estar homologado por el juez interviniente.

El acta acuerdo, realizado con todas las formalidades descriptas, obliga a las partes desde el momento de su firma y tiene el valor de título ejecutivo.

Conclusión

El paradigma de justicia retributiva, como he demostrado en el presente trabajo es incapaz de resolver los conflictos potenciando los efectos del delito más allá del daño efectivamente causado. Así, el responsable será estigmatizado, tendrá serios problemas para reincorporarse a la sociedad civil; la familia verá afectada seriamente sus relaciones afectivas y sus relaciones en la comunidad, en algunos casos sufrirá las vejaciones de la institución penitenciaria; por otra parte, como muestran las estadísticas, la víctima tiene muy pocas probabilidades de ver resuelto su conflicto (sobre todo si el delito es de poca importancia para los agentes penales), será revictimizado una y otra vez por el sistema.

Todo esto hace que la justicia penal sea ineficiente, ya que no logra los resultados que se propone la legislación, y, además, convierte a los tribunales penales en instituciones burocráticas.

Por ello, es necesario cambiar el paradigma de justicia para lograr el objetivo final que es pacificar nuestros conflictos. Como todo cambio cultural es necesario implementar políticas de incentivo a los nuevos procedimientos. Para ello se propone crear centros de resolución de conflictos (mediación) en las instituciones educativas, centros vecinales o comunitarios. Se debe capacitar a los actores jurídicos (las universidades deben tener como materia obligatoria la materia de Mediación).

En lo que respecta al procedimiento, creo que cada una de las provincias deben definir cuál es la mejor forma de organizar sus instituciones jurídicas.

Para terminar con las discusiones doctrinarias sobre quién debe legislar en lo referente a la acción penal, se debería modificar nuestro Código Penal, agregando como causal de extinción de la

acción penal a la mediación penal, en la forma en que los códigos de procedimientos lo establezcan. Una modificación legal semejante traerá claridad sobre el tema y será el puntapié inicial para que las provincias argentinas desarrollen procedimientos restaurativos en su administración de justicia.

La creación de una ley de mediación penal para los delitos penales federales puede ser de gran ayuda para el desarrollo de procedimientos similares en otras jurisdicciones argentinas.

Si bien creo que la justicia restaurativa puede proceder ante todos los delitos, incluso a los más graves, en principio debería implementarse el procedimiento con las limitaciones establecidas, a saber:

A. Previo a dictado de sentencia:

- Delitos culposos en general
- Delitos de acción privada
- Delitos dependientes de instancia privada
- Causas cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio.
- Delitos con una escala penal máxima de 6 años

B. Luego de dictada la sentencia condenatoria: todos los demás delitos.

Para finalizar, creo importante que comencemos a pensar la forma en que llevamos a cabo cada uno de nuestro conflictos como sociedad, creo absolutamente necesario que comencemos mirando a la paz como nuestro principal objetivo, porque todos somos importantes, todos estamos conectados.

Todos estamos conectados.

Bibliografía

BARMAT, Norberto D. (2000) *La mediación ante el delito*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

BATTOLA, Karina Edith (2003) *Alternativas a la pena de prisión. Aplicación de la suspensión del juicio a prueba en la justicia federal*. Córdoba: Alveroni.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Mediación Penal: ¿beneficios reales o potenciales? Una mirada hacia la justicia restaurativa: Recuperando el derecho perdido* Consultado el 15/12/2012 en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063277.pdf

BINDER, Alberto (2009) *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*. Revista Pensamiento Penal Ed. 94.

CAFFERATTA NORES, José I. (2000) *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

CARAM, María Elena (2000). *Acordar y transformar*. Suplemento de Resolución de Conflictos. Buenos Aires: Ed. La Ley. Disponible en:
<http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/argentina/acordar/view>

CHRISTIE, Nils. (1993). *La industria del control del delito* (2º Ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

DÍAZ, Alejandra *La experiencia en la Mediación penal en Chile* Polít. crim. Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67. | Consultado en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf el 10/07/2012

ETNTELMAN, Remo F. (2002) *Teoría de Conflictos*. Barcelona: Editorial Gedisa.

FOUCAULT, Michel. (1975). *Vigilar y Castigar* (1º Ed.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. (1995) *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC.

HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. y GREGORIO, Carlos G. (1998) *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC.

HOULSMAN, Louk. (1993) El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas. El poder punitivo del Estado. *Revista Criminología Crítica y control social*: 75-104.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. (2004) *Justicia restaurativa*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

LASCANO, Carlos Julio (h). (2005) *Derecho Penal General*. Córdoba: Advocatus Ed.

MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (1995) *El derecho penal hoy*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

MARCHIORI, Hilda. (1998) *Víctima, denuncia y criminalidad*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

MATHIESEN, Thomas. (1997) *Argumento contra la construcción de nuevas cárceles*. Delito y sociedad. *Revista de Ciencias Sociales*, año 6, número 10, Pág. 117-123

MAYORGA AGÜERO, Michelle (2009) *Justicia Restaurativa: "¿Una nueva opción dentro del sistema penal juvenil? Incorporación de los principios restaurativos dentro del proceso penal juvenil costarricense* Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Disponible en: www.justiciarestaurativa.org/news/Tesis-Justicia%20Restaurativa.pdf

MOLINA, Gonzalo (2002) *Mediación Penal: límites a su tratamiento por parte de una Legislatura Provincial*. Ed. La Ley Litoral 01/01/2002, 1437

NEUMAN, Elías. (1985) *Las víctimas del Sistema Penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

NORDENSTAHL, Ulf Christian E. (2008). *¿Dónde está la víctima?* Buenos Aires: Librería Editorial Histórica.

RÍOS, Julián y OLAVARRÍA Teresa (2007) *Conclusiones del curso en materia de mediación penal* Escuela Judicial del Concejo General del Poder Judicial de España. Consultado el 20/12/2012 en <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%2>

0Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/conclusiones%20del%20curso.pdf

ROXIN, Claus y OTROS (1992) *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Editorial AD-Hoc.

SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. (2006) *Política Criminal y la mediación en la justicia*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

SANCHEZ, Rosario M. y AGUIRRE, Paula A.: *La mediación penal y el principio de oportunidad*. Revista Pensamiento Penal, N° 113.

SANTELLA, Bibiana A. (2009) Algo más respecto al principio de oportunidad y los criterios alternativos para resolver los conflictos penales. Publicación del *Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*.

SARRULLE, Oscar E. (1998) *La crisis de legitimidad del sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Ed. Universidad

SCAVONE, Graciela M. (2002) *Cómo se escribe una tesis*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luís (2001) *Consecuencias de la prisionización*. Cuadernos de Derecho Penitenciario N° 8. Disponible en: ww.icam.es/docs/ficheros/200404130003_6_7.pdf. Consultado: 10/10/2012

SUAREZ, Marines. (1996) *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

VALVERDE, Jesús. (1997) *La cárcel y sus consecuencias*. España: Ed. Popular.

YUNI, José Alberto y URBANO, Claudio Ariel (2003) *Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba: Editorial Brujas.

ZAFFARONI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.