

Mediación Penal: una nueva forma de impartir Justicia

Por Valeria Martínez¹

Resumen

La mediación, como medio alternativo de solución de conflictos, ha adquirido durante los últimos años una mayor importancia, no solo en la provincia de Tierra del Fuego, sino también a nivel nacional, mediante el dictado de leyes en distintas provincias de nuestro país acogiendo este moderno instituto.

Tradicionalmente se ha visto al proceso penal, inquisitivo y oficioso por antonomasia, como un procedimiento destinado a encontrar una sanción legal a quien es declarado culpable de un delito. Durante el mismo, quien se ve imputado se encuentra en un estado de inocencia con todas las garantías constitucionales y legales que los ordenamientos jurídicos consagran. La sobrepoblación de las cárceles, las crisis sufridas en nuestro país para enfrentarla, los fracasos de intentos de resocialización de los sujetos encarcelados cuando cumplen su condena, exigen un nuevo análisis sobre la imposición de las penas privativas de libertad.

Así, estamos transitando un cambio de paradigma, en el que existe una tendencia a sustituir las clásicas penas de prisión de personas encontradas culpables de un delito, por otros tipos de penas que no implican necesariamente la privación de la libertad ambulatoria aunque sí signifiquen una restricción a determinadas facultades. Tal el caso, por ejemplo, del instituto de la suspensión del proceso a prueba.

En esta senda, comenzaron a aparecer, en la jurisprudencia y en algunas legislaciones provinciales, la idea de incorporar a los ordenamientos procesales la mediación penal. En la cual, se trata de buscar una solución al conflicto con aplicación de principios propios de una justicia restaurativa en donde las partes

¹ Abogada egresada de la Universidad Siglo XXI, de la provincia de Córdoba. Mediadora, capacitada en el Instituto Mediario, de la ciudad de Córdoba, con inscripción en el Ministerio. Tesis sobre "Mediación Penal, una nueva forma de impartir Justicia"

intervinientes en el conflicto sean también participantes en la búsqueda de solución del mismo. Desde una perspectiva internacional, la Organización de Naciones Unidas recomienda a los Estados partes la incorporación en sus sistemas penales y procesales de medidas sancionatorias distintas a la pena privativa de libertad. He aquí, el motivo del presente artículo.

I. Introducción

Nos resultan familiares últimamente términos como negociación, conciliación, arbitraje y mediación, muchas veces los utilizamos en nuestros discursos habituales o los hemos escuchado nombrar cada vez con más frecuencia cuando de solución de conflictos se trata.

Dentro de los métodos alternativos de resolución de disputas podemos mencionar a la mediación, como uno de ellos, y quizás el que en nuestros días se está proporcionando con mayor esplendor. Recientemente en la provincia de Tierra del Fuego, se ha creado el centro de mediación dependiente del Poder Judicial, lo cual implica un avance indudable para nuestra justicia provincial.

La mediación puede manifestarse y ser de marcada utilidad en distintas materias, como ser en el ámbito familiar, que es el más receptado hoy para la aplicación de dicho instituto. Pero en los últimos años venimos enfrentando como sociedad un cambio de paradigma que se ve reflejado en derecho, mediante el cual estamos transitando de una justicia de tipo retributiva a una de corte restaurativa a través de la flexibilización del criterio de oportunidad propio del proceso penal.

La justicia restaurativa nos propone un replanteo sobre las clásicas maneras de resolver los delitos. Tomando esta premisa exhibiremos mediante el presente, el tratamiento de la mediación penal para conocer su concepto, su aplicación práctica, su regulación normativa, y otras cuestiones referidas a la misma. Para luego en la conclusión retomar estos contenidos y reflexionar sobre ellos, ya que seguramente, quedarán cuestiones pendientes y nuevos interrogantes que podrán ser respondidos en un trabajo posterior para el avance de la ciencia.

II. Concepto y caracteres de la mediación

En la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina puede leerse que “La mediación es un método que permite la resolución de conflictos de manera pacífica, a través del diálogo entre las partes, donde el mediador como tercero neutral las acompaña para que ellas mismas, como protagonistas, encuentren las soluciones más beneficiosas.” Se trata entonces de un método de resolución de conflictos no adversarial, en donde las partes se someten a un procedimiento legal para buscar una solución pacífica al pleito. Se diferencia del juicio, precisamente en lo adversarial. Mientras que en la mediación las partes no se encuentran enfrentadas en dos polos contrarios, en el juicio esa circunstancia es característica esencial del mismo.

Las características de la mediación, entonces, son básicamente las que consisten en lograr una resolución pacífica, donde no se trata de decir que el pleito o juicio tradicional persiga una violenta, de lo que sí se trata es, de diferenciar lo que sucede en un método adversarial en donde las partes se ven enfrentadas a un estilo más de contrincantes; mientras que en la mediación se persigue la idea de pares, de personas que no persiguen fines estrictamente contrarios sino conciliatorios; también el instituto se basa fundamentalmente en el diálogo, así la relación entre los sujetos intervinientes es dialéctica porque, justamente, permite la posibilidad de entablar una plática que ayude a la composición de los intereses en juego; otro carácter fundamental, es que el rol del mediador es un tercero neutral, y aquí la figura del juez y la del mediador se asemejan en cuanto que ambos son imparciales e independientes de los intereses de cada parte, pero se distinguen porque el mediador se acerca a las personas mediante una relación de diálogo, escuchando, hablando, es decir, se trata de una relación de inmediatez muy distinto al juez que resuelve tradicionalmente conforme las constancias de la causa sin, la mayoría de las veces, conocer siquiera a las partes intervinientes; y por último que mediante la mediación se pueden llegar a soluciones más beneficiosas, ya que ella, intenta acercar a las partes para que encuentren una respuesta al conflicto acaecido,

persiguiendo como resultado un justo reparto de los intereses planteados y como un restablecimiento de la paz alterada.

III. Mediación Penal

Siguiendo los lineamientos de Barmat, puede decirse que la mediación en conflictos penales es definida como “*un procedimiento institucional, en el cual un mediador colabora para que los actores del conflicto derivado de un hecho delictivo, conocido por alguna de las agencias del sistema penal, busquen solucionar sus diferencias a través de una negociación*”². Puede extraerse de esta última definición la idea de colaboración del mediador; la necesidad de que el procedimiento esté institucionalizado, legitimado y reconocido por alguna de las agencias del sistema penal; la idea de búsqueda de una solución mediante la negociación.

También se dice que la mediación penal es un “...método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quién resulte culpable...”³.

La mediación penal comparte por un lado los caracteres que enunciáramos *ut supra* respecto a la mediación genérica, pero también pueden agregarse los siguientes:

2 Barmat, Norberto D. “*La mediación ante el delito*”, Marcos Lerner, Córdoba, 2000, pág. 29.

3 Caram, Ma. Elena, *El espacio de la mediación penal*, pág. 1 disponible en la web: <http://www.mediacionandalucia.es/MEdiacion/54.pdf>, citado por Guglielmelli Dominique, Angeles y Avalos Gonzalo publicado en LLC 2013 (febrero).

a) Estatalidad: se trata en este caso de una herramienta de resolución que debe realizarse dentro del marco de actuación del Poder Judicial. Ello así porque la comisión de un delito interesa a la comunidad toda.

b) Estructuración: así como el proceso en general constituye una serie de pasos concatenados, destinada a un fin, cuyas etapas deben ser cumplidas con la regularidad propias de un proceso; la mediación también debe estructurarse en etapas y bajo condiciones que deben ser respetadas para arribar a la solución del conflicto.

c) Informalidad: en este sentido, las reglas del proceso son flexibilizadas a los fines también de acercar el lenguaje a las personas involucradas, lenguaje que no puede ser el tecnicismo propio del derecho pues lo que se persigue es que las personas sean protagonistas de la mediación.

d) Limitación del objeto: se trata aquí de permitir la mediación para determinados delitos, impidiéndolos en casos de gravedad que aconsejen la no utilización de este mecanismo.

e) Revalorización de la víctima: con el sistema tradicional penal, el papel de la víctima se ve realmente reducido: sólo le queda la posibilidad de constituirse en querellante, pero no tiene *per se* intervención en el desarrollo del proceso más allá de su declaración y de su facultad de ser querellante. En la mediación se pretende realzar el papel de la víctima, quien tendrá una activa intervención en la búsqueda de una solución del perjuicio sufrido.

IV. Principio de Oportunidad

Según la Real Academia Española se entiende por principio a “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia” y “Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”. Como puede extraerse de las definiciones mencionadas, los principios constituyen orientaciones, vectores, puntos de partida, que, aún

cuando no estuvieran expresamente enunciados en los ordenamientos jurídicos, dirigen la actividad de los operadores del derecho hacia un determinado sentido.

En el derecho penal, se cuenta con dos (2) principios que configuran las dos (2) caras de una misma moneda y que son indispensables a la hora de la creación y de la aplicación de las normas:

1) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dentro del sistema penal argentino, el principio de legalidad se infiere concretamente del Código Penal que en su artículo 71 establece: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”. Por su parte, el artículo 5 del CPPC expresa: “La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio...”

Entonces, se plantea la exigencia al Estado de que, anoticiado de la comisión de un delito cuya acción penal no encuadre en las excepciones del art. 71, ponga en funcionamiento todo el aparato judicial correspondiente para descubrir la verdad real de la situación y lograr la aplicación de la ley penal a quien resulte imputado, para luego juzgarlo y, en su caso, condenarlo.

2) PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad, diversamente a lo que acontece con el de legalidad, otorga la posibilidad al Estado de efectuar una selección consciente y legítima de iniciar una persecución o no, o de limitarla, o hacerla cesar. En doctrina, se lo define como “la posibilidad que la ley acuerda a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar; o la

autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada por el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió”⁴.

En esta senda, los autores también hablan de “oportunidad reglada” para referirse a aquel sistema jurídico en donde la regla general sea el principio de legalidad, y la excepción la constituye la oportunidad. Así, “los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación, o cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor...”⁵.

Como ejemplos⁶ de criterios de oportunidad suele citarse la suspensión del juicio a prueba (incorporado al Código Penal por Ley 24316); el tratamiento de rehabilitación para el imputado de simple tenencia de estupefacientes para consumo personal que, con su recuperación, extingue la acción penal (Ley 23737); el caso del avenimiento para delitos contra la integridad sexual (Ley 25087).

V. Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa

Los conceptos previos desarrollados nos permiten distinguir entre lo que se denomina como justicia retributiva y justicia restaurativa, siguiendo principalmente a Ulf Christian Eiras Nordenstahl⁷.

La justicia retributiva responde al paradigma clásico de aplicar “a raja tabla” el principio de legalidad que *ut supra* mencionamos. En efecto, la justicia

4 Cafferatta Nores, José I y otros., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, pág.75.

5 Cafferatta Nores, José I y otros., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. Cit. ut supra, pág. 76/77.

6 A mayor abundamiento, véase Cafferatta Nores José Ig., op. Cit

7 Nordenstahl, Ulf, *Mediación penal. De la práctica a la teoría*. Ed. Librería Histórica, Buenos Aires, 2010, 2ª edición.

retributiva ve al delito como una infracción a la norma en donde los protagonistas del conflicto son el infractor y el Estado, otorgando escasa participación a la víctima del delito que sólo le cabe la posibilidad de constituirse en querellante. Así, el principio de legalidad recibe su máxima expresión en este tipo de justicia, donde el procedimiento es predominantemente adversarial y la finalidad es probar delitos, establecer culpas y aplicar castigos. Por otro lado, el control del procedimiento se focaliza en el sistema penal a cargo de los órganos predispuestos para tal actividad, y donde prácticamente no hay participación activa de las personas directamente involucradas en el hecho delictivo.

La justicia restaurativa, en cambio, propone un replanteo sobre las clásicas maneras de resolver los delitos. Puede entenderse, y viene aquí la relación con el principio de oportunidad, como la manifestación de los criterios de oportunidad reglada que se mencionaron anteriormente. Así las cosas, se ve al delito como un conflicto entre personas y donde los sujetos que intervinieron en el mismo son protagonistas con capacidad para decidir sobre la solución que consideran más justa. Se trata, en el caso, de una de las aplicaciones de la mediación penal. A partir del diálogo, se busca resolver el conflicto, asumiendo responsabilidades y ofreciendo una reparación del daño causado. El control no se centra ya en el sistema penal, abatido por la exponencial abundancia de trabajo sumado a la imposibilidad material y económica de dar soluciones rápidas, sino en la propia comunidad que de algún modo puede participar en la búsqueda de una resolución.

Veamos a continuación el siguiente cuadro comparativo⁸ con las características citadas:

	Retributiva	Restaurativa
Delito	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y social

⁸ Cuadro tomado de Nordenstahl, ob. Cit. ut supra, pág. 35.

Control	Sistema penal	Comunidad
Protagonistas	Infractor y Estado	Víctima y victimario
Procedimientos	Adversarial	Diálogo
Finalidad	Probar delitos Establecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflictos Asumir responsabilidades Reparar el daño
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

En este marco de la justicia restaurativa, Baratta expresa que “sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena”⁹.

VI. Conclusión

Hay que considerar que es valioso el aporte de la doctrina y la jurisprudencia que con el tiempo comienza a cuestionarse el paradigma clásico de aplicación lisa y llana del principio de legalidad. La sobrepoblación de las cárceles, la falta de respuestas judiciales rápidas, el creciente índice de delito,

⁹ Baratta Alessandro, *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)* Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 637.

exige necesariamente un replanteo de los postulados clásicos. Ello así porque a lo largo de las últimas décadas se ha demostrado la imposibilidad de llevar a cabo todos los procesos ante cada uno de los hechos delictivos que se suceden en la vida cotidiana frente a Tribunales congestionados. Y la posibilidad de pensar en resolver un conflicto mediante un sistema que procure la restauración de la paz social superando los esquemas más tradicionales, con menores costos y demoras debe ser visto con buenos ojos.

Se ha podido entrever asimismo que, la mediación permite la solución pacífica de un conflicto en donde la víctima tiene una participación activa y es escuchada así como son tenidos en cuenta sus deseos. Ello se alcanza a través del diálogo, donde se pueda determinar que la persona víctima de un delito se conforma con el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, viendo satisfecha su pretensión mediante una negociación directa o indirecta con el autor penalmente responsable. Esta circunstancia puede verse, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad como el hurto, en donde la víctima logra la devolución de la cosa hurtada por parte del delincuente, a lo que puede agregarse una justa reparación, negociable entre las partes.

En cuanto a lo referido anteriormente, es de gran consideración, y de un valor insuperable el aporte de la mediación, ya sea en el ámbito penal o no, en cuanto a la faz personal de cada partícipe de ella, porque dentro de este instituto hablamos de personas con problemas, no de partes contrincantes en disputa; a través de la mediación, cada persona comienza a tomar noción de su lugar en el tiempo y en el espacio, es decir se sitúa en el verdadero plano del problema, y por medio del proceso de legitimación logrado en cuanto a la otra persona, se adquiere la empatía necesaria para reconsiderar las posturas, considerar el problema globalmente y llegar finalmente a un equilibrio, proponiendo las mismas partes la solución a su altercado.

Estos nuevos institutos, tanto la mediación propiamente dicha, como la penal, no deben ser vistos con intenciones de reemplazar el sistema judicial tradicional vigente, sino con miras a darle a nuestros Tribunales un respiro, complementándose con él y asistiéndolo en los conflictos pertinentes y en aquellas instancias que el proceso judicial lo requiera.

Otro aspecto a rescatar de la mediación penal, es la intención de evitar las consecuencias estigmatizantes sobre los sujetos responsables de un delito, quienes con una justa reparación del daño causado y haciendo partícipe a la víctima en la decisión, pueden arrepentirse del hecho cometido y continuar sus vidas con una “lección aprendida”.