

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

San Juan, 12, 13 y 14 de septiembre de 2019

COMISIÓN 2 DE PROCESAL PENAL-Formas alternativas de solución del conflicto penal.

PONENCIA: La mediación penal. Experiencia en el Fuero Penal Juvenil de Córdoba.

Autor: Ab. Esp. Gerardo Calvimonte

Docente de Teoría General del Proceso y Práctica Profesional I

Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.

Domicilio Postal: Montevideo 1380- B° Paso de los Andes (5000) CORDOB A

Tel. 0351- 155 642 991

e-mail: gercalvi@gmail.com

A) LA MEDIACIÓN

Nociones previas

La mediación, como medio alternativo de solución de conflictos, ha adquirido durante los últimos años una mayor importancia que hace necesario un nuevo análisis y estudio de las cuestiones más trascendentales, tales como su aplicación en el ámbito penal, en principio excluida en todas aquellas cuestiones que involucren el orden público. Por ello, se pretende desde el presente trabajo conocer cómo funciona la mediación en el ámbito penal en la provincia de Córdoba, en qué casos es viable dicha mediación, con qué requisitos, cuáles son sus efectos. Asimismo se está aplicando como método de suma utilidad en el fuero penal juvenil.

Las ciencias del Derecho y los operadores jurídicos, en este Siglo XXI en curso, deben replantearse necesariamente la intervención de la Justicia en los conflictos sociales así como la posibilidad de encontrar soluciones alternativas a las tradicionales. Es aquí donde se puede ubicar a la mediación en general y, específicamente, a la mediación penal.

En nuestro país comenzó el proceso de instalación de la mediación penal con la Ley 4989 de Mediación de la Provincia del Chaco en el año 2001. En el año 2005 se sancionó la Ley 13.433 de Mediación Penal en la Provincia de Buenos Aires. Hoy puede decirse que prácticamente en todo el país existen formas de mediación de este tipo.

Podría definirse a la mediación penal 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” (1)

(1) Barmat, Norberto D. (2000), La mediación ante el delito, Marcos Lerner, Córdoba, pág. 29.

También se la define como 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...”.

Resulta difícil pensar que la justicia pueda dar respuesta acabada a todos los conflictos jurídicos que suceden diariamente, con una aplicación literal de las normas. El mentado principio de legalidad, que importa la persecución lisa y llana de todos los ilícitos cometidos, se enfrenta a serias dificultades para cumplir su cometido, ya sea por la falta de recursos del Poder Judicial, la morosidad de la función jurisdiccional, la falta de credibilidad de los ciudadanos hacia la justicia. El principio de legalidad ha sido atenuado con la incorporación de las Reglas de Disponibilidad de la Acción y los criterios de oportunidad (art. 2 de la Ley 10.457) que incorporó los arts. 13 bis, 13 ter, 13 quáter y 13 quinquies al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (C.P.P.)- Ley 8123.

Como ejemplos de criterios de oportunidad suelen 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; el caso del avenimiento para delitos contra la integridad sexual (Ley 25087).

Más allá de que dichas reglas pueden servir a los fines de descongestionar el colapsado sistema de justicia, debemos preguntarnos si es posible una alternativa que no sólo signifique economizar trámites y recursos, sino también y fundamentalmente, que permita restablecer la paz social alterada a través de un sistema ágil y económico, como lo es la mediación.

Con el nuevo articulado agregado al C.P.P. de Córdoba se otorga al Fiscal la opción de llevar adelante la persecución penal, propia del sistema tradicional oficioso del proceso penal, o bien evitar la persecución penal, en los casos previstos, tales como: a)

hecho insignificante; b) si la pena que pudiese corresponder fuese de ejecución condicional; c) daño físico o moral grave en el imputado, a causa del hecho; d) cuando la sanción a imponer carezca de importancia respecto a una ya impuesta; e) cuando existe conciliación ente las partes; f) imputado afectado por una enfermedad terminal.

B) REGULACION LEGAL:

A nivel nacional la Mediación está regulada mediante la ley n° 24573.

A nivel provincial, en Córdoba contamos con la ley n° 8858 y la ley recientemente sancionada, n° 10.543 que incorpora la Mediación Prejudicial Obligatoria (M.P.O.). Esta última, en su artículo primero establece que “Se instituye en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y se declara de interés público la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos....”.

Todas ellas excluyen de su ámbito de aplicación a las cuestiones penales, con algunas excepciones. Así vemos que la ley 8858 en su art. 3° establece que: “Quedan excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas: a) *Procesos penales* por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno...”

Por su parte, la ley n° 10543 (M.P.O.) en su art 6° establece que: “Quedan excluidas del ámbito de la mediación previa y obligatoria las siguientes causas: 1) *Procesos penales*. Sólo el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querrela están facultados a derivar el caso penal a mediación. Pueden hacerlo cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- lo habilite. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil

pueden ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique suspensión de término alguno...”

Concretamente, la ley cordobesa dispone que quedan excluidos del ámbito de la mediación los procesos penales por delitos de acción pública, con las excepciones previstas.

No obstante, se reconocen tanto en el ámbito del derecho penal sustancial como en el procesal local, institutos que se acercan a la mediación penal como forma de resolución de conflictos, dándole mayor participación en el proceso a la víctima. Como ejemplos pueden citarse la suspensión del juicio a prueba; el juicio abreviado; el procedimiento de querrela; los delitos contra la integridad sexual; infracción a la ley 23737 (Delitos de estupefacientes para consumo personal).

La propia jurisprudencia cordobesa ha indicado que la existencia de herramientas que posibilitan al magistrado la aplicación del instituto de la probation, que constituye una avanzada del Derecho Penal, tendiente a evitar los efectos negativos y estigmatizantes de la sanción penal sin dejar de atender a los legítimos intereses de la víctima. Ese instrumento es la mediación penal, que, si bien no se encuentra legislada, nada obsta a su utilización por el magistrado.

Asimismo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sostuvo que “...uno de los requisitos relativos a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, es la oferta razonable del imputado de reparar el daño causado en la medida de sus posibilidades y su cumplimiento para la subsistencia del beneficio. Al respecto, la Sala puntualiza que este requisito se trata de una de las manifestaciones del cambio de paradigma de la justicia penal” (2)

(2) causa “Naz Victor Hugo p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar – Recurso de casación (Expte N 01/06) Sentencia 82 del 18-04-08”

C) CARACTERES DE LA MEDIACION PENAL

La mediación penal participa de los caracteres de la mediación en general, tales como imparcialidad, confidencialidad, comunicación directa de las partes, satisfactoria composición de intereses, consentimiento informado y celeridad, pero además de ellos debemos destacar los siguientes:

- a) Voluntariedad: la intervención de los sujetos debe ser libre, de tal manera que no se vean obligados a intentar una resolución no adversarial si así no lo desean.
- b) Revalorización de la víctima: con el sistema tradicional penal, el papel de la víctima se ve reducido: sólo le queda la posibilidad de constituirse en querellante particular, 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. Este aspecto es clave en los Derechos Humanos, en efecto, el acceso a la tutela judicial efectiva está expresamente previsto no sólo en el artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, sino también en otros instrumentos convencionales y consuetudinarios reconocidos por la República Argentina.
- c) Solución definitiva: el cumplimiento del acuerdo deberá ser asimilado a la cosa juzgada de cualquier otro procedimiento judicial para alcanzar el grado de obligatoriedad requerido así como también para garantizar el principio de non bis in idem.

La aplicación de la mediación en el ámbito de la justicia penal implica un cambio de paradigma: debemos pasar de la justicia retributiva a la justicia restaurativa.

Así vemos que la justicia retributiva responde al paradigma clásico de aplicar “a raja tabla” el principio de legalidad que ut supra se ha mencionado. Ve al delito como una infracción a la norma en donde los protagonistas del conflicto son el infractor y el Estado, con poca participación a la víctima del delito - posibilidad de constituirse en querellante- y procedimiento adversarial con la finalidad de probar los hechos delictivos, 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.

En cambio la justicia restaurativa, propone un replanteo sobre las clásicas maneras de resolver los delitos. Puede entenderse como la manifestación de los criterios de oportunidad reglada que se mencionaron anteriormente. Ver 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 justas. 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.

Como dice Alberto M. Binder, “...el enfoque restaurativo insiste en el valor de la asunción de responsabilidad por parte del ofensor como parte central del encuentro con la víctima: se trata de propiciar un diálogo...”. “...nace como respuesta ante la insatisfacción de los resultados de los programas para reducir el crimen o mitigar sus efectos, aún ante el auge de las visiones de readaptación clásicas....” (3)

Considero que la doctrina y la jurisprudencia van haciendo eco de la necesidad de cambio del paradigma clásico (aplicación lisa y llana del principio legalidad) por la realidad actual que refleja sobrepoblación en las cárceles, falta de respuestas judiciales rápidas, el creciente índice de delitos, etc. 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 se ve como una opción razonable y conveniente.

(3) Alberto M. Binder, Derecho Procesal Penal, Tomo IV- Oct. 2018 Ad Hoc, pag 518 y 519.

Además la *mediación penal* 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.

D) APLICACIÓN EN EL FUERO PENAL JUVENIL DE CÓRDOBA

En nuestra Provincia de Córdoba viene aplicándose con éxito la mediación penal en el ámbito del Fuero Penal Juvenil de la Justicia Provincial.

Así vemos que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, mediante el dictado del Acuerdo n° 848 serie “A” de fecha 26-10-17 habilitó el Centro Judicial de Mediación (C.J.M.) para trabajar en causas del Fuero Penal Juvenil, buscando así promover la solución alternativa en conflictos que involucran a niños y adolescentes. Dicho Acuerdo fue el resultado de una propuesta formulada por los Sres. Jueces Penales Juveniles del Centro Judicial Córdoba Capital, del Centro de Perfeccionamiento Nuñez (dependiente del T.S.J.) del Centro de Estudios y Proyectos y del Centro de Mediación Judicial de Córdoba. Dicha iniciativa luego se incorporó al articulado de la Ley 9944, como se explicará más adelante.

En sus considerandos se refiere a que el dictado del Acuerdo se efectúa en el marco de la Convención del Niño (art. 40, 3, b) y las Reglas de Beijing (regla 11) que receptan los principios de mínima suficiencia y de subsidiariedad en materia de responsabilidad penal juvenil; y con las siguientes particularidades:

Casos: se establece que el caso de un adolescente en conflicto con la ley penal puede ser derivado a mediación, siempre y cuando: a) el adolescente no presente una problemática grave de consumo de drogas, ni reiteración de delitos graves en los dos años inmediatos anteriores; b) el conflicto puede consistir en cualquier tipo penal que posibilite la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de criterios de oportunidad o de disponibilidad (arts. 59 y 76 bis del C.Penal) y especialmente aquellos casos en los que subsiste un conflicto con otra persona, con familias o grupos.

Oportunidad para su remisión: desde el inicio de las actuaciones hasta la clausura de la etapa de investigación penal preparatoria; el Juez por iniciativa propia, con la conformidad del adolescente y su defensor, o a pedido de partes, decidirá por decreto la derivación al Centro Judicial de Mediación.

Conformidad de los interesados: el Centro Judicial de Mediación iniciará el proceso cuando todos los interesados hayan prestado su conformidad. Si no la hubiere por parte de todos y el mediador entendiere igualmente beneficiosa su actuación, podrá llevarla adelante. Pudiendo contar con el acompañamiento de cuerpos técnicos del Poder Judicial (enfoque interdisciplinario) de ser necesario.

Acuerdo-supervisión-efectos: si se arriba a un acuerdo compositivo o restaurativo, el mediador supervisará su cumplimiento por el plazo de seis meses. Vencido el plazo de seguimiento se da por finalizada la mediación y se comunica al Tribunal interviniente, el cual dictará la sentencia de sobreseimiento (caso de adolescente punible) o dispondrá el archivo definitivo (caso de adolescente no punible), recordando que la ley nacional n° 22.278, modificada por ley n° 22.803, en su artículo 1° establece que “no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.”

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba considera que los consensos alcanzados permitirán estimular el uso y la aplicación efectiva de una medida alternativa de justicia restaurativa en el ámbito de la justicia penal juvenil, por ello a través de la mencionada

Acordada invita a los Sres. Magistrados, Fiscales y Asesores que intervienen en el Fuero Penal Juvenil de otros Centros Judiciales (del interior de Córdoba) y a las Delegaciones del Centro Judicial de Mediación existentes en cada circunscripción judicial, a realizar propuestas para la implementación concreta de la mediación penal juvenil en sus respectivos ámbitos geográficos.

Es muy amplio el espectro de causas que podrán ser derivadas a mediación y resueltas mediante un acuerdo de partes. Según estadísticas del Poder Judicial de Córdoba, durante el año 2016 los Juzgados Penales Juveniles de Capital recibieron 1506 causas, de las cuales 1289 fueron robos o hurtos y 145 resistencia a la autoridad. Entre los casos excluidos solo se registraron 29 por homicidios y 17 por drogas.

Durante el año 2018 ingresaron al Centro Judicial de Mediación de Capital 400 causas derivadas del Fuero Penal Juvenil.

La realidad actual, que demuestra la existencia de gran número de causas y falta de recursos, hace que muchas de las mismas no lleguen a solución alguna, dado que se deben priorizar las causas con presos. Por la vía de la justicia restaurativa se abre la posibilidad concreta de trabajar con muchas de las causas a las cuales no se les podía dar trámite por las razones precitadas. Un Magistrado del Fuero Penal Juvenil de Córdoba, Dr. Gonzalez del Solar, destacando las virtudes de la mediación en el Fuero Penal Juvenil habla de la fórmula de las 3 R: responsabilización, reparación (cuando es posible) y revinculación entre las partes en conflicto. (4)

La mirada en torno a la infancia ha vivido profundas transformaciones desde las últimas décadas del siglo XX hasta la actualidad, cambio que fue traduciéndose en nuevas normativas que primariamente se expresaron en el orden internacional y luego fueron ingresando a los ordenamientos internos. Así, de un sistema tutelar donde los niños, niñas y jóvenes eran tratados como menores incapaces, se fue pasando al enfoque que los concibe como sujetos plenos de derechos, en proceso de crecimiento, con capacidades progresivas y en donde el mundo adulto es quien debe acompañar y velar por el cumplimiento de sus derechos.

(4) Nota La Voz del Interior. Fecha 09/11/2017.

En esa línea de pensamiento se ha aprobado en la Legislatura Unicameral de Córdoba la Ley n° 26.964, en base a un proyecto impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Córdoba en el marco del debate por la reforma de la Ley 9944 - Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- y la ley nacional n° 26.061, por el cual se crea la importante figura del Abogado del Niño, abogado con honorarios a cargo del estado Provincial que de manera coordinada con la SENAF -Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia- podrá actuar en todo proceso judicial o administrativo defendiendo los derechos de los niños y niñas en conflicto con la ley, sin perjuicio de la representación complementaria del Asesor de Niños, niñas y Adolescentes; y dispone la creación de un registro de abogadas y abogados especializados en la materia, que funcionará en la sede del Colegio de Abogados, en el cual podrán inscribirse profesionales que demuestren especialización en derechos del niño, que integren organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia y acrediten trayectoria en trabajo de niñez y adolescencia desde un enfoque de derechos.

En el art. 8 de dicha Ley 26.964 se incorpora como Capítulo I bis del Título VII de la Ley 9944 (Promoción y Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes) y sus modificatorias, que contiene los arts. 86 ter y 86 quáter, que regulan expresamente la Mediación como vía alternativa de resolución de conflictos. Así se establece que el Juez *podrá derivar* el proceso a mediación en aquellas causas que posibiliten la aplicación de la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de criterios de oportunidad o de disponibilidad de la acción; y *deberá derivarlo en forma obligatoria* cuando se trate de niñas, niños o adolescentes no punibles. Plasma en el resto del contenido de dichos artículos lo que el T.S.J. de Córdoba había dispuesto mediante el Acuerdo 848 Serie A del 26-10-17.

E) CONCLUSIONES

La aplicación de la mediación en el ámbito penal y más precisamente en el ámbito del Fuero Penal Juvenil, cambiando el paradigma de justicia retributiva a justicia restaurativa implica grandes beneficios al servicio de justicia.

Y este enfoque debe ser analizado dentro del marco del proceso composicional, que es aquel que colocándose en la vereda opuesta de un proceso de conocimiento caracterizado como el que busca la acreditación de los hechos investigados a fin de imponer una respuesta unidimensional de prisión carcelaria, busca encontrar otras salidas y de esta forma lograr respuestas de mucha mayor calidad que la pena de prisión. En definitiva, la mediación penal y específicamente la que opera en el Fuero Penal Juvenil, se inscriben como soluciones propias de un sistema de proceso composicional.

Suele ocurrir, en visiones tradicionales del derecho penal, que se cree que en realidad la única decisión de calidad es la que impone una pena luego de un juicio de conocimiento, es decir luego de un debate oral, público, contradictorio y continuo, realizado conforme a todas las garantías y que todo lo demás es un consuelo por la falta de recursos para realizar juicios en todos los casos.

Esa visión es errónea, la imposición de una pena, aun en el mejor de los juicios siempre es la decisión de menor calidad, por más que sea necesaria en muchos casos.

La mediación penal como instrumento, tiene fijada una forma de desarrollo que permite la comunicación entre víctima y victimario, no necesariamente en forma personal. A través de la aplicación de la comunicación humana se pretende no sólo la reparación de la víctima, sino y sobre todo que el autor, al entrar en contacto aún indirecto con la víctima, tome conciencia del daño causado y asuma voluntariamente su obligación de resarcir.

En Córdoba, en el Fuero Penal Juvenil la mediación se aplicó inicialmente como experiencia piloto en algunos Juzgados y después, a través de lo establecido en la Acordada 848/17 del T.S.J. de Córdoba se aplica por parte de todos los Juzgados Penales Juveniles; y se han logrado resultados muy alentadores, habiendo en la gran mayoría de los casos los menores involucrados cumplido sus compromisos y no reincidiendo. Posteriormente se vió plasmada legislativamente mediante la reforma de la Ley 9944.

Los niños y adolescentes constituyen nuestro futuro: ante la comisión de hechos delictivos por parte de los mismos debemos pensar en resolver sus conflictos mediante un sistema que procure la restauración de la paz social superando los esquemas más tradicionales, con menores costos y demoras y poniendo énfasis en la posibilidad de los mismos de recapacitar, reparar el daño, no reincidir e incorporarse en el futuro como individuos útiles a la sociedad.

Por las consideraciones efectuadas precedentemente, considero que se debe alentar su uso, apoyo y difusión por parte de todos los operadores jurídicos.

F) BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BARMAT, NORBERTO D. (2000) *La mediación ante el delito*. Córdoba: Marcos Lerner.
2. BINDER, ALBERTO M. (2018) *Derecho Procesal Penal Tomo IV Edit Ad Hoc*.
- 3.- CAEIRO EDUARDO, coordinador, (2010) *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado y Anotado*. Córdoba, La Ley
- 4.- CAFFERATTA NORES, JOSÉ I. Y OTROS (2003) *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad.
- 5.- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A. (1998) *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

- 6.- DIEZ FRANCISCO Y OTRO (2000) *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós.
- 7.- GARCIA CIMA DE ESTEVE ELENA (2001) *Un diseño de mediación. Modelo del Colegio de Escribanos de Córdoba*, Córdoba, Alveroni Ediciones.
- 8.- GUGLIELMELLI DOMINIQUE, ANGELES Y AVALOS GONZALO *La mediación, ¿es posible su aplicación en el proceso penal cordobés?* publicado en LLC 2013 (febrero), 1.
- 9.- SAYAGO MARCELO J. (1999) *Suspensión del juicio a prueba. Aspectos conflictivos*. (2da ed.) Córdoba. Marcos Lerner.
- 10.- TORRES BAS RAÚL E. (1994) *El debido proceso penal*. Córdoba, Marcos Lerner.