



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**“El Impacto de la Mediación Penal en el tratamiento del delito
en Santa Fe”.**

2013

Tutor: Dra. López Verónica.-

Alumno: María Fernanda Guelfi.-

Título al que se aspira: Abogada.-

Fecha de presentación: 12/09/2013

Agradecimientos:

En principio, quiero agradecerles a mi mamá y a mis hermanas por el apoyo incondicional, la paciencia y la confianza que depositan en mí día a día.

A todos aquellos que me acompañaron todos estos años y me apoyaron en cada momento.

Dra. Stella Maris Sciretta y Dra. Verónica Castro, quiero agradecerles por haberme brindado siempre su ayuda y apoyo cuando lo necesité.

Y fundamentalmente, a mi tutora, Dra. Verónica López, por su paciencia, colaboración y dedicación para acompañarme en la realización de este trabajo.

1.-Resumen

En este trabajo abordaremos el impacto de la Mediación Penal en el tratamiento del delito en la provincia de Santa Fe. Cómo repercutió en la sociedad y en todo el sistema judicial penal en la provincia, con la incorporación de este instituto para conflictos penales de menor envergadura.

En el capítulo I, se abordarán las ventajas que trae aparejada la incorporación de la mediación como método alternativo de resolución, en especial el tratamiento que le da el Código Procesal Penal Santafesino. Realizaremos una breve clasificación de los distintos sistemas procesales para realizar un paralelismo entre uno y otro. Además las causas que llevaron a la creación de otros mecanismos, como así también el abuso de la aplicación de la prisión preventiva por parte del sistema penal.

También se distinguirán los conceptos de justicia retributiva y restaurativa, cuáles son los elementos que las distinguen; como así también la contraposición del principio de legalidad versus el de oportunidad, haciendo la distinción entre ambos y determinar las reglas de disponibilidad según la ley de Implementación Progresiva N° 12.912.

En el capítulo II, plasmaremos los distintos conceptos de mediación penal que brinda la doctrina, como así también los fundamentos de su implementación en el nuevo Código Procesal Penal. También explicitaremos el rol del mediador y sus facultades. También explicaremos, el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal en el proceso, sus características de independencia y discrecionalidad como así también su ubicación institucional.

Además, la participación de la víctima en el proceso de mediación y su caracterización conjuntamente con la del ofendido. Por último, la importante creación de los Centros de Asistencia a las Víctimas con la sanción de la ley N° 12.912.-

En el capítulo III, abarcaremos el tema de la Mediación dentro de los Derechos Humanos, a partir de la incorporación del artículo 75 Inc. 22 con al reforma constitucional de 1994. Se hará mención de los tratados de rango constitucional que se expresan en este tema.

También trataremos la mirada del Código Procesal Penal con el dictado de la ley N° 12.912 de “Implementación Progresiva”. Se analizará a nivel nacional su recepción.

Abordaremos la contradicción del artículo 71 del Código Penal Argentino y la Constitución Nacional. Y finalmente una breve explicación de la Mediación Penal dentro de los fines de la pena.

Por último, en el capítulo IV, trataremos el tema de la Mediación Penal Juvenil, el tratamiento a nivel nacional con la ley N° 22.278 y la ley provincial N° 11.452; además el alcance a nivel internacional como en la Convención de los Derechos del Niño, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que articulo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y La Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987 y en Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

Al final del trabajo, anexe un fallo dictado por el Juzgado de Sentencia N° 8 de la ciudad de Rosario, a cargo del Dr. Carlos A. Carbone.

2.-Estado de la Cuestión

La problemática de la violencia, la seguridad ciudadana, el funcionamiento del aparato judicial en su totalidad, el descreimiento de la sociedad ante el valor justicia son temas que preocupan cada vez más a diversos sectores de la sociedad argentina y principalmente en la provincia de Santa Fe.

En sus orígenes las víctimas afectadas por un ilícito penal realizaba “justicia por mano propia”, retribuyendo al autor del delito el mal padecido.

Posteriormente se concentraba el poder en manos de las monarquías absolutas teniendo la pena un fin retributivo.

Durante siglos se les negó en el derecho penal a las partes en pugna resolver su situación como protagonistas.

Con el correr del tiempo, el Estado comienza apropiarse del conflicto penal dejando de lado a la víctima y la persecución penal comienza a ser una “razón de estado” de carácter público.

Desde ese momento, impera el Principio de Legalidad absoluto, donde todo el sistema penal estaba abocado a la persecución y aplicación de sanciones a los que cometían delitos. Todo hecho ilícito debía ser juzgado por el sistema penal sin distinción de la gravedad o importancia de los mismos.

Simultáneamente se podía observar que el Estado se hacía carne y uña de los conflictos de las víctimas sin importar el menoscabo sufrido por ellas. Se hacía eco de un monopolio en cuanto a su poder sancionador en pos de un interés superior vinculado a la protección misma del Estado, dejando de lado la posibilidad de las víctimas de actuar en primera persona y así resolver el conflicto de forma armoniosa y consensuada.

El rigorismo por parte del Estado de llevar adelante la persecución penal a través de los órganos instituidos al efecto, provocó un desequilibrio social donde la víctima en muchas ocasiones no siente reparado el mal que le fuera infringido y los fines de la pena o sea la reinserción o re-educación, no se logran concretar eficazmente. Por otra parte, siendo la pena privativa de la libertad la principal pena sin consideraciones de la magnitud del hecho ilícito, variando únicamente la sanción respecto de la duración del tiempo para cumplirla.

Esta situación genera que las cárceles estén súper pobladas, convirtiéndose en un depósito de seres humanos y lo que implica que al recobrar la libertad vuelvan a delinquir ya que no pueden reinsertarse en la sociedad y se encuentran con dificultades para encontrar un empleo debido a un alto nivel de discriminación en la mayoría de los casos.

El sistema penal actual se encuentra colapsado y tiene la necesidad de rever los presupuestos básicos del mismo, sus fines y su operatividad. Este colapso se debe a múltiples factores, como la falta de recursos técnicos y humanos, el incremento desmesurado de la judicialización de conflictos, etc. Frente a la imposibilidad de procesar todos los casos opera algún mecanismo de selección. La estructura de cualquier sistema penal -expresa ZAFFARONI¹- “hace que jamás pueda respetar la legalidad procesal. El discurso jurídico-penal programa un número increíble de hipótesis en que, a estar al ‘deber ser’, el sistema interviene represivamente de un modo ‘natural’ (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado”.

Por estas razones se ve la necesidad de crear otros mecanismos de resolución de conflictos, que descompriman el aparato judicial de manera reparadora, que se le permita participar a la víctima en la solución del mismo y al victimario de hacerse cargo de sus actos logrando internalizar a través del acuerdo las pautas sociales de convivencia pacífica.

Por otro lado no todas las conductas interesan al derecho penal, sino que entre la infinidad de acciones que tienen lugar en la vida, sólo algunas son seleccionadas y conminadas con una pena. El derecho penal no siempre puede arreglar las cosas y por tanto la misma sensación de impunidad e insatisfacción genera la lentitud de los procesos, porque los tiempos judiciales no son, sin duda alguna, los de la sociedad.

¹ Zaffaroni – Alagia - Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Bs. As., 2000, pág.128.

Con el dictado de la ley 12.912, llamada de Implementación Progresiva, pone en vigencia varios institutos de la ley 12.734 y deroga implícitamente muchos otros de la ley 6.740. Con el dictado de esta ley se ponen en vigencia, entre otras, las reglas de disponibilidad que consisten en supuestos donde el Ministerio Público Fiscal podrá no promover o prescindir de la acción penal para aquellos casos previstos por la ley. Dejando atrás un sistema a ultranza legalista y dándole lugar al principio de oportunidad. Hay numerosos fallos en Santa Fe donde se aplican estos criterios e incluso incorporo en el anexo de este trabajo un fallo dictado por el Juzgado de Sentencia N° 8 a cargo del Dr. Carlos A. Carbone; donde se le aplica una de estas reglas de disponibilidad al imputado, llamada “pena natural” consagrada en el Art.10 II Inc. 3 (hoy vigente por la ley 12.912) ya que “las consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público”.

Otros de los institutos importantes incorporados por esta ley y tema de debate de este trabajo, es la Mediación Penal. En el artículo 10 III explícitamente se les brinda la posibilidad a los interesados de solucionar el conflicto en cuestión por medio de este instituto.

Es un proceso participativo y cooperativo, caracterizado por la confidencialidad que prevalece en el mismo. La Mediación implica un significativo avance en el modo de resolver los conflictos que teníamos disponibles los ciudadanos santafesinos, desde que nos permite recurrir a una vía distinta de la judicial para intentar negociar nuestras diferencias con otros. La Mediación viene a hacer un gran aporte en materia de valores tales como: el de convivencia pacífica, de responsabilidad por nuestros actos, desde que somos nosotros mismos quienes tenemos el poder para resolverlos sin delegarlos en terceros, de consideración y respeto por nuestros intereses.

Son varias las provincias que incorporaron este método de resolución con una regulación específica como lo es en la provincia de Chaco, la ciudad de Bs. As., Corrientes, La Rioja, Río Negro, San Juan, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, y en las siguientes provincias, no cuenta con una regulación específica como las otras pero la mediación deriva de los códigos procesales como la ciudad de Bs. As., Entre Ríos, Santa Fe, Jujuy, Mendoza y Neuquén.

Pensamos por ello, que el reconocimiento de la importancia del principio acusatorio, debe encontrar debido correlato en la consagración de los criterios de oportunidad en sentido amplio, comprendiendo las formas de auto composición de

aquellos conflictos en los que el delito afecta primordialmente los intereses particulares de los protagonistas o afectados.

La adopción del sistema acusatorio, por ende, debe conducir necesariamente a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que ésta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que las partes definan para zanjar el conflicto.

Todo esto es camino por hacer y, como lo expresa ELIAS NEUMAN², “habrá que hacer girar molinos y romper la dependencia placentaria hacia la acción pública. Se trata de un cambio ideológico y, por ende, de la mentalidad jurídica y social”.

3.-Marco teórico

A lo largo de este trabajo, vamos a desarrollar los distintos conceptos de mediación penal que brinda la doctrina que podemos comenzar diciendo que según Elena I. Highton³ lo ha definido como “ un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a estas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto...es un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto”.

También como lo define María Elena Caram⁴ “es un sistema, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes, asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de tomas de decisiones con relación a un desacuerdo, siendo sus características más destacadas la voluntariedad, la confidencialidad, la flexibilidad del procedimiento y la auto composición (las partes cooperan en la búsqueda de una solución). La mediación penal se ha de desarrollar entre las partes conectadas por un hecho que puede ser desplegado jurídicamente en un proceso penal.”

Ahora bien no podemos seguir avanzando sin delinear bajo que principios nos apoyamos para respaldar esta nueva forma de resolución de los conflictos. Para sostener esta nueva etapa, nos interesa desarrollar en este trabajo la idea de justicia restaurativa. Cuando se habla de justicia restaurativa se hace mención a un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos de América y Canadá en la década de los setenta del siglo pasado en relación con la delincuencia juvenil, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir

² Neuman, Elías, “Mediación y Conciliación Penal”, Editorial Depalma, Bs. As., Abril 1997, pág. 51

³ Highton, Elena I. y Álvarez, Gladis S., “Mediación para resolver Conflictos”, Editorial Ad Hoc, Bs. As., marzo 2004, pág. 195

en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene, por otro lado, el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima –autor, mas que a la imposición de una sanción o pena.

El surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento de la víctima, y al respecto el Grupo de Expertos de la ONU⁵ elaboro en el 2002 unos de los principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en la materia penal: “La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso en concreto”.

Es importante destacar que este sistema surge en contraposición del sistema tradicional de justicia retributivo donde los actores son el infractor perseguido y el estado sancionador; y en cambio, el la justicia restaurativa se basa en la víctima y en el ofensor y el estado por medio de sus operadores se ocupara de brindar el ámbito adecuado para que las partes resuelvan su controversia. Lo hará garantizando el ejercicio de los derechos constitucionales de uno y otro.

Una mirada actualizada del conflicto penal obliga a reconocer que la víctima es más que un denunciante o que un testigo; es ante todo una persona que ha soportado un daño en su persona o en sus derechos, es una persona que siente la acción del delincuente y también la de los órganos de la justicia penal; es una persona que tiene derechos y alimenta expectativas. El procedimiento inquisitivo es el que hemos sido educados tiene por objetivo político fundamental el realzar el poder y la presencia del Estado soberano como protagonista ineludible de la vida social; la solución de los conflictos reales de convivencia se subordina al cumplimiento de aquel fin superior y la objetividad de la decisión estatal se piensa básicamente como la imposición de las reglas generales.

⁴ Caram, María Elena “Hacia La Mediación Penal” La Ley 2000 –B .Sec. Doctrina Pág.965

⁵ Organización de Naciones Unidas “Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en materia penal, en el Informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa. Comisión de Prevención del delito y justicia penal, 11 período de sesiones, Viena, 2002.

El Dr. E. Zaffaroni, Alagia, Slokar⁶ en el libro de derecho penal parte general, expresan que “De alguna manera es la historia del avance y del retroceso de la organización corporativa de la sociedad sobre la comunitaria, de las relaciones de verticalidad (autoridad) sobre las de horizontalidad (simpatía), y en esa historia la posición de la víctima y el grado de confiscación de su derecho (de su carácter de persona) constituyeron siempre el barómetro definitivo”.

El sistema inquisitivo y el monopolio del ejercicio de la acción penal por el Estado no sólo han logrado deshumanizar a muchos funcionarios encargados de la aplicación de la ley penal; también ha favorecido la deshumanización e irresponsabilidad de muchas personas que cometen delitos.

4.-Introducción

El trabajo abordado corresponde al Derecho Público y dentro de éste al derecho Procesal Penal.

Vamos a desarrollar el problema que se presenta a diario en los tribunales y en todo el sistema judicial y más específicamente en el área penal.

Podemos observar que el congestionamiento de los tribunales como así también la paralización de las causas se deben a diversos motivos. El sistema judicial está sobrecargado, por lo costoso y lento, la promoción de un pleito requiere tiempo y dedicación personal, todo lo cual parece no valer la pena. Por otro lado, la cantidad de conflictos es potencialmente ilimitada por lo cual la oferta homogénea de solución por vía del sistema tradicional de resolución de conflictos a través de la sentencia, no logra nunca satisfacerla.

Esta situación genera un descreimiento total de la justicia, lo que lleva que ante algún ilícito, la sociedad sea renuente en formalizar la denuncia o en activar la justicia según sea el caso. Como también podemos reconocer la contrapartida que por causas menores, se active todo un sistema cuando hay otros casos que por la peligrosidad de la situación se archivan o duermen en las estanterías.

Hay un defasaje que provoca un colapso, donde parece ser que la falta de respuestas por parte de quienes deben darlas es moneda común.

El Código Penal como así también la Constitución Nacional ambos adhieren al Principio de legalidad, lo que implica que ante la comisión de un delito de acción

⁶ Zaffaroni Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Ob cit. pág. 491

pública, hay una actuación automática e ineludible del Estado a través de los órganos correspondientes. Lo que provoca la congestión de la que veníamos hablando.

Por estas razones, creo que la implementación de otros mecanismos de resolución de conflictos genera que la víctima sea escuchada ante su reclamo y contenida, por otro lado el victimario poder enfrentarse con la víctima, responsabilizarse del hecho ilícito, reparar el daño causado de forma consensuada genera menos resentimiento en la sociedad. Por otro lado, el sistema judicial se encargaría de llevar adelante aquellas causas que merezcan de otra atención y los delitos más leves, con otro grado de intensidad se verían directamente por otra vía mas pacífica de resolución como lo es la mediación.

Ahora bien, si bien en la provincia de Santa Fe, la mediación penal está expresamente prevista por el Código Procesal Penal la misma carece de aplicación a nivel nacional.

Con la última modificación del Código Procesal Penal santafesino, se previeron cuales son los criterios de oportunidad que debe tener en cuenta el Fiscal al momento de tomar conocimiento de un hecho ilícito. Con respecto a este último punto, es otro de los problemas que quiero plantear en este trabajo, ya que al no estar previsto en el Código Penal Argentino los criterios de oportunidad y al establecer como principio el de legalidad, se crea una suerte de contradicción de ambos sistemas.

Otros de los puntos a plantear en este trabajo, es la contradicción de la ley de mediación penal en el ámbito de la provincia de Santa Fe N° 11.452 con la ley nacional N° 22.278, ya que la primera regula expresamente la posibilidad de la mediación sólo para los casos que estén involucrados menores no punibles pero nada dice en cuanto a los mayores punibles, en realidad menciona la posibilidad de aplicar por remisión a lo previsto para los “adultos”. Y además en el caso de la ley nacional prevé las mismas sanciones legales que para los “adultos” con penas menores, nada dice sobre otros mecanismos de resolución.

La hipótesis de este trabajo, es demostrar la necesidad de crear un sistema unificado, en la regulación del Código Penal Argentino y el Código Procesal Penal Santafesino en cuanto a la previsión de otras medidas alternativas de resolución de conflictos y la necesidad de crear criterios de oportunidad en el Código Penal.

Como objetivo general de este trabajo, planteo la necesidad de determinar la incorporación de criterios de oportunidad en el Código Penal argentino en concordancia con los regulados en nuestra provincia, lo que garantizará la coherencia del sistema judicial.

En cuanto a los objetivos particulares:

1. Explicar las razones por las cuales el sistema judicial esta colapsado y por tal motivo provoca el descreimiento de la sociedad.
2. Demostrar que la limitación de la persecución penal por intermedio de los criterios de oportunidad brindan una solución útil para el sistema judicial penal.
3. Comparar la ley nacional N° 22.278, Régimen Penal de Minoridad y la ley provincial N° 11.452, Código Procesal del Menor, en cuanto al tratamiento diferenciado de los menores punibles y no punibles y su regulación en cuanto a la mediación penal.
4. Exponer fallo ejemplar del Juzgado de Sentencia de la Provincia de Santa Fe, que le otorga al imputado la “pena natural”.
5. Explicar el nuevo rol en el proceso penal santafesino con la modificación de la ley N° 12.912.

Capítulo I

La Incorporación de la Mediación Penal en la provincia de Santa Fe.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Incorporación de la Mediación Penal en la provincia de Santa Fe. 2.1.- Crisis de un modelo. 2.2.- Ventajas de su incorporación. 3.- Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal Santafesino. 3.1.- Sistemas Procesales Penales. 3.1.1.- Clasificación. 3.2.- Abuso en la aplicación de la prisión preventiva. 4.- Justicia retributiva y Justicia restaurativa. 5.- Principio de Legalidad. 5.1.- Concepto. 6.- Principio de Oportunidad. 6.1.- Concepto. 7.- Diferenciación entre ambos. 8.- Reglas de Disponibilidad. 9.- Conclusión

1.-Introducción

En este capítulo desarrollaremos el inicio de la mediación penal de acuerdo al nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. Explicaré brevemente cuales fueron los fundamentos que inspiraron a esta incorporación y sus implicancias en la sociedad.

Para una mayor comprensión, describiré las diferencias entre aquel viejo sistema tradicional y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Sin dejar de lado, el principio de legalidad que tanto la Constitución Nacional remarca y el artículo 71 del Código Penal de la Nación establecen. Como contrapartida, el principio de oportunidad que de acuerdo a la ley Nro. 12912, viene a regir las reglas de disponibilidad, a las cuales el Ministerio Público Fiscal debe ajustarse cuando así sea conveniente.

2.-Incorporación de la Mediación Penal en la provincia de Santa Fe

Con el dictado de la ley N° 12.912, de Implementación Progresiva, se puso en vigencia varios institutos de la ley N° 12.734, lo que significó un avance del nuevo sistema dejando de lado el viejo esquema inquisitivo y escrito por uno adversarial y acusatorio.

Esto provocó un cambio muy importante en la administración de justicia penal con el objetivo de mejorar las instituciones del Estado vinculadas con la problemática penal.

Si bien esta implementación trajo aparejado varios cambios, el que vamos a desarrollar en este trabajo es el instituto de la Mediación Penal.

Antiguamente, era el Estado quién se apropiaba del conflicto penal, lo tomaba para si dejando a la víctima al margen de tal situación. Este monopolio en manos del Estado, provocó un abandono de la voluntad de la víctima, en pos de un interés superior vinculado a la protección misma del Estado.

Por otro lado, el victimario habría cumplido con el castigo pero socialmente seguiría siendo un marginado social. Tal como dice Cesare Beccaria “*prohibir una enorme cantidad de acciones indiferentes no significa prevenir los crímenes que de ellas puedan resultar, sino crear otros nuevos*”. Por esta razón consideramos que la sanción penal no puede dar respuesta a todos los conflictos de las personas.

El accionar del Estados a través de los órganos instituidos al efecto, no logró componer el desequilibrio social, las víctimas en muchas ocasiones no sentían reparado el mal que le fuera provocado por tal situación delictual y por otra parte, los fines

resocializantes de la pena, como los fines de prevención general o especial, de reinserción, no se logran concretar a través de las sanciones impuestas siendo la pena de privativa de la libertad la que en la actualidad se prevé como principal pena variando únicamente la sanción respecto de la duración del tiempo para cumplirla.

Por estas razones creemos que el sistema penal se ve colapsado, con la necesidad de incorporar otros mecanismos para la resolución de conflictos de manera pacífica donde la sociedad vuelva a creer en el valor “justicia”.

Uno de los objetivos de esta ley, es incorporar un trabajo mas coordinado entre el Ministerio Público Fiscal y los órganos del Poder Ejecutivo, para hacer un uso adecuado de los sistemas alternativos de resolución de conflictos pero para ello resulta imprescindible aumentar el número de salidas alternativas al juicio oral mediante la utilización de la mediación penal entre otros institutos.

2.1.-Crisis de un modelo

En sus orígenes, la víctima afectada por un ilícito penal realizaba justicia por mano propia. Con el avance de las civilizaciones, es el Estado quién se apropia del conflicto penal, no permitiendo la participación de los verdaderos protagonistas, abocado a la persecución y aplicación de sanciones para aquellos que cometían dichos ilícitos.

Este monopolio por parte del Estado al apropiarse del conflicto penal, implicaba el abandono de la voluntad de la víctima subsumiendo en el interés vinculado a la protección del Estado.

Por otra parte, el victimario, al finalizar el cumplimiento de la pena en lugar de lograr la resocialización quedaba aislado socialmente convirtiéndolo en un marginado social.

Por esta razón, creemos que el accionar del Estado, través de sus órganos, no logro componer suficientemente el desequilibrio social consecuente del delito. Por ende el sistema colapsa por múltiples factores, desde la falta de recursos técnicos y humanos y el incremento desmesurado de la judicialización de los conflictos. Lo que provocó una crisis del sistema penal, imponiendo la necesidad de rever los presupuestos básicos del mismo, sus fines y su operatividad.

El sistema tradicional de derecho penal, generaba más agresión y violencia de la que se trataba de evitar, tal como lo explica Gladis S. Highton⁷ “*cuando el sistema*

⁷ Highton, Elena I., Álvarez, Gladis S. y Gregorio, Carlos G., “Resolución Alternativa de disputas y sistema penal”, Editorial Ad Hoc, Bs. As., abril 1998, pág. 19

llamado por antonomasia a evitar la violencia se torna violento, traiciona su propio cometido por cuanto el problema social no solo se agrava, sino que la administración de justicia se pone en la picota y la institucionalidad del país corre el peligro de la pérdida de confianza, mal que no puede tolerarse en una democracia.”

El funcionamiento real de la pena, específicamente la pena privativa de la libertad, demostró que no cumple con la finalidad de prevención general, es decir disuasiva en aquellos que no han cometido delitos; ni la de prevención particular, o sea que quienes hayan delinuido no lo vuelvan hacer.

La resocialización y la reinserción social como meta para el infractor se transformaron en meros condiciones muy precarias.

La comunicación paso a ser unos de los pilares fundamentales y central en la nueva cosmovisión del ser humano. Se jerarquizó el lenguaje como medio para arribar a una mejor vinculación y entendimiento entre las personas.

Ante este panorama, se vienen aplicando diferentes modos de resolución de conflictos penales, derivado de los ilícitos, alternativos y complementarios del sistema tradicional con el objetivo principal que es la comunicación entre los protagonistas. La mediación penal, entre otros, es un instrumento que pretende abordar el hecho penal intentando recomponer relaciones como asimismo se trata al infractor de una manera más digna, legitimando la posición de la víctima.

En este sentido, un notable autor como Julio Maier⁸ destaca que *‘la misma violencia no por ser estatal y legitimada por el orden jurídico deja de ser desarrollo de la violencia como método de solución de esos conflictos. En efecto, la pena estatal constituye el máximo desarrollo de violencia autorizado por el orden jurídico y aplicado por funcionarios del Estado facultado para ello.’*

Por ellos consideramos que a partir de esta crisis por la cual se ve sumergido el sistema penal tradicional, las partes retoman un papel esencial en el proceso, y el Estado le devuelve el conflicto a las partes, para que ellas le encuentren una solución, proporcionándole a su vez el apoyo necesario para que ninguna de ellas se vea coaccionada o disminuida. Sin dejar de lado que en este proceso de mediación, es fundamental la figura del mediador, quien se encargara de explicar correctamente cuales son los posibles alcances de los diferentes acuerdos a los que se puede llegar, garantizando la igualdad de las partes en la negociación.

⁸ Maier Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino” tomo I, Editorial Hammurabi, Bs. As. 1989, pág. 336

2.2.-Ventajas de su incorporación

La adopción de formas alternativas para la resolución del conflicto penal, como la mediación, presenta un doble atractivo. Por un lado, posiciona el conflicto penal como la controversia entre dos individuos, víctima y victimario, que el Estado procura encausar y por otra parte, reduce los efectos nocivos de las penas especialmente las penas privativas de libertad proporcionando a la víctima una alternativa para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del delito.

En la entrevista a la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la evaluación que realiza en cuanto al tema en cuestión. *”La mediación promueve la responsabilidad, la rendición de cuentas, la asistencia a las víctimas y la enmienda parece responder a necesidades insatisfechas de los individuos, familias y comunidades afectadas por el crimen.*

Las víctimas estaban afuera y ni la víctima ni el victimario podían dar su relato y ser oídos. El Estado se colocaba en el lugar de la víctima y el victimario pocas veces advertía que sus acciones tuvieran impacto en personas reales. Se entiende que la personalización de las consecuencias del crimen ofrece más satisfacción con todo el sistema de Justicia. El sistema Judicial esta sobrecargado, por lo que es costoso y lento, la promoción de un pleito requiere tiempo y dedicación personal, todo lo cual parece no valer la pena o estar dejado de las posibilidades cuando las cantidades monetarias en juego no son grandes, el involucrado en la controversia no tiene poder económico y es relativamente ignorante de sus derechos. Indudablemente, ello produce gran insatisfacción y deja un amargo sabor de impunidad e injusticia.”

Ahora mas específicamente, las ventajas en relación a la víctima, el sistema le brinda la posibilidad de que pueda ver satisfecho el objeto de su demanda, que tenga la posibilidad de expresar sus pensamientos y sentimientos al victimario confrontando al autor del hecho ilícito. La opción de pedir y recibir una disculpa, el medio de alcanzar un modo de conclusión que le traerá paz.

En cuanto al victimario, la oportunidad para enmendarse y rectificar el mal infligido, la posibilidad de participar en la decisión sobre que indemnización o el modo de restauración se brindara a la víctima y de negociar el acuerdo de restitución. Asumir su responsabilidad penal positivamente teniendo enfrente a la víctima haciéndole frente, dejando atrás el concepto de culpabilidad adoptando uno superador, en cual se haga responsable de sus hechos. Además, resulta muy bajo el porcentaje de sujetos que hayan participado de una instancia de mediación que vuelvan a cometer similares ilícitos.

Tanto para la víctima y victimario, que participaron por procesos de mediación, vuelquen estas experiencias para aplicarlas en otros ámbitos de sus vidas particulares.

En cuanto la comunidad, se ve beneficiada en la disminución del impacto de la delincuencia al aumentar la reparación de pérdidas. Lograr que la sociedad resuelva sus conflictos cotidianos desde la utilización de la palabra y la comunicación y vuelva a tener confianza en las instituciones del Estado.

Por último, cabe destacar la posición tomada por los autores chilenos Duce y Riego⁹, en cuanto a su fundamento de las salidas alternativas *“no radica solo en la necesidad de regularlas porque la selectividad del sistema penal es un hecho incontrarrestable sino que, además, porque las finalidades y características del sistema penal (subsidiaridad o última ratio) le imponen la obligación de diversificar sus respuestas frente a los casos en que sea posible el logro de una solución que evite su intervención o que, al menos, genere una menos intensa por parte del mismo”*.

3.-Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal Santafesino

La regulación que trajo aparejada la ley N° 12.912 de Implementación Progresiva, revalorizó el rol de la víctima al brindarle mayor intervención y protagonismo. Juega un papel decisivo la víctima ya que le brinda la posibilidad de convertirse en la titular e impulsora de la acción penal en caso de acogerse al criterio de oportunidad.

En virtud de esta incorporación a la normativa de los institutos penales, que posibilitan una instancia de acercamiento entre los protagonistas del conflicto de índole penal propensa para la reparación del daño.

Con esta modificación se optó por un sistema de disponibilidad reglada por la ley con el control interno y externo por parte del mismo Ministerio Público Fiscal, que consiste en permitir prescindir de la persecución solo en aquellos casos que la ley autoriza.

Con este cambio se prevé los criterios de oportunidad que tendrá en cuenta el Fiscal para prescindir total o parcialmente de la acción penal.

Tenemos que tener en cuenta que la víctima tiene la posibilidad de convertir la acción en privada y continuar con el proceso.

El trámite está regulado en el artículo 10 IV que para una mayor comprensión transcribiré: “Con fundamento, el fiscal formulará ante el tribunal su posición. El

⁹ Duce Mauricio y Riego R. Cristian, “Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal” volumen 1, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 2002, pág. 42

imputado, sin recurso alguno, podrá plantear ante el fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad, fundando su fundamento.

La solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad deberá ser comunicada por el tribunal a la víctima, aunque no estuviere constituida como querellante, quien deberá ser oída, pudiendo formular oposición.

La norma regula el trámite que se inicia cuando el Fiscal decida no promover la acción penal en base a las reglas de disponibilidad. La misma debe estar fundada y encuadrada en algunos de los supuestos contemplados en el artículo 10 II, quedando el mismo sujeto al control de legalidad.

En el trámite propiamente dicho, se deben citar a las partes para celebrar un acto en el cual el fiscal, la defensa y víctima deben dirigirse al juez para explicar sus pretensiones ante él y el magistrado resolverá.

La víctima puede ausentarse de la audiencia lo que no impedirá que luego se presente y convierta la acción pública en privada interponiendo una querrela en el plazo de 60 días.

3.1.-Sistemas Procesales Penales

3.1.1.- Clasificación

Podemos clasificar a los sistemas procesales en tres modelos distintos y ellos son: el sistema inquisitivo, sistema mixto y sistema acusatorio.

El sistema inquisitivo, en estos tiempos es considerado vetusto, que toma una forma concentrada de ejercer el poder penal y la persecución pública, organizando los procedimientos en torno del juez, con resabios absolutistas.

En este modelo, el poder estatal para ejercer la persecución penal está concentrado en la figura del Juez de Instrucción, que puede actuar por si, con escasos controles por las partes durante el proceso, lo que por ese motivo deja lugar para incurrir en arbitrariedades.

En este tipo de sistemas no se cumple debidamente la garantía de defensa y debido proceso, que exige que sea el titular de la acción penal pública quien pida una sanción, que la defensa sea puesta en condiciones de rebatir los argumentos del Fiscal y el Juez o Tribunal resuelva sin preconceptos.

Es importante no confundir la clasificación de sistema inquisitivo o acusatorio con sistema escrito u oral, porque son categorías diferentes y puede haber inquisitivos orales.

El sistema mixto, surgieron con la idea de morigerar los sistemas inquisitivos donde la imparcialidad es una de las condiciones de que el Juez debe estar siempre revestido, y esa imparcialidad es esencialmente incompatible con la función de acusar, por lo que si el Ministerio Público Fiscal o el querellante no instan la acción, no debería poder hacerlo el juez. Este sistema le permite darle proceso penal un tinte bastante acusatorio, pero también permite lo contrario, dada la amplitud del margen de discrecionalidad que de la en manos del juez de instrucción al algunas cuestiones.

Se trata de un ordenamiento procesal de transición, necesario para que el paso de un sistema fuertemente inquisitivo como el anterior hacia otro absolutamente acusatorio que eventualmente vendrá.

Ahora si el sistema acusatorio, procurando preservar la objetividad e imparcialidad del Juez, se separan marcadamente las funciones persecutorias de las decisorias.

Para garantizar la igualdad es necesario que la persecución de conductas que afectan el orden social o bienes jurídicos en general, sean perseguibles sin distinciones. Para lograr eso, no se puede dejar la persecución en manos de la víctima o de los particulares sino que sea necesario que esta tarea sea ejercida por un órgano del Estado organizado y especializado; ese órgano es el Ministerio Público Fiscal.

En este sistema, cada órgano tiene una función diferenciada y esta sometido al control de los otros, la iniciación de la investigación solo puede tener lugar a instancia de una parte autorizada, nunca de oficio, y ese impulso debe perdurar a lo largo del proceso y el objeto del proceso no puede extenderse mas allá de los hechos incluidos en la acusación.

El Ministerio Público Fiscal se torna así en una figura de la máxima relevancia, porque es el titular de la acción, lo cual implica que tiene a cargo la selección de los casos que va a llevar a los tribunales, su investigación y la acusación, es decir que es el encargado de la persecución penal.

Esa distribución de roles torna al Juez en autoridad de control de cumplimiento de las garantías, de tal manera, el Fiscal reúne la prueba de cargo y el Juez la valora al elevar a juicio la causa, escuchando antes al defensor. Luego ese esquema se repite en la etapa del juicio, en la que ambas partes-acusación y defensa- en igualdad de condiciones ofrecen prueba y alegan sobre esta, para que el Tribunal pueda dictar sentencia.

3.2.- Abuso en la aplicación de la prisión preventiva

Ante de seguir avanzando con el tema en cuestión, es necesario e indispensable resaltar algunas cuestiones relativas al abuso en la aplicación de la pena privativa de la libertad.

En efecto la política criminal, la prevención del delito, el sistema penitenciario y los derechos humanos son todos aspectos que deben ser analizados por equipos interdisciplinarios.

La situación carcelaria actual dan cuenta de un momento dramático, las cárceles se convirtieron en meros depósitos de seres humanos que no cumplen con el ideal resocializador ni tampoco reintegran al individuo a la sociedad. Por tal motivo me atrevo a decir que se advierte un abuso arbitrario y excesivo de la aplicación de la prisión preventiva, lo cual configura en muchos casos una pena anticipada, concluyendo que el sistema penal es selectivo y esa selectividad responde por un lado a los sectores mas vulnerables de la sociedad y por el otro, arbitraria en la selección de causas.

Sobre este punto, se destaca que la aplicación arbitraria y excesiva de la prisión preventiva está en abierta violación con lo dispuesto en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, habida cuenta que la libertad durante la sustanciación del proceso debe ser la regla general mientras que la detención con prisión preventiva, su excepción.

En este aspecto, destaco que un número mínimo e insignificante de casos llega a juicio y muchas veces ni siquiera los mas relevantes o los de mayor repercusión social.

Por estos motivos, propongo que las sanciones penales deben aplicarse solo cuando fracasen las medidas alternativas para la resolución de los conflictos y por lo tanto que queden reservadas para aquellas situaciones donde se afecte notoriamente el interés publico y para causas de relevante impacto social.

En definitiva, esta alternativa constituye una tercera vía del Derecho Penal y lleva a resolver los conflictos penales y restaurar la paz social, permitiendo a través de la reparación y conciliación un medio idóneo y eficaz para lograr su objetivo y restablecer la credibilidad en las instituciones.

Por ultimo como lo describe Luigi Ferrajoli¹⁰, *“la libertad como la vida, es un derecho personalísimo, inalienable e indispensable, mientras que todos los demás permiten formas mas variadas y tolerables de privación o delimitación.”*

4.- Justicia retributiva y Justicia restaurativa

¹⁰ Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, Barcelona 2000, pág. 408

El concepto de Justicia Restaurativa ha generado popularidad entre los doctrinarios, tanto es así que no se han puesto de acuerdo para su definición.

Para Tony Marshall¹¹, criminólogo británico, propone como definición “*Justicia Restauradora es un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.*”

Lo que tenemos que destacar que la Justicia Restaurativa constituye un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición, lo que genera una ruptura en relación a los principios de la Justicia Retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones.

Supone un cambio de mentalidad en el legislador y en el interior del sistema judicial y de sus agencias penales encargadas de distribuir Justicia.

Para analizar y distinguir ambos modelos es importante partir de algunos elementos que lo diferencian.

Un punto importante para partir, es la acepción que puede tener para uno y otro modelo la palabra delito. Si hablamos del modelo tradicional, hablamos del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, entendida como aquella infracción a la norma y para este mismo modelo la única forma de determinar si existe tal infracción es por medio de una sentencia definitiva.

En cambio para el modelo restaurativo, el delito es visto como un conflicto social, la incompatibilidad de conductas en un mismo sistema.

Otros de los puntos a tener en cuenta es la responsabilidad. Para el primero, la responsabilidad por las conductas ilícitas resultan individuales, cada uno responde por sus propios actos en cambio para el segundo, se tienen en cuenta las circunstancias en que las que se produjo el conflicto identificando quienes los integran sin dejar de lado la responsabilidad individual.

Además otro punto clave, es quienes son los actores, en el tradicional, las partes será el infractor y el estado sancionador en cambio en el restaurativo posprotagonistas será la víctima y el ofensor y el Estado se encargará de asegurar a ambas partes el ámbito para resolverlo manteniendo la igualdad entre las partes.

El sistema tradicional evoca el procedimiento adversarial, donde los actores son el infractor perseguido y el estado sancionador, donde la víctima tiene muy poca participación. A diferencia del modelo restaurativo, deja de lado el método adversarial y

¹¹ Marshall, Tony “*Restorative Justice: An Overview Home Office*”. *Research Development and Statistics Directorate* (1999) Londres. (Reino Unido).

busca una solución acordada en un ámbito propicio para el diálogo, conducido por un operador que tiene a cargo el trabajo de promover la comunicación entre las partes a través de la aplicación de técnicas y dinámicas adecuadas.

Por último es importante determinar cual es la finalidad para uno y otro modelo, para el tradicional, el objetivo se reduce a probar delitos, establecer culpas y aplicar castigo correspondiente y para el sistema propuesto el fin esta en la resolución de los conflictos, en la asunción de responsabilidades y la reparación del daño causado.

Muchos autores ya han expresado que el poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a la víctima fuera de su modelo. Como dice Zaffaroni¹² *“El volumen de conflictos suspendidos por un Estado, guardara relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho.”*

El sistema tradicional evoca el procedimiento adversarial, donde los actores son el infractor perseguido y el estado sancionador, donde la víctima tiene muy poca participación.

5.-Principio de Legalidad

5.1.-Concepto

El Principio de legalidad, en latín “nullum crimen, nulla poena sine lege”, contenido en la Constitución Nacional, en el Código Penal en los artículos 18 y 19 y en los Tratados Internacionales.

Tuvo su origen con la inquisición estableciendo como su principal fundamento la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real.

Conforme a este principio, solo la ley crea delitos y solo podrá considerarse tal aquel hecho que la ley lo declare delito expresamente, por eso tal afirmación que “no hay delito sin ley”. Pero para que esa conducta sea punible no basta que ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho.

Beling sostenía que para que una norma responda al principio de legalidad, ella debe ser:

- Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido;
- Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito;
- Previa, debe ser anterior al hecho delictivo.

¹² Zaffaroni, Alagia y Slokar, Ob Cit., pág. 6.

Beccaria también hacía mención a este principio de legalidad como *“la primera consecuencia de dichos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”*.

En la realidad, la aplicación concreta de este principio demuestra ser una declaración ideal que no se cumple y que no tiene ninguna posibilidad de ser cumplida, su funcionamiento presenta una deficiencia estructural incapaz de investigar y eventualmente sancionar todos los delitos que llegan a los tribunales. De todos los casos que llegan a los estrados pocos de ellos son investigados y terminan siendo irresueltos o bien prescribiendo su acción.

Ahora bien, no podemos dejar de lado, que ningún sistema penal está capacitado para responder y atender a todos los hechos delictivos que se producen en una sociedad, ni las fuerzas de seguridad, ni los órganos jurisdiccionales, ni los establecimientos carcelarios o de detención serían suficientes, si todos tendrían que ser investigados, juzgados y sentenciados. También en toda sociedad existe un margen importante de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta, no solo a los hechos que no son denunciados sino también aquellos que denunciados jamás puede el sistema penal dar una respuesta favorable.

La imposibilidad material de las agencias judiciales de intervenir eficazmente frente a todos los asuntos que llegan al sistema trae aparejado una tal como lo expresa Zaffaroni¹³, *“La selectividad estructural del sistema penal, que solo puede ejercer su poder represivo legal en un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada, es la más elemental demostración de la falsedad de la legalidad procesal proclamada por el discurso jurídico-penal.”* Por esta razón la selección se produce de forma muy diversa, donde se puede ejercer con un alto grado de arbitrariedad por parte del poder penal.

6.-Principio de Oportunidad

6.1.-Concepto

La introducción del Principio de Oportunidad representa un cambio de paradigma en el sistema penal, por la diferente consideración del conflicto penal y constituye una imprescindible medida saneadora de los defectos de hipocresías formales que han llevado al sistema penal al estado crítico en que hoy se halla.

¹³ Zaffaroni, Eugenio R., “En Busca de las Penas Perdidas”, Editorial Ediar, Bs. As. 1990, pág. 31.

Para hablar de este principio, es importante que nos ubiquemos en el concepto. Cafferata Nores¹⁴, lo define como *“la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”*.

Se puede apreciar de la definición transcripta, la distinción de legalidad y oportunidad radica en la facultad reconocida al funcionario público titular de la pretensión penal de adoptar decisiones discrecionales en cuanto a su ejercicio y persecución.

En consecuencia advertimos una realidad a la cual no podemos dejar de lado y es la propia existencia de una colisión de intereses tan marcada que prevalecen unos sobre otros que superan a los valores jurídicos y sociales proclamados.

La razón de esta discordancia como lo sostiene Maier, *“es siempre el aparato estatal, en la sociedad de masas que experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno”*.

Por tal motivo, el principio de oportunidad determina pautas para prescindir de la acusación penal, frente a casos que habitual y ordinariamente debía acusarse por un presunto hecho delictivo, constituyendo una forma de selección racional, con criterios realistas y con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

El sistema penal mostró su incapacidad para hacer frente a la inmensa demanda de decisiones que se vuelca en las agencias del sistema penal. Frente a esta imposibilidad de procesar todos los casos, opera algún mecanismo de selección. La estructura de cualquier sistema penal, expresa Zaffaroni¹⁵, *“hace que jamás pueda respetar la legalidad procesal. El discurso jurídico-penal programa un numero increíble de hipótesis en que, a estar al deber ser, el sistema interviene represivamente de un modo natural (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de los planificado.”*

¹⁴ Cafferata Nores José, “El principio de Oportunidad”, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Ed. Del Puerto, Bs. As. 2000, pág. 16.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio R., Ob. Cit., pág. 30.

Podemos mencionar algunos de los objetivos fundamentales de este principio, en primer lugar la descriminalización de hechos punibles cuando existan otros mecanismos más eficaces evitando de esta forma la aplicación del poder penal.

En segundo lugar, busca la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, descongestionando el sistema judicial. Ambos objetivos se complementan y constituyen sin lugar a dudas un método de control social indispensable para la actuación del sistema penal.

7.- Diferenciación entre ambos:

Es importante que desmitifiquemos falsos contrastes entre legalidad y oportunidad como si tuviéramos que elegir entre uno u otro. Parecería que uno fuera la regla y el otro la excepción, siendo el principio de oportunidad la excepción al principio de legalidad, razón por la cual debemos dejar en claro que no es así, ya que estamos en presencia de dos principios que son absolutamente diferentes.

Tenemos un programa punitivo desorbitado con un principio de legalidad como sustento moral y la estrategia sería elegir los delitos más importantes y aplicar el principio de legalidad como un proceso de reducción del sistema punitivo.

El principio de oportunidad se presenta como una estrategia frente a estos problemas de sistemas judiciales débiles y abarrotados de causas, y como una alternativa a resolverlos.

En nuestro país, existe en la actualidad, una profunda crisis externa del sistema penal, un descreimiento del valor justicia y de todo el aparato judicial como de sus integrantes.

Por ese motivo, podemos hablar de otras estrategias como la mediación donde el Estado debe prever muchos ámbitos para resolver los conflictos, formas más civilizadas con el objetivo de reestablecer el orden social. Los nuevos métodos de resolución de conflictos a través de la mediación, son un importante aditamento a una política que tienda a solucionar la crisis externa de la justicia penal, toda vez que los distintos niveles de conflictividad se irán resolviendo como medidas preventivas antes de llegar a la comisión de un hecho ilícito. Estos mecanismos de resolución tienen el objeto de evitar que los mismos lleguen al congestionamiento del sistema judicial.

El principio de oportunidad tiende a darle respuesta a esta crisis externa como un factor limitador de la persecución penal, como herramienta de política criminal del Estado que tiene la posibilidad de contribuir de manera efectiva y concreta a la solución de los actuales problemas que aquejan a la Justicia Penal.

Finalmente la implementación de mecanismos orientados por el principio de oportunidad, en cuanto a la selección de casos penales y disponibilidad de la acción o bien a la simplificación o supresión de procesos, no solo será un factor muy importante en la contribución de la paz social con la reducción de la conflictividad, sino también ser una forma de racionalizar y optimizar los recursos humanos y económicos con los que cuenta la administración de justicia.

8.-Reglas de disponibilidad

El artículo 19 de la ley N° 12.734, establece cuales son los criterios de oportunidad que tendrá en cuenta el Ministerio Público Fiscal prescindir total o parcialmente de la acción penal.

Para una mayor comprensión del mismo a continuación paso a transcribirlo:

Artículo 19:

Criterios de oportunidad.- El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos:

- 1) cuando el Código Penal o las leyes penales especiales lo establezcan o permitan al Tribunal prescindir de la pena;
- 2) cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometido por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo;
- 3) cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tomen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público;
- 4) cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos;
- 5) cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad;
- 6) cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad;

7) cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal, según el dictamen pericial o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público.

En los supuestos de los incisos 2, 3 y 6 es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

Tal como lo indica el artículo, es el Ministerio Público Fiscal, el titular y encargado del ejercicio de la acción penal, por tal motivo es lógico que sea este quien se encargue de decidir sobre esta cuestión condicionada a que sea aplicado en los casos expresamente establecidos por la ley y a la verificación en los aspectos que cada criterio de selectividad prevé.

En cuanto al inciso 1, la norma establece los criterios de oportunidad actuales o futuros insertos en el código penal y leyes complementarias, respetando el principio de igualdad de todos los habitantes de la República.

El inciso 2, hace referencia a aquellos casos en que existe afectación al bien jurídico pero carece de significación suficiente o no guarda relación o proporcionalidad con la pena correspondiente, resultando para ello injustificado poner en marcha el aparato de enjuiciamiento estatal.

El inciso 3, este criterio se elabora teniendo en cuenta el instituto que llamamos “pena natural”, que es aquella que padece el autor de un hecho ilícito cuyas consecuencias, que pueden ser físicas, psíquicas o anímicas, resultan de tal gravedad que la sanción penal prevista para dicha conducta resulta desproporcionada o innecesaria, sea porque los fines contenidos en la pena ya se cumplieron o porque el daño causado por el delito resulto infinitamente menor al que padecido el agente por el mismo. Tal como lo dice Daniel Erbetta¹⁶, “se trata de un instituto relacionado a los principios constitucionales de humanidad y proporcionalidad de la pena”.

En todos los casos que se traten de penas naturales, tendrán que ser tenidos en cuenta por el juez o tribunal al momento de la aplicación de una pena al autor, si ese mal sufrido es de tal entidad que pone a la pena en un segundo lugar, siendo desproporcionada.

¹⁶ Erbetta Daniel, Orso Tomás y Franceschetti “ Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado”, Editorial Rubinzal-Culzoni , Santa Fe 2009, Pág. 90.

El inciso 4 no merece mayor explicación. El inciso 5, cuando habla de reconciliación no quiere decir que haya un arrepentimiento del imputado ni el perdón de la víctima. La reconciliación de la que habla el artículo, deben haber arribado a por sus propios medios o por medio de un proceso de mediación y además debe tratarse de delitos con contenidos patrimonial y no se haya ejecutado mediante actos intimidatorios o con violencia. Tampoco procederá si el hecho hubiera comprometido el interés de un menor de edad.

El inciso 6, es similar al anterior, debe existir reconciliación entre los interesados, el imputado tiene que reparar los daños causados y los delitos no tienen que ser graves. Pero esta regla tiene su excepción no se aplicaría la disponibilidad cuando se trate de razones de seguridad, interés público o el interés de un menor de edad.

Y por último, el séptimo inciso, hace referencia cuando el imputado se encuentre afectado a una enfermedad terminal, o sea, cuando la misma no se pueda revertir a través de los medios conocidos por la ciencia médica y derive de un desenlace mortal a corto o largo plazo.

También habla de los mayores de 70 años que para cumplir con la norma no necesariamente debe tenerla al momento del hecho sino que también cuando la adquiera con posterioridad aun cuando ya se haya iniciado la causa.

Tal como lo expresa Daniel Erbetta, en el código Procesal Penal comentado, para poder evaluar adecuadamente la medida de lo posible debe atenderse a la situación económica del imputado, valorando el esfuerzo que hace en su oferta en relación a su patrimonio y capacidad de pago, sin tener que tomar en consideración el monto del perjuicio ocasionado.

Si los daños y perjuicios no fueron reparados, bastara con la firma de un acuerdo con la víctima en este sentido y si tampoco se ha realizado un acuerdo, será suficiente con afianzar el pago de la reparación de modo tal que satisfaga al Ministerio Público Fiscal.

9.- Conclusión

Se pudo observar en este capítulo el procedimiento de la mediación como un método de resolución de conflictos en paralelo con el viejo modelo que veníamos trabajando de hace años. Un método tradicional donde como punto de partida era la apropiación del delito por parte del Estado dejando atrás a las partes, tanto a la víctima como al victimario. Con esta nueva incorporación se resalta la figura principalmente de la víctima, como también sus derechos. También debemos resaltar el rol que cobra vida en la figura del Fiscal, una figura activa en el proceso ya que como lo mencione

anteriormente, será quien disponga de acuerdo a las reglas de disponibilidad seguir adelante con el proceso judicial o bien optar por una vía mas simple y abreviada cuando así lo requiera de acuerdo a las circunstancias del caso.

Además es importante remarcar que aferrarnos a un viejo sistema provocaba caer en el abuso que viene atravesando el instituto de la prisión preventiva, en esa excesiva utilización que muchas veces terminaba otorgándole la libertad al supuesto imputado, sin responsables y sin respuestas por parte del sistema judicial para las víctimas.

Capítulo II

Procedimientos y etapas de la Mediación Penal.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Concepto de Mediación Penal. 2.1.- Fundamento. 2.2.- Procedimientos y etapas de la Mediación Penal. 2.3.- Rol del Mediador. 2.4.- Facultades del Mediador. 3.- La figura del Ministerio Público Fiscal. 3.1.- Responsabilidades y alcance del mismo. 3.1.1.- Ubicación Institucional. 3.1.2.- Independencia y discrecionalidad del Fiscal. 4- La víctima. 4.1.- Su participación en el proceso de mediación. 4.2.- Caracterización. 5.- Ofendido. 6.- Creación de Centros de Asistencia a las víctimas. 7.- Conclusión.

1.-Introducción

En este segundo capítulo, vamos a partir de los distintos conceptos de mediación penal teniendo en cuenta las opiniones de diferentes autores.

También vamos a tener en cuenta que consecuencias trajo aparejado la incorporación de la mediación con la nueva ley de implementación progresiva, el procedimiento previsto por la misma y las distintas etapas por la cual debe atravesar este nuevo instituto.

Además es importante destacar la figura del mediador y su rol dentro de la mediación, las características a tener en cuenta para llegar a un acuerdo eficaz y evitar así que la víctima convierta la acción pública en privada.

Otros de los puntos que merecen ser destacados, es la creación de los Centros de Asistencia a las Víctimas, que no solo implica asesoramiento jurídico sino también psicológico, de contención no solo de la víctima sino también para los familiares.

2.-Concepto de Mediación Penal

Para abordar el tema en cuestión, es necesario partir del significado de la mediación penal para comprender el grado de importancia que tal instituto trae aparejado para el sistema penal.

Podemos comenzar diciendo que la palabra mediación deriva del latín *medius-medium*, que significa “en el medio” y se ha definido como un proceso de resolución cooperativa del conflicto, en que dos o mas partes en disputa reciben ayuda de uno o mas terceros imparciales, mediadores, para comunicarse y alcanzar por si mismos un acuerdo mutuamente aceptable sobre los temas en disputas.

El Centro de Mediación del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe lo define como “un proceso para solucionar conflictos con la ayuda de una tercera parte neutral y basado en la cooperación y el entendimiento mutuo”.

Otros exponentes, como Elena Highton y Gladis Álvarez¹⁷, lo definen “*procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a estas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. Es un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto*”.

¹⁷ Highton, Elena I. y Álvarez, Gladis S., “Mediación para resolver Conflictos”, Ob. Cit., pág. 195

La mediación en conflictos penales, conforme lo señala Barmat¹⁸, *es entendida 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”*.

De las definiciones transcritas podemos mencionar las características esenciales de la mediación, la neutralidad e imparcialidad, la confidencialidad, voluntariedad, informalidad y celeridad.

En cuanto a la neutralidad e imparcialidad, son cuestiones propias que hacen a los operadores que intervienen en el proceso de mediación. El mediador debe tener una posición neutral asistiendo a las partes para que ellas puedan encontrar una solución negociada para el problema que tienen, con el debido cuidado de no favorecer a ninguna de las partes. Los operadores deben tener un entrenamiento específico y orientado a la materia penal.

La confidencialidad, es primordial y se refiere a la reserva, secreto y privacidad que debe caracterizar a este tipo de procesos, en cuanto a lo sucedido en ellos, siendo el documento público el acta acuerdo en caso de que se llegue a una solución pactada, más en caso contrario, lo llevado a cabo en el procedimiento no podrá ser utilizado por las partes en el juicio tradicional. La confidencialidad, es un requisito esencial del proceso hace que las partes en conflicto, puedan desenvolverse con espontaneidad y seguridad. La confidencialidad además de ser una de las características del proceso, es una exigencia ética para el mediador ya que la obligación de guardar secreto es absoluta.

En cuanto a la voluntariedad, es fundamental para llevar adelante este proceso de mediación que las partes voluntariamente elijan este mecanismo para resolver su conflicto. Tanto la víctima como el victimario podrán optar por esta vía o bien desestimarla previa a una entrevista con cada una de las ellas de forma privada con el fin de determinar si hay posibilidad de reunir a las partes, los objetivos de cada una de ellas y si es viable esta instancia.

La informalidad en la instancia de mediación se destaca del procedimiento tradicional, por la sencillez de sus formas, por la libertad de acción de los protagonistas y por su estilo consensuado de llevar adelante el proceso.

Y en cuanto a la celeridad, ya que se lleva adelante en un espacio ágil y dinámico, muy diferente a los espacios habituales del proceso penal tradicional. La

¹⁸ Barmat Norberto D., “La mediación ante el delito”, Editorial Córdoba, Córdoba 2000, pág.29

mediación ahorra tiempo y esfuerzo, reduciendo así los costos y agilizando el trabajo de la Justicia.

2.1.- Fundamento

Para demostrar lo que vengo desarrollando, es necesario desde un inicio determinar el fundamento de establecer la mediación penal como una forma alternativa de resolución.

Esta necesidad surge desde hace décadas como consecuencia del colapso del sistema judicial, el congestionamiento de los tribunales, la reincidencia en la comisión de delitos, etc., problemáticas que se intentan abordar con la creación de sistemas o medidas alternativas de resolución.

A lo largo de nuestra historia, nuestro país se caracterizó por cárceles súper pobladas, con integrantes de sectores muy vulnerables de la sociedad, por lo que resulta indispensable recuperar a dichas personas para bríndales igualdad de posibilidades y reinsertarlas a la sociedad.

Tal como lo menciona el Dr. Eugenio Zaffaroni¹⁹ cuando sostiene que la *“prisonalización no es el resultado automático de la comisión de delitos, sino consecuencia de la vulnerabilidad de algunas personas a la acción selectiva del sistema penal”*.

Ahora bien, el aumento de los índices de criminalidad, particularmente la delincuencia juvenil, esta en directa relación con la pobreza, miseria, exclusión social, abandono, marginalidad y los elevados índices de desocupación entre otras causas, trae aparejado la falta de confianza de la ciudadanía en los organismos jurisdiccionales y como consecuencia la inexistencia de denuncias policiales. Por lo tanto el servicio de justicia no da respuestas acorde a este incremento de criminalidad lo que genera una desconfianza generalizada y un estado de indefensión.

Dadas estas circunstancias genero la necesidad de evaluar otras vías de resolución y una de estas posibles alternativas es la mediación penal la cual coloca a la víctima en la escena del delito siendo una herramienta eficaz para enfrentar el fenómeno criminológico y darles respuestas adecuadas a la sociedad en su conjunto.

Vale decir que el lenguaje hablado, la comunicación entre las partes involucradas, es el medio más natural, ágil y sencillo de utilizar. Ese contacto directo y

¹⁹ Citado por Alberto Giordano, en su trabajo sobre *“Asimetrías en el ámbito del Mercosur con relación al respeto de los Derechos Humanos de los detenidos”*, (Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad), publicado en el Observatorio de los Derechos humanos.

personal entre las partes, permite razonablemente una dimensión más profunda que un sumario archivado en los tribunales.

2.2.-Procedimiento y etapas de la Mediación Penal en Santa Fe

Tal como lo indica el título que nos toca abordar, describiré el procedimiento y las etapas que tienen que atravesar las partes para someterse a la mediación penal.

Las Oficinas de Mediación Penal, dependientes de la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales, desde el momento que una de las partes se llega a la misma manifestando su voluntad de intentar una solución alternativa al conflicto en cuestión por este medio, se procede a contactar a la otra parte involucrada a la cual se la invita a someterse al procedimiento de mediación.

La reglamentación prevé que la notificación se realice mediante una nota remitida por correo.

No podemos dejar de la lado una de las principales características de este procedimiento, que es el carácter de voluntariedad; por ende requiere que las partes estén de acuerdo en someter su conflicto a este procedimiento.

Realizada la convocatoria se realizan reuniones individuales, en un principio, con los involucrados para evaluar las condiciones que se encuentran las partes.

Al comenzar el primer encuentro, las partes deben celebrar un convenio de confidencialidad y secreto profesional. El mismo no solo abarca las partes, sino también a los profesionales intervinientes, y a los mediadores y todos aquellos que hayan intervenido en el proceso.

Al momento de determinar que las partes estén de acuerdo en llevar adelante este proceso de mediación y verificado el trámite de su causa, la Oficina de Mediación Penal contacta al fiscal que interviene en la causa.

No hay una forma preestablecida para el procedimiento, por lo menos no de forma taxativa. Por el contrario se deberá tener en cuenta frente a que casos nos encontramos.

Se podrán realizar mediaciones conjuntas, o sea, con la presencia de ambas partes involucradas en forma simultánea y co-mediaciones, lo que significa contar con la intervención de ambas mediaciones penales en un mismo conflicto y en forma conjunta. Pero nada impide que se realicen mecanismos donde las entrevistas sean individuales y luego el resultado de estas será transmitido a su contraria.

Cada reunión que se realice, deberá quedar plasmada en un acta con la fecha acordada para los próximos encuentros.

Finalizado el encuentro, si se llegara a un acuerdo se debe formalizar mediante un acuerdo donde se entregara un ejemplar a cada una de las partes en cuestión. Mediante este acuerdo arribado, la Oficina de Mediación Penal se encarga de contactar al Fiscal interviniente y remitirle una constancia del mismo firmada por los intervinientes, sin que conste el contenido.

Con esto el Fiscal procede a solicitarle al Juez interviniente el archivo de la causa con el fundamento en la existencia de conciliación, entre la víctima y el imputado. En caso contrario, las partes deberán suscribir un acta de conclusión del procedimiento sin haber logrado a un acuerdo.

El artículo 10 V del código procesal penal, con el título “Resolución. Conversión de la acción”, permite que una vez admitido por el juez el criterio de oportunidad, la víctima continúe con la persecución penal bajo el procedimiento de querrela, cualquiera sea el delito que se trate. En tal caso la querrela debe presentarse dentro del término de sesenta días hábiles desde que se le notifica la resolución. El código no hace diferencia en cuanto al criterio de oportunidad aplicado, por lo cual, incluso en caso de conciliación la víctima podría avanzar con la persecución penal, por ejemplo en caso de incumplimiento del acuerdo.

Por último el control del cumplimiento del acuerdo, se efectiviza mediante el contacto que los mediadores penales efectúen con las partes que intervinientes en la mediación.

2.3.-Rol del Mediador

El mediador trabajara para generar la confiabilidad que permita ir despejando la inseguridad, temores y ansiedad de las partes.

Principalmente vamos a destacar que el mediador no decide, es neutral e imparcial, no aconseja, no sugiere, no juzga ni resuelve, escucha activamente y equilibra las diferencias de poder que tienen las partes si fuere necesario. Ayuda a identificar las necesidades, por lo que la capacidad de resolución es de las partes y el mediador les da la confianza para que las mismas asuman su responsabilidad, estimulándolas al dialogo y a consensos, promoviendo una participación activa de los mediados en busca de una decisión compartida. Aunque la mediación no siempre tiene éxito porque las partes no arriban a un acuerdo, el solo hecho de haberse escuchado cumple con una función educativa y tiende a que las partes recuperen la relación y fundamentalmente el dialogo.

2.4.-Facultades del Mediador

Es muy importante tener en claro cuales son las facultades del mediador, ya que además de tener un fluido conocimiento y manejo de las herramientas comunicacionales, debe estar instruido en el respeto por el silencio y privacidad de las partes. Es necesario que el mediador se abstenga de incursionar en cuestiones que no le son propuestas por los interesados.

Los mediadores son las personas que facilitan la expresión del conflicto, generando un ambiente de trabajo voluntario y colaborativo en el que las partes se descubren y se aceptan. Se tratará de producir un reconocimiento mutuo de las mismas, a través de canales de comunicación en los que primarán los diálogos reflexivos.

En este espacio se buscarán ideas para generar respuestas alternativas al conflicto, habilidosas en el sentido restaurativo, tendente a salir del conflicto y pensar además en algunos casos pautas de relación para el futuro.

Los mediadores deben trabajar creativamente pero fundamentalmente debe realizar reuniones para hablar sobre sus percepciones y para planificar las estrategias a seguir.

En muchas oportunidades se mediará intentando enseñar a las partes a negociar pequeños acuerdos que van a llevar un poco de paz a sus vidas cotidianas.

Es importante resaltar que en el caso de las mediaciones penales si no hay reconocimiento del daño causado por parte del ofensor no se puede llevar a adelante la misma.

3.-Figura del Ministerio Público Fiscal

Unas de las grandes modificaciones que se introdujeron en el código procesal penal santafesino, tiene que ver con la participación del fiscal en el proceso penal.

El gran desafío del ministerio público fiscal, es generar una política de persecución penal que no solo responda a los intereses de la sociedad sino también a los intereses de las víctimas fundamentalmente. Estos cambios están plasmados en el artículo 10 inciso II, con el título "*criterios de oportunidad*"; el cual le brinda la facultad al fiscal de promover o no la acción penal y por ende, la decisión de transitar por uno de estos criterios y deberá involucrarse el juez en cuestiones de merito respecto a la procedencia del pedido de oportunidad. En su caso, será el juez el que deberá observar la legalidad del procedimiento y si los motivos por los que se solicita la aplicación del criterio se corresponden con la normativa procesal que lo habilito.

Entonces desde esta nueva óptica, el poder ejecutivo tendría que sensibilizar suficientemente a los fiscales para que utilicen este tipo de salidas y lleven a mediación las causas que así lo merecen. Resulta muy común notar cierta reticencia en los operadores por opción de los procedimientos apegados a la tradición de la judicialización de los casos. Es por ello que el rol del fiscal en un proceso acusatorio va de la mano del principio de oportunidad y consiste básicamente en una comunicación directa del fiscal con la víctima.

Es el objetivo del fiscal, velar por el interés público y deberá como institución hacerse cargo de una determinada área delictual que no ha sido suficientemente trabajada en vistas a ese superior interés público.

3.1.- Ubicación Institucional

De acuerdo a su inserción en el sistema de organización de los poderes del Estado, el Ministerio Público Fiscal puede ser un órgano autónomo, como un cuarto poder con autonomía de actuación o un órgano dependiente ya sea del poder judicial o ejecutivo sin autonomía.

Quienes se apoyan que pertenece al poder judicial se basan en la necesidad de atribuir a los fiscales la máxima cantidad de atribuciones en la investigación preliminar y la posibilidad de crear condiciones más favorables de imparcialidad.

Las tendencias modernas, lo ubican en el poder judicial o como órgano extrapoder. En nuestro país quienes se inclinan por considerarlo órgano extrapoder, entienden que es así porque no tiene ninguna de las funciones propias de los poderes legislativo, judicial o ejecutivo; también se ha sostenido que es un cuarto poder porque la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 le atribuyó una sección específica a la par que a los tres poderes tradicionales; otros autores sostienen, basándose en el texto del artículo 120 de la carta magna, que no es ni una cosa ni la otra, sino que es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera.

De todas maneras, mas allá de que marco se le de, el Ministerio Público Fiscal debe actuar cumpliendo los postulados de imparcialidad, legalidad, igualdad y justicia.

El artículo 120 de la Constitución Nacional, describe al Ministerio Público como un órgano independiente, autónomo y autárquico, lo que significa que ninguno de los otros poderes puede darle directivas a sus integrantes; por el contrario, con las demás autoridades de la Nación debe actuar en coordinación.

Se trata de una independencia que atiende a la autonomía del órgano respecto de los tres poderes clásicos del Estado, pero no se refiere a una independencia de cada uno

de los Fiscales dentro del Ministerio Público Fiscal, porque sus integrantes no son independientes entre sí; en este aspecto rigen los principios de unidad de actuación y organización jerárquica, que implican que el Procurador General debe trazar las líneas de políticas criminal y estrategia de actuación, y los Fiscales inferiores deben seguirlas aun si no las comparten.

Según la misma norma constitucional, el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

3.2.-Independencia y Discrecionalidad del Fiscal

Como ya lo mencione anteriormente, el fiscal es independiente, pero cada fiscal no lo es respecto de sus superiores y del Procurador general, sino que hay una organización jerárquica que es necesaria para que la actuación sea coherente.

Esos lineamientos acordes con el régimen constitucional y su reglamentación procesal, permiten concluir que si bien los fiscales deben utilizar todos los remedios procesales que el ordenamiento les da para mantener viva la acción, eso ocurre cuando están convencidos de que el hecho constituye delito o cuando tienen alguna duda acerca de cómo ocurrió el hecho, pero no cuando su convicción es que no ha habido ilícito penal.

De tal forma, los fiscales cuentan con un margen de discrecionalidad que les permite desistir de la acción en ciertos casos en que consideran fundamentalmente que no hay pruebas o que el hecho probado es atípico. Son los casos en que el fiscal como consecuencia de las pruebas incorporadas, llega a la conclusión fundada de que no existió delito o que la persona imputada no intervino, o que no será posible probar que hubo delito o quien lo cometió. Llegado ese punto, evalúan los antecedentes con prudencia, el fiscal en uso de su margen de discrecionalidad no esta obligado a mantener la acción vigente y puede entonces, desistir de ella.

En síntesis, en caso de considerar que el hecho probado no es delito, ese margen de discrecionalidad con que cuentan los Fiscales, les permite no instar la acción, pedir el sobreseimiento o la absolución fundadamente, según en que etapa del proceso se encuentren.

4.-La Víctima

En terminas generales se podría aceptar que víctima es el “sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita”. Es aquella persona que sufre la

amenaza o lesión a un bien tutelado por el derecho. El vocablo no solo contempla al sujeto pasivo del delito, sino que se refiere también al grupo social afectado.

Las consecuencias indirectas de la comisión de un ilícito pueden afectar a un gran número de personas.

En cuanto a las facultades de las víctimas de presentarse formalmente a la causa donde se ventila el conflicto que la tiene como principal afectada, el viejo sistema refería un catálogo de derechos referidos al trato que debe dársele a la víctima, pero no contenía ningún tipo de disposición que permitiera presentarse a la causa recién con el nuevo texto se adopta legislativamente esta posibilidad.

El fuerte reclamo en la provincia por partes de las “víctimas” lo que llevo a provocar fuertes cambios en el Código Procesal.

Uno de los significados de este derecho esta constituido por el conjunto de medidas que el Estado adopta para que las personas tengan la oportunidad de ocurrir ante los tribunales de Justicia para resolver sus conflictos y proteger sus derechos, esta dimensión del derecho al acceso a la justicia también denominada como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se han consagrado una serie de derechos a favor de las víctimas de delitos que ha permitido a algunos sostener que podemos estar frente a un cambio en el ámbito de los derechos humanos.

Afirma Cafferata Nores, que la “razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” tal como lo afirmara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

4.1.- Su Participación en el Proceso de Mediación

Con la sanción de la ley N° 12.912, que introdujo la mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos, implico la incorporación de la víctima al proceso. Brindándole, fundamentalmente, la posibilidad de participar en el mismo en primera persona.

Este cambio, siendo de gran avance por su función activa, ejerciendo su derecho de ser oído y el libre acceso a la justicia; dejando atrás un sistema tradicional en el cual el Estado se apropia de la acción.

Este nuevo modelo va dirigido a las personas que voluntariamente decidan solucionar el conflicto sin la intervención del viejo sistema penal.

La finalidad de este dispositivo es promover la resolución de disputas entre las partes a través de un tercero neutral experto en comunicación que acerca a las partes enfrentadas facilitando el dialogo para así lograr en la víctima la posibilidad de ser escuchada de manera activa y voluntaria.

La reforma del Código, permite morigerar la aplicación del principio de legalidad, sin que esto implique vulnerarlo dando lugar al principio de oportunidad.

Dentro de este marco este principio se presenta la mediación como una forma alternativa de resolución permitiendo en las partes recuperar el protagonismo del conflicto que de hecho les pertenece y arribar a soluciones pacíficas con posibilidades de cumplimiento y en donde, la víctima encuentra satisfechos sus intereses, más allá de la reparación económica.

Seguramente con el tiempo, de forma paulatina, se vaya implementando lo que implica para todos los operadores del derecho, una apertura al cambio y una formación específica para una mejor utilización de los mecanismos de resolución.-

La reforma constitucional del año 1994, convirtiéndose en el nuevo bloque de constitucionalidad federal conformado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional. Es preciso recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.1 garantiza *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial ... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. En similar sentido art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta manera, y como bien lo apunta José Cafferata Nores²⁰, la Corte en este importante precedente *“ha reconocido que la víctima de un delito tiene una facultad autónoma de reclamar ante los tribunales la aplicación, al partícipe de aquel, de la sanción, prevista en la ley penal, atribución que se le reconoce solo a ella por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto.”*

En el diseño del instituto ha tenido especial gravitación la jurisprudencia del la Corte Suprema de Justicia de la Nación generada luego de la reforma constitucional del año 1994, precedentemente reseñada, a la que adscribe el nuevo Código. Así, el querellante particular ejerce una actividad casi plena en el proceso, lo que sin embargo

²⁰ Cafferata Nores, José; *“¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?”*, La Ley, Bs. As. 1998-E-329.

no cambia su naturaleza de sujeto eventual, cuya intervención no es requisito para la validez del mismo.

En casos de delitos de acción pública, la persona particularmente ofendida puede tomar intervención en la investigación ya iniciada, con el fin de acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado; impulsando para ello el proceso, proporcionando elementos de convicción, como también argumentar sobre ellos, y recurrir. Impulsar el proceso no debe ser confundido con promover el mismo, tarea exclusiva del Ministerio Público Fiscal. Al respecto, el art. 254 de la ley N° 12.734, prescribe que la investigación penal preparatoria podrá iniciarse por decisión del Ministerio Público Fiscal o por acción de la policía. Ahora bien, analizando la tipología del sujeto procesal de acuerdo al Nuevo Código Procesal Penal santafesino. A partir del art. 93 del mencionado cuerpo, se regula su actuación dentro del proceso junto al representante del Ministerio Público Fiscal –querellante conjunto-, remarcando que la presencia de ambos no condiciona a ninguno de ellos en sus criterios de actuación.

5.- Ofendido

Según el diccionario de la real academia española, es todo aquel que ha sufrido una ofensa. El *ofendido* es el titular de bien jurídico tutelado por la norma penal vulnerada por el delito concreto que le ha provocado un daño o lo ha puesto en peligro. A diferencia del damnificado, que es el que sufre un perjuicio en su persona, física o moralmente, o un menoscabo patrimonial, a consecuencia del hecho.

Es todo sujeto que sin ser el que sufrió directamente el daño sobre el bien jurídico tutelado lo sufre de una manera indirecta. Lo importante de la cuestión es que el daño o la puesta en peligro como consecuencia del delito que sufre la persona debe ser directa y no solo una consecuencia o afectación mediata o indirecta.

En la práctica, el ofendido es impulsado casi siempre por la idea de venganza y un interés pecuniario contrarios a los de justicia que deben guiar la acusación, por lo cual ha de ser un obstáculo para la recta administración de justicia, y que su intervención provocará que el acusador público se despreocupe, delegando la actividad en quien solo vela por el interés particular.

En el ordenamiento procesal santafesino, previó a la reforma integral producida por la ley N° 12.734, la figura del querellante sólo estaba prevista para los delitos de acción privada, es decir, aquellos contemplados en el Art. 73 del Código Penal,

desconociendo, por consiguiente, la facultad de adoptar dicha calidad en los delitos de acción pública.

Con la nueva redacción, el legislador consagro como un derecho de quien pretendiera ser ofendido penalmente por un delito de acción pública a intervenir en el proceso como parte querellante.

Además, se contempla la posibilidad de extender la legitimación a los herederos forzosos, es decir, aquellos que tienen derecho a reclamar una porción legítima en la sucesión del causante, siendo estos; cónyuge, hijos y padres; desplazando a los colaterales y los convivientes.

A diferencia de lo que ocurre con el ordenamiento procesal de la Nación, el legislador santafesino contemplo la posibilidad de extender la legitimación a las personas jurídicas.

Por último, se extiende la legitimación a la persona jurídica cuyo objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos.

De este modo, podrán constituirse como querellantes en los supuestos en los que el delito objeto del proceso se vea comprendido por el objeto de la asociación y en los casos de tutelar el bien jurídico lesionado por el delito, sin perjuicio de que exista un ofendido individual con derecho a presentar querrela.

La incorporación de la figura del querellante prevista en el nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, ha provocado un cambio sustancial en la manera de concebir al ofendido, desde el momento en que, mas allá de que se trate de un sujeto eventual del proceso, lo considera parte del mismo.

6.-Centro de Asistencia a las Víctimas

Los Centros de Asistencia a las Víctimas funcionan en la orbita de los Centros de Asistencia Judicial junto a otros organismos, dependientes del Poder Ejecutivo.

Están preparados para dar asistencia a las víctimas desde un inicio, desde los primeros momentos de su intervención no sólo para brindarles información y asesoramiento, sino también lo relativo a sus derechos como también para su contención emocional.

Para una mayor comprensión, transcribiremos el artículo 108 III *“Asistencia Genérica: Desde los primeros momentos de su intervención, la policía y el Ministerio Público Fiscal, suministrarán a quien invoque verosímilmente su calidad de víctima, la información que posibilite su derecho a ser asistida como tal por el Centro de*

Asistencia a la Víctima u organismo pertinente, aun sin asumir el carácter de querellante.”

Entonces repasando algunos puntos, tal como lo indica el artículo basta con que se invoque la verosimilitud de quien alegue la calidad de víctima.

La idea del Poder Ejecutivo es diseñar las oficinas de atención a víctimas, conteniendo un servicio de asistencia jurídica gratuita para aquellas personas víctimas de delitos, para que en caso de que el Ministerio Público Fiscal decida no continuar con la acción penal, ellas se presenten formulando querrela. Estas oficinas pretenden colaborar con el Fiscal en esta misión y nos acerca a la idea del abogado de las víctimas.

7.-Conclusión:

En este capítulo, pude dejar plasmado en detalle el procedimiento de la mediación penal de acuerdo a la ley de implementación progresiva. Los beneficios de su llegada, desde el punto de vista estatal, para victimario como para las víctimas, en especial estas últimas, les brinda la posibilidad de ser parte de su conflicto cuando hasta hace poco era totalmente excluido.

Además por otra parte posicionando al Ministerio Público Fiscal un rol central, dotándolo de la posibilidad de promover o no el pedido de los criterios de oportunidad de acuerdo a los que establece la ley anteriormente descripta en el capítulo.

Propongo que sea el Estado quien garantice el funcionamiento y el desarrollo de estos mecanismos de resolución para ir cumpliendo con el objetivo de descongestionamiento de los tribunales y con la finalidad de que los operadores del derecho se ocupen de aquellos casos que merecen otro tratamiento.

Capítulo III

Mediación y los Derechos Humanos.

Sumario: 1.-Introducción. 2.-La Mediación y los Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios fundamentales para las Víctimas; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos. 3.-Código Procesal Penal de Santa Fe. 4.- Recepción legislativa en la Nación. 5.-Reforma Constitucional Argentina. 5.1.- Contradicciones del artículo 71 del Código Penal y la Constitución Nacional. 6.- Desacuerdo de la víctima, damnificado, u ofendido con la aplicación de los criterios de oportunidad. 6.1.-Alternativas. 6.2.- Límites de la obligación de reparar. 7.- Mediación dentro de los fines de la pena. 8.-Conclusión.

1.-Introducción

En este capítulo vamos a transitar por la vereda del posicionamiento de la mediación penal en lo que respecta a los derechos humanos, como este instituto esta previsto en la Constitución Nacional luego de su reforma en el año 1994.

Además, vamos a desarrollar los cambios que sufrió el Código Procesal Penal Santafesino con el dictado de la ley N° 12.912 y los artículos de la ley N° 12.734 que entraron en vigencia, que entre ellos introdujo a la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos; a su vez estableció el tramite que se le debe dar al mismo y los derechos con los que cuenta la víctima y el victimario.

También vamos desarrollar la recepción que tuvo a nivel Nacional, que provincias fueron las pioneras en aplicar otras alternativas para descongestionar el aparato judicial.

Otros de los puntos a discutir, cuales son los fines de la pena y como podemos introducir a la mediación desde esta perspectiva; como se recepciona desde la mirada de la/s víctima/s la idea de la aplicación de los principios de oportunidad en los que fueron actores principales del accionar del victimario.

2.-Mediación y los Derechos Humanos

Los derechos humanos consagran entre otros, el acceso a la Justicia que implica el Derecho de toda persona, a una respuesta por parte del Servicio de Justicia frente a un conflicto. La mediación penal constituye una respuesta a los conflictos y se enmarca en un espíritu de respeto a los derechos humanos.

Las Naciones Unidas desde 1948 en adelante han llevado a cabo una permanente tarea en pos del reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos, con respecto a quienes debe aplicar la ley, dicen: *“La administración de justicia, en particular los organismos encargado de hacer cumplir la ley...en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible²¹”*.

Al ser obligatorio para el Estado el cumplimiento de los Derechos Humanos y estando consagrado el acceso a la Justicia, en todos los Pactos Internacionales de

²¹ Declaración y Programa de Acción de Viena (Parte I, párrafo.27), En Serie de Capacitación Profesional N° 5, derechos Humanos y Aplicación de la ley, Manual de capacitación en derechos humanos para la policía del Alto Comisionado para los derechos humanos, Centro de derechos humanos, Ginebra 1997, Publicación de las Naciones Unidas.

derechos humanos, se impone una respuesta a los conflictos, que no necesariamente debe ser punitiva, imponiéndose como salida la mediación penal.

No dar esa respuesta, podría ser considerado violatorio de los Pactos internacionales de Derechos Humanos, hoy con jerarquía constitucional, los que establecen sin excepciones el derecho de acceso a la Justicia.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo XVIII, dice: *“Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, que en su artículo 10, dice: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

Notemos que todo el discurso en esta materia esta orientado a repersonalizar el conflicto, a tener en cuenta a la víctima; pero no debemos olvidar que también quien ha sido acusado y en la realidad actual muchas causas se prescriben, violándose el derecho de la persona acusada a ser redimida de esa acusación y por ende su derecho al debido proceso.

La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1965, que en su artículo 5, dice: *“ En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho a toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o Pacto de Nueva York de 1966, que en su artículo 14 inciso 1, que dice: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de*

carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.”

También se viola el principio constitucional de igualdad, ya que no todas las personas tienen asegurado el acceso al servicio de justicia y una respuesta del mismo, que se complica además con un reparto inequitativo de la victimización, ya que “si analizamos cuáles son los sectores más victimizados, por delitos violentos, por delitos contra la propiedad, etc., nos damos cuenta que los *“segmentos más victimizados son aquellos en los cuales hay más criminalizados”*²² con lo cual estamos frente a un doble proceso de victimización, cuando padecen el delito y cuando no se les brinda una respuesta por parte del Estado.

Los derechos de los participantes del conflicto, tanto la o las víctimas como el o los imputados, son violados diariamente cuando los distintos tribunales por el abarrotamiento de trabajo existente no dan una respuesta a ese conflicto, respuesta que perfectamente puede dar la mediación, que reiteramos no reemplaza al sistema de justicia sino que lo complementa y permitirá respetar esos derechos que reseñamos más arriba y dar esa anhelada respuesta que espera la sociedad en su conjunto.

3.-Código Procesal Penal de Santa Fe

No tenemos dudas que el dictado de la ley de implementación progresiva, con la incorporación de la mediación en el fuero penal, ha sido de gran aporte para la provincia. Lo que provocó un cambio de la administración de la justicia penal y en consecuencia mejoró el funcionamiento de las instituciones del Estado vinculadas a ésta problemática.

El objetivo de esta modificación, es centrarse en el conflicto humano, procurando mejorar el alcance a los mismos, respetando sus derechos y garantías ya no tanto del imputado sino también y fundamentalmente de las víctimas, dejando atrás un procedimiento penal inquisitivo y escrito.

Es una realidad que no podemos dejar de lado, que las instituciones del estado en el ámbito penal, fueron perdiendo credibilidad en la sociedad, dado la pocos casos que se resuelven y las víctimas por lo tanto insatisfechas por el accionar del Estado.

Asimismo, se creó Centros de Atención Judicial –CAJ- donde funcionarán las oficinas de atención a las víctimas de delitos y las correspondientes oficinas de Mediación. Además se reformuló el ex patronato de Liberados, ahora llamado Dirección

²² Zaffaroni Eugenio R., “El Sistema Penal y el Discurso Jurídico”, Editorial Fabián Di Placido, Bs. As 1999, Pág. 45.

Provincial de Control y Asistencia Pos-penitenciaria, que colaborara en la aplicación y control de las reglas de conducta que se utilicen en la suspensión del juicio a prueba y en otros medios alternativos.

Otra cuestión que no podemos dejar de resaltar es el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal, ya que será él quien podrá promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal de acuerdo a los criterios de oportunidad que establece el código y leyes complementarias y sujetos a los aspectos fácticos que cada criterio presente. Es fundamental el rol que toma el fiscal, permitiéndole seguir o discontinuar con la acción planteada.

Por último, Artículo 80 de la Ley 12.734, ley que implementa la última reforma al Código Procesal Penal:

“Derechos de la víctima. Las autoridades intervinientes en un procedimiento penal garantizarán a quienes aparezcan como víctimas u ofendidos penalmente por el delito los siguientes derechos:

- 1) a recibir un trato digno y respetuoso;
- 2) a la documentación clara, precisa y exhaustiva de las lesiones o daños que se afirman sufridos por causa del hecho motivante de la investigación;
- 3) a obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, debiendo notificársele la fecha, hora y lugar del juicio, así como la sentencia final cuando no concurriera a la audiencia del debate;
- 4) a minimizar las molestias que deban ocasionársele con motivo del procedimiento;
- 5) a la salvaguarda de su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por este Código;
- 6) a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan a su favor, preservándolos de la intimidación y represalia, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada;
- 7) a requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda según las disposiciones de este Código;
- 8) a obtener la revisión de la desestimación de la denuncia o el archivo, y a reclamar por demora o ineficiencia en la investigación, ante el superior inmediato del

Fiscal de Distrito. Cuando la investigación se refiera a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto fuera la protección del bien tutelado en la figura penal, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente inciso;

9) a presentar querrela y a ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, en los términos de este Código.

Una ley especial establecerá la forma de protección a que alude el inciso 6) de este artículo, la que podrá hacerse extensiva, si fuere necesaria, a imputados u otros testigos”.

En dicho artículo se enumeran los derechos de la víctima dándole un lugar protagónico en este nuevo proceso, otorgándole una posición mas activa tanto en el sistema de investigación y enjuiciamiento penal brindándoles derechos de información e intervención como querellante. Lo que no podemos permitir que se menoscaben los derechos del imputado, tal como menciona Erbetta “una súper potenciación de la víctima puede derivar en una distorsionada privatización de la justicia penal”.

4.- Recepción legislativa en la Nación

En la República Argentina, a la antipatía de la incorporación de los diversos factores a tener en cuenta para la introducción de soluciones diversas a las clásicas para la resolución de los conflictos extremos, dos elementos son los que obstaculizan o conspiran en contra de la recepción en el ordenamiento normativo. Por un lado, el arraigo a los principios de legalidad y oficialidad en la mentalidad de los miembros de los poderes políticos del Estado y de los operadores del sistema de administración de justicia.

De todos modos, la ambigüedad del concepto de acción penal y su dimensión procesal, han dado lugar a que innovando por sobre el régimen federal, en el que no se ha incorporado normativamente el sistema de mediación penal ni otros métodos alternativos de solución de conflictos que los que detallaremos, haya comenzado a obtener tratamiento legislativo aquel sistema, en algunas provincias argentinas.

En rigor, cabe señalar que la renuencia de las autoridades nacionales a la recepción legislativa de los diversos métodos alternativos ha reconocido, en los últimos años, concesiones puntuales pero importantes y muchas de ellas aparecen vinculadas a

las posturas político- criminales desencadenadas de ciertos prejuicios éticos vigentes desde Carrara hasta poco tiempo atrás.

La única ley de mediación vigente a nivel federal es la N° 24.573 excluye expresamente del sistema a las causas penales en su artículo 2º, “El procedimiento de Mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1. Causas penales”. Esta disposición fue criticada por el Dr. Víctor Jaef, que en sus comentarios a dicha ley, dice: “Es mas, de hecho se aplica exitosamente en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica y en países como Inglaterra y Colombia, y se estaría intentando en Francia. En los que se refiere a la Argentina, nada obsta a que pueda ser aplicada en nuestro país, ni siquiera siendo necesaria una reforma de la legislación penal, ya que tanto para la fijación de la pena, como para la evaluación de la posibilidad de excarcelación, o la aplicación del instituto de la probación, la Mediación sería una herramienta de gran utilidad para ayudar al juez de la causa en cualquiera de esos supuestos.”

Si bien actualmente se puede aplicar la mediación en el otorgamiento de probation, donde la víctima podría intervenir para apreciar la razonabilidad de la propuesta reparatoria, en una suerte de opinión no vinculante que ayudaría al magistrado en la evaluación de dicha razonabilidad.

Algunas provincias contrariando la opinión generalizada respecto de la naturaleza federal de la cuestión del régimen de las acciones y las penas, se han lanzado a incursionar en mecanismos alternativos de solución de conflictos, que tienden a la extinción de aquellas, en caso de reunirse determinados requisitos.

Las pioneras en la materia son las provincias de Chaco, Neuquén y Buenos Aires.

La ley 4989/2002, de la Provincia de Chaco instituye, por su artículo 1, a la mediación penal como forma de resolución de conflictos. El artículo 19 pauta la posibilidad de declarar extinguida la acción penal, por insubsistencia de la pretensión punitiva del Estado, cuando el acuerdo se hubiera cumplido; el artículo 21 contempla una reducción de la pena que hubiera sido impuesta por una sentencia firme, cuando la escala penal abstracta hubiera impedido la mediación, y en la medida en que se verifique la reparación del hecho, con acepción de la víctima.

En la provincia de Neuquén este método de resolución de conflictos esta previsto en materia penal juvenil prevista en la ley 2302.

Y en la provincia de Bs. As., se sancionó la ley N° 12.061 cuyos artículos 38 y 45 regulan la mediación y conciliación.

En algunas circunscripciones judiciales bonaerenses existe un doble sistema de mediación, solventado por la oficina de asistencia social respectiva y por la fiscalía habilitada para derivar causas a los mediadores. Estos son provistos por los colegios de abogados de las diferentes jurisdicciones, vinculados a través de convenios con el Ministerio Público Fiscal.

A modo de conclusión podemos mencionar que desde 1994 con la ley N° 24.316 que incorporó los artículos 27 bis, 76 bis, 76 ter, 76 quater y sustitución del artículo 64 del Código Penal introdujeron otros institutos como probation, que introdujo cambios a nuestro sistema penal y ya lo hemos mencionado anteriormente. El mismo previo evitar la persecución penal y la eventual condena para los delitos con pena de reclusión o prisión que no excedan de 3 años y sin pena accesoria de inhabilitación, si después de un tiempo determinado el imputado se comporta de acuerdo a lo establecido.

Incluso el Consejo de la Comunidad Europea refomto, a través del Comité de Ministros, simplificar y desburocratizar la justicia penal e indico que el principio de oportunidad en y para el ejercicio de la acción penal debe reglamentarse.

Pero sigue siendo una herramienta rudimentaria y carece de la esencia y el contenido de la Mediación; ya que la víctima no es tenida en cuenta y el infractor representa un mero tramite a cumplir.

También surgió el juicio abreviado intentando paliar el tema pero la víctima sigue siendo dejada de lado, que consiste en un acuerdo que requiere la conformidad del imputado en cuanto, a como ocurrieron los hechos y la responsabilidad penal en los mismos, además incluirá la pena y debe ser admitido por el Juez de instrucción o correccional y homologado por el Juez de sentencia. Pero se ha señalado que dicho instituto afecta la garantía constitucional del juicio previo, ya que se aplica una pena sin juicio. Por tal motivo considero que es validez la incorporación de otros mecanismos para evitar colapsar el sistema judicial, pero en este caso, se produce una desigualdad ya que muchas veces el imputado se siente acorralado por las ineficacias judiciales (juicios lentos, prolongados, etc.).

Por eso considero que es importante receptar otros tipos de mecanismos de resolución de conflictos, con una adecuada política de persecución que posibilite la aplicación de los criterios de disponibilidad de la acción, puntualizando en los hechos más graves y garantizando participación tanto al imputado como a la víctima.

5.-Reforma Constitucional Argentina

La reforma constitucional jugó un rol fundamental, constituyendo el fundamento del ordenamiento jurídico. La Constitución Nacional se vio enriquecida por los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales entre otras cosas, le acuerdan al imputado en el ejercicio de sus derechos dentro del proceso penal. Fundamentalmente su dignidad como persona humana.

La Constitución Nacional resulta la fuente principal del derecho procesal penal precediendo en jerarquía a la misma ley. La misma establece un sistema garantizador en lo que se refiere a derechos y garantías en materia penal. Este sistema se vio consolidado y ampliado conforme con la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos que hoy tienen jerarquía constitucional en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos... Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...”*.

En la primer parte de la constitución se establecieron las declaraciones, derechos y garantías, resultando de interés especialmente los artículos 18 y 19 ya que establecen los derechos y garantías originariamente contenidos en la carta magna y en la última parte, un tercer artículo 75 inciso 22 incorporado con la reforma de 1994, el cual introduce los tratados de carácter internacional como la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre de 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo de 1966, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes de 1984 entre otros. Además establecen que *“los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”*.

5.1.-Contradicciones del artículo 71 del Código Penal Argentino y la Constitución Nacional

Para afrontar este tema debemos partir de nuestra principal fuente como lo es la Constitución Nacional que en su artículo 18 prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, más no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, de la persecución penal. En el marco de las garantías constitucionales, contenidas en el artículo de referencia, surge expresamente “la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, mas no ordena que aquella se produzca en todo caso”.

Ahora bien del conflicto planteado la idea es resolver la aparente contraposición de normas contenidas en el código penal con las normas adjetivas, concretamente Art. 71 del Código Penal y el Art. 8 del Código Procesal Penal de implementación progresiva, dictado con la ley Nro. 12734.

En función de lo dispuesto por el Art. 75 Inc. 12 de la Carta Magna, es el Congreso Nacional el que debe sancionar el Código Penal pero conforme a los artículos 5, 105 y 106 de la misma, se interpreta que la legislación procesal corresponde a las provincias como poder no delegado, lo que creo correcto. De allí surgiría que si el Código Penal legislase materias procesales, estas disposiciones serían inconstitucionales. Ahora bien, esa reserva de legislación procesal es un principio rector, pero no es un límite; por ende la Constitución Nacional establece en su Art. 5 que cada provincia dictará para si una Constitución bajo el sistema representativo, republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia.

En Argentina, los criterios de oportunidad han sido fuertemente excluidos, a partir de lo establecido por el artículo 71 del Código Penal. Sin embargo, las provincias han intentado, en sus respectivos códigos reintroducirlos, ya que la Constitución Nacional en su artículo 104 le delega esta facultad a las provincias.

Para hacer efectiva la aplicación del Derecho Penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas. El limite de esta delegación es, además, claro como lo define Zaffaroni, “se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución”.

La cuestión se plantea en virtud el artículo 71 del código Penal, pues para algunos ofrece un obstáculo constitucional para que las provincias establezcan supuestos de disponibilidad la acción penal. Dicha norma establece la persecución penal de oficio en todos los casos y se entiende que excluye la posibilidad de que los funcionarios ejecutores de la ley puedan renunciar a su ejercicio. Este artículo del Código Penal, refiere que las acciones penales deberán iniciarse de oficio, y luego exceptúa las acciones dependientes de instancia privada y las privadas.

En síntesis, el artículo 71 se limita a imponer dos obligaciones, por un lado el Estado tome a su cargo la persecución de los delitos de acción pública y por el otro que el organismo estatal responsabilizado de tal actividad, deba perseguir las conductas tipificadas en el Código Penal.

Esta norma sustantiva, encuentra simetría con el artículo 8 de la ley 12.734, en su primer párrafo, en tanto prevén que la acción penal pública es ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley,

El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal, queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio.

El Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por el contempladas, y en el caso de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma.

Sobre esta base, el Código Procesal Penal ha implementado validamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal “se suspenda total o parcialmente”.

Como punto inicial para la persecución penal se parte del principio de legalidad, pero no se impone la salvaguarda de los mecanismos previstos en la ley procesal penal local, como el principio de oportunidad que opera de modo de excepción como lo establece el Art. 8.

Como colofón de lo que vengo desarrollando, evoco un precedente de la Corte Federal: *"Las leyes locales no pueden ser invalidadas sino en aquellos casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional en términos expresos un*

exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las Provincias, o cuando hay directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas, fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" (CSJN. 3 - 131).-

Ahora bien si las provincias no pueden organizar sus recursos judiciales y la política criminal depende del Estado Nacional como consecuencia del principio de legalidad que condiciona al sistema, no se advierte como podrían aquellos cumplir con su obligación de asegurar la administración de justicia, requisito básico del reconocimiento y respeto de su soberanía. Tanto el proceso penal, como la política criminal y autonomía de las provincias, no son conceptos que se puedan evaluar de forma aislada, sino de forma dinámica contemplando los cambios sociales.

Para ir concluyendo, el avance del conflicto penal obliga a reconocer que la víctima es más que un denunciante o que un testigo; es ante todo una persona que tiene derechos. Además la supresión del procedimiento inquisitivo y el respeto por la diversidad e individualidad de los hechos sociales van de la mano. Un proceso penal más justo, que a su vez responda a las aspiraciones de eficiencia que reclama la sociedad, debe ser en consecuencia un proceso que preste una especial atención a las personas reales involucradas en el conflicto.

De todas maneras de acuerdo a lo que vengo describiendo en capítulos anteriores y en relación con el tema en cuestión de este trabajo, es importante que la Constitución Nacional como así también los códigos de fondo y procedimientos, se adapten a los cambios que sufren las sociedades. Con la idea de una interpretación amplia para no quedarnos inmovilizados en conceptos o ideas mas restringidas, incluso ya con el fundamento de los tratados internacionales como así lo indica La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo XVIII, dice: *"Toda persona....debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"*, donde esboza la necesidad de que toda persona tiene el derecho de disponer un procedimiento sencillo y breve, con lo cual sería contradictorio con la realidad diaria de los tribunales, donde los expedientes duermen esperando que se resuelvan en los mejores de los casos cuando no prescriben. Por esta razón la necesidad de establecer otros mecanismos de resolución de justicia para evitar demoras y descreimiento en la sociedad.

6.-Desacuerdo de la víctima, damnificado u ofendido con la aplicación de los criterios de oportunidad.

6.1.-Alternativas.

La víctima tiene que contar con una acción alternativa para iniciar o proseguir la persecución del ilícito ante la aplicación de criterios como el estudiado, de modo de contabilizar su interés en tal acción con los derechos de que goza el presunto inocente sujeto a proceso.

En todo esquema procesal que contenga criterios de oportunidad debe escucharse al sujeto pasivo y contemplarse la posibilidad de que pueda ejercer autónomamente la acción penal en los casos en que el Fiscal decidió no hacerlo o desistió de hacerlo. En este sentido es válido traer a colación a Carrara, citado por Herbel cuando señala que "... la acción penal es pública solo cuando se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad (y que) en ningún caso impedirse al ofendido personalmente ejercer su derecho contra quienes lo hubieran dañado pues este es un derecho individual natural, de análoga naturaleza al de defensa contra la agresión ilegítima". El maestro enseña que el derecho del ofendido en poder querellar penalmente al victimario es anterior al concedido al Ministerio Público para monopolizar la acusación "...pues a la autoridad estatal se le otorgaron dichas facultades para mejor amparo de los derechos individuales penalmente tutelados, a condición de su eficacia y nunca para obstáculo del derecho de la víctima, a la tutela judicial contra sus ofensores".

La cita doctrinaria precedente pese a su antigüedad no pierde vigencia, por cuanto los sistemas regidos por el principio de discrecionalidad o en los que impera la oportunidad cuando el fiscal decide no impulsar o continuar la acción penal sin posibilidad de reapertura le puede generar un perjuicio a la víctima quien ve expropiado su conflicto, sin chance de obtener una justa reparación por el daño sufrido. Ello se da aún cuando el modelo prevea una instancia revisora dentro del mismo Ministerio Fiscal, ya que cuando el Fiscal superior en grado convalida el criterio de archivo o retiro de la acusación del inferior, el ofendido queda fuera del juego procesal. Por ello resulta atinado prever una figura de querellante subsidiario que aparezca en escena autónomamente en esos casos.

Contrariamente a lo expuesto Bovino y Hurtado, señalando la inconveniencia de que la víctima pueda convertir la acción generando igualmente un desperdicio de los recursos del Estado aun sin la intervención del Ministerio Fiscal. Concluyen sosteniendo que "...si no asumimos que el principio de oportunidad debe ser una

herramienta de política pública al servicio del Ministerio Público, creemos que su aplicación puede no producir resultados positivos y, en todo caso, incrementará la irracionalidad del sistema...”.

En dichas hipótesis la víctima podría ejercer autónomamente la acción penal conforme a un procedimiento alternativo. A los fines de que dicha opción no sea meramente declarativa en caso de personas carenciadas la ley conmina al Estado a que implemente los medios necesarios a través del Centro de Asistencia a la víctima, para que tales derechos resulten efectivos. Surge la necesidad de asegurar programática y operativamente el derecho de todas las personas y en especial de los más necesitados.

Hay que tener en cuenta que en general, el sistema penal se nutre de los sectores más empobrecidos tanto a la hora de seleccionar a los autores de delitos como de comprobar sus víctimas. En general, pertenecen a los sectores más desprotegidos de la sociedad y por ello resulta necesario efectivizar un adecuado acceso de estos sectores a la justicia, tanto para fanatizarles el derecho a la defensa como para hacer operativos los derechos de las víctimas. Debe procurarse evitar que el justo sentido de la norma se convierta en medio extorsivo por parte de quienes pueden asumir económicamente los costos de un litigio.

6.2.-Límites de la obligación de reparar

Sobre este tema la doctrina ha manifestado que “...la obligación de reparar el daño que el imputado ha causado debe limitarse, cuando éste ha intervenido en la comisión del hecho punible con otros partícipes, a la parte proporcional que le corresponda del total de la obligación reparatoria.

En lo que respecta al juicio de razonabilidad del juzgador sobre el ofrecimiento de reparación, artículo 76 bis del tercer párrafo del Código Penal, y segundo párrafo de la norma, vale señalar que el juicio de razonabilidad que efectúe el tribunal ha de atender a la ponderación de la oferta de reparación respecto de la existencia y extensión del supuesto daño, las pretensiones de la víctima y las reales posibilidades de pago del imputado. Como podemos observar el examen de la situación económica del imputado y la entidad del daño causado resultan datos relevantes al momento de examinar, de acuerdo a las particulares circunstancias de la causa, la razonabilidad del ofrecimiento de reparar el perjuicio causado.

7.-Mediación dentro de los fines de la pena

El derecho penal ha entendido tradicionalmente solucionar el conflicto social del delito actuando sobre el autor, ya sea mediante la retribución o la prevención especial o general (negativa o positiva).

En la actualidad, sin embargo, se piensa que el sistema de doble vía, que actúa sobre el autor mediante penas y medidas de seguridad, debería ser completado por un sistema en el que se incluya la reparación precisamente como tercera vía.

En realidad, la instauración del derecho penal de tercera vía, implica una visión transformadora y una expectativa a considerar desde el punto de vista de la eficacia del derecho penal.

La reparación como vía de solución del conflicto se puede fundamentar con cualquiera de las teorías de la pena.

Hoy en día la teoría de la prevención general positiva, ofrece un desarrollo que permite vislumbrar soluciones dentro de una concepción funcionalista que trasciende las soluciones estrictas con que el sistema penal tradicional ha pretendido cumplir con los objetivos.

Ahora bien, el punto de partida es la cuestión de confrontar la posible incompatibilidad entre los fines tradicionales de la pena, fundamentalmente la retribución y la prevención general con la institución de la reparación como medio de solución de conflictos. Esto es, si el carácter público del derecho penal se ve afectado en su proyección con la introducción de instrumentos propios del derecho privado, frente al delito. No debe olvidarse que el conflicto que plantea el ilícito afecta a la sociedad y su solución interesa a ésta, por lo que la cuestión continúa enmarcada adecuadamente. No encontramos objeción para que la reparación pueda tener efectos en distintos ámbitos, civil y penal. De manera tal, que con ella no se atenta contra la naturaleza pública del derecho penal.

Algunos autores encuentran sentido a la institución en análisis, sólo dentro de las teorías absolutas, no como “expiación” sino en el sentido de “conciliación” (con uno mismo, con la sociedad, con la víctima y con Dios); o dentro de la prevención general, conectándola con el fortalecimiento de la conciencia jurídica.

La pena que se concibe como justa garantiza la paz jurídica de la sociedad. Una pena, por el contrario, para la intimidación de otros o para la resocialización, no podría ser aceptada como justa por la comunidad jurídica por el alto grado de inseguridad o falta de certeza que ese concepto conlleva. Lo que otorga seguridad es restablecer el orden alterado.

En la prevención general positiva, el esfuerzo del autor, quien voluntariamente solicita o accede a reparar el daño causado a la víctima, además de solucionar el conflicto, manifiesta su voluntad de reafirmar la norma violada, comprometiéndose a observarla en el futuro. Por otra parte, su actitud genera efectos sobre la comunidad al tranquilizar la conciencia jurídica general alterada por la violación de la ley.

También la prevención general positiva es compatible desde que implica una manifestación del reconocimiento de la vigencia de la norma que contribuye a estabilizar la confianza en ella.

Al respecto señala Roxin que la reparación para el cumplimiento de los fines de la pena tiene gran importancia. Sostiene que la misma no es para él, la prevención general positiva como parecía entenderse en un primer momento, sino un aspecto de ésta. Distingue dentro de la prevención general positiva tres efectos: un efecto de aprendizaje, socio-pedagógicamente motivado, que provoca el ejercicio en la fidelidad al derecho; un efecto de confianza, que se produce cuando el ciudadano ve que el derecho se realiza; y un efecto de pacificación que se da cuando el delincuente ha hecho lo suficiente para que la conciencia jurídica social quede pacificada con relación al quebrantamiento de la ley y dé por solucionado el conflicto con el delincuente.

En cuanto a la prevención especial, Roxin sostiene que *“si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento”*.

Reconoce que en un derecho penal moderno el fin de la pena sólo puede ser la prevención del delito y sostiene que la reparación si bien no es un fin de la pena puede ser un instrumento útil constituyendo una nueva vía autónoma, tercera vía, junto a las penas y medidas de seguridad, enmarcadas dentro de los fines tradicionales de las sanciones penales.

Excluye las teorías absolutas en el ámbito de un estado democrático moderno en el que la pena se configura como un instrumento de política social, aunque reconoce que muchos elementos de la teoría retributiva se repiten transformados en las teorías preventivas dominantes. Si la reparación apareciera como contraindicada desde la perspectiva de las necesidades preventivas no podría operar como instrumento sancionador jurídico penal. De ahí que no quepa formular otros fines penales autónomos como han sostenido otros autores.

Tradicionalmente se pensó que se trata de una respuesta propia del derecho civil. La pena y la compensación del daño emergente del delito ha generado distintos puntos de vista en la doctrina penal. La discusión se centraba respecto de la relación entre ambas.

Para Binding la pena ha de producir una herida, mientras que la compensación del daño ha de curar otra, de ser posible sin provocar una segunda. Establece de este modo una diferencia esencial en su contenido que las hace discurrir de forma paralela, nunca convergente, en la satisfacción de fines diversos.-

Para Von Liszt ambos conceptos constituyen una reacción del injusto, sirviendo al fin de protección del ordenamiento jurídico a través de la lucha frente al injusto.

En realidad las ideas de Binding han prevalecido hasta nuestros días y con ello contribuido a profundizar la diferenciación entre los ámbitos jurídico penal y civil. No obstante ello, en la práctica ese criterio no resulta tan nítido y ello ha dado lugar a que en los últimos tiempos reiteradamente se haya replanteado la cuestión de la significación penal de la reparación y sobre todo de su capacidad de reemplazar a las penas en ciertos casos.

Nunca se ha dejado de cuestionar el grado de efectividad del derecho penal. Hoy parece razonable considerar que es un instrumento más adecuado para la regulación del conflicto una vez que se ha producido el delito. Por el contrario, la prevención general (negativa) y la resocialización del delincuente carecen de comprobación empírica convincente. Por lo tanto, frente al fracaso de los postulados tradicionales se valorizan las alternativas en cuestión.

No decimos nada nuevo afirmando que un conflicto no se origina en una sola causa, sino en diversos factores que requieren del derecho penal la posibilidad de un tratamiento formalizado de los conflictos que coadyuven al restablecimiento del equilibrio alterado, respecto de la víctima y de la sociedad, mediante el convencimiento también por parte del autor de la no reiteración de la conducta.

Pero ante todo debe quedar en claro que la acción del autor no constituye un hecho aislado, estereotipado del contexto social. La reparación puede incluso operar como un acto simbólico frente a la víctima y a la comunidad y no debe ser necesariamente pecuniaria.

Probablemente sea innecesario incluir un fin penal autónomo o diferenciado, al que se le alude con distintas formulaciones, tales como la mediación, regulación pacificadora del conflicto, etc., dado que la realidad se trata de fines implícitos en todas las teorías de la pena, pues el derecho penal, tanto en las penas como en las medidas se define como un instrumento para establecer la paz perturbada por el delito.

Hay quienes como Hirsch que entiende que la reparación no puede cumplir los fines de la pena, afirma que el fin de la pacificación es global de todo el ordenamiento jurídico y el que derecho penal se caracteriza por coadyuvar al mismo con un instrumento propio de la pena.

La reparación no se obtiene espontáneamente sino que es preciso fomentarla y proporcionar los cauces para que pueda producirse; requiere ser promovida mediante soluciones del derecho penal y establecer el canal adecuado para que exista un espacio en el que se pueda solucionar el conflicto, lo que ha de llevarse a cabo en la legislación procesal penal, siguiendo así la mediación.

8.-Conclusión

En este capítulo pude plasmar como dos fuentes como la Constitución Nacional y el Código Penal se contraponen por dos principios como el de legalidad y el principio de oportunidad.

Partimos de la base que la acción penal tiene naturaleza estrictamente procesal y fue pensada por entonces como de naturaleza sustancial, solo lo fue debido a que el Estado Federal instaurado a partir de la organización nacional en 1853, terminó siendo en los hechos una expresión de deseo en muchos ámbitos de la vida argentina y el inicio del procedimiento penal no fue la excepción.

Así el poder central se arrogó arbitrariamente el control legislativo de un tema reservado por las provincias argentinas.

En la práctica tribunalicia a pesar de no encontrarse contemplados en buena parte de nuestros ordenamientos proceder las causales para prescindir del ejercicio de la acción penal, el principio de oportunidad es de aplicación efectiva.

La regulación del ejercicio de las acciones en el Código Penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial, como los sostiene la tesis tradicional. Tampoco porque la Constitución Nacional haya otorgado facultades procesales en estos temas, al Congreso de la Nación, según la primigenia interpretación de Zaffaroni.

Por lo expuesto, considero en base al proceso penal debe enarbolarse en todo su alcance, y serán las provincias las responsables de la adecuación técnica legal del procedimiento al designio de la Constitución Nacional. Entonces en el ámbito del juzgamiento de los delitos comunes, la opción entre legalidad procesal u oportunidad que puede ser discrecional o reglada, debe ser ejercido libremente por las provincias.

Capítulo IV

Mediación Penal Juvenil y su regulación.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-Mediación Penal juvenil. 2.1.- Nociones generales. 3.-Normas internacionales. 4.- Normas nacionales. 4.1.- ¿Cómo esta previsto en la provincia de Santa Fe? 5.- Conclusión.

1.-Introducción

En este capítulo me pareció importante destacar la normativa en cuanto a la mediación penal juvenil. Estamos atravesando por un momento de la sociedad donde me atrevo a decir que las mayoría de los delitos cometidos tiene por protagonistas a un menor de edad y es algo que no podemos dejar de tener en cuenta; ya que son el futuro de esta sociedad. No creo que la solución como muchos creen que es bajando la edad en la punibilidad porque creo que cada vez mas serán mas jóvenes los estén delinquiendo de corta edad.

Creo que es importante desarrollar una política pública coherente a nivel nacional y provincial y donde podamos observar otros modelos y utilizarlos como parámetros para evitar siempre caer en saco roto.

Por ellos, desarrolle algunas nociones generales de la mediación penal juvenil, como es vista a nivel internacional y también en el ámbito nacional pero más precisamente en el ámbito de la provincia de Santa Fe que es el tema que me interesa abordar específicamente.

2.-Mediación Penal Juvenil

2.1.- Nociones generales

A los largo de los capítulos, venimos desarrollando los distintos roles que juegan el Ministerio Fiscal, el mediador, el aparato judicial, lo/s victimario/s, la/s victima/s, la sociedad, etc. Pero en este capítulo, nos vamos a detener en la aplicación del instituto de la mediación a los jóvenes que delinquen lo que constituye la posibilidad de responder al objetivo de prevención general positiva, por medio del cual el conflicto penal podrá solucionarse mediante la voluntad de las partes involucradas y generará paulatinamente concientización social en el sentido de constituir una adecuada vía de resolución.

Tal como lo expresa Alphonse Lamartine, “ya no se le puede pedir al sistema penal la erradicación de la injusticia social o la modificación de las estructuras económicas o culturales que general desigualdad y marginación, al menos se le debe exigir que no colabora a su reproducción. La búsqueda de alternativas a la prisión se enmarca, por tanto, no ya en el seno de la crisis de la pena privativa de libertad, sino del derecho penal mismo, cuya legitimidad intrínseca es continuamente cuestionada. Se reivindica, ahora más que nunca, las tantas veces aclamada, pero poco puesta en práctica, última ratio del derecho penal; que obliga a acudir preferentemente a otros

medios de control social, formales o informales, a la hora de mantener la delincuencia dentro de los límites tolerables”.

En relación con el derecho penal juvenil y la utilización de la mediación, debe tenerse en cuenta que en el año 1990 con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se produce un cambio de paradigma en la concepción del niño. Señala Martiniano Terragni, que “una de las características fundamentales de la convención es la construcción de una nueva concepción del niño y niña y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del niño o niña como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica”. Se le reconocen, además de todas las garantías que un Estado democrático otorga a un adulto, un plus por su especial condición de persona en desarrollo, criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia Nacional.

El concepto de la Convención, es el “interés superior del niño”, que puede entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos.

La reparación ejerce una específica acción educativa sobre el menor autor por cuanto que estimula la reflexión del mismo sobre su responsabilidad y sobre el modo de afrontarla.

En este sentido, se puede decir que es un modelo idóneo para el sistema de justicia del menor por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión.

Las resoluciones del conflicto alternativas responden en la ley a una finalidad educativa y resocializadora sobre los criterios de defensa social basados en la prevención general. Por tanto, las incluye como una respuesta educativa, es decir, recoge la potencialidad educativa de los procesos de mediación. Resolución del conflicto, reparación a la víctima y aprendizaje se complementan en la mediación penal juvenil.

3.-Normas internacionales

Para comenzar a desarrollar desde el ámbito internacional, voy a partir del preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que refiere a la necesidad de protección y asistencia al niño para que este asuma sus responsabilidades dentro de la comunidad, “considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, igualdad y solidaridad”.

En la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 40 inciso 3 establece, " *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que articuló con la Declaración Universal de Derechos Humanos y La Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, la implementación de estándares mínimos en materia de la niñez. Fue el último instrumento internacional citado el que fijó los parámetros mínimos que debían cumplir los estados suscriptores cuando se produjera un conflicto entre un niño y la ley penal. A diferencia de los sostenido por el artículo 10 inciso b) *del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece "que los menores procesados estarán separados de los adultos, deberán ser llevados ante los Tribunales de justicia, para su enjuiciamiento. Por otro lado, su par americano, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 5 inciso 5, establece marcadas diferencias al referir que los menores pueden ser procesados, deben ser separados de los adultos, juzgados por tribunales especializados para su tratamiento".*

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia expresa a la des-judicialización o des-formalización y con ello tampoco a la justicia restaurativa. Sin embargo, es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el caso de los "Los niños de la Calle", por sentencia del 19 de noviembre de 1999, había admitido la posibilidad de que la Convención de Derechos del Niño sirviera para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana. Ahora bien, por su parte, en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, en la que desautorizó una justicia penal juvenil que se rigiera por el sistema de la situación irregular, hizo mención expresa a la des-judicialización, indicando "*Justicia alternativa. 135: las normas internacionales procura excluir o reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos,*

con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.-

En el ámbito europeo existe la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987. Recomendó:

“2. Alentar el desarrollo de procedimientos de des-judicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello, asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos”.

Existen otras normas internacionales específicas que deben guiar la interpretación de los tratados y la elaboración de las políticas en la materia. Fue en el año 1985, donde se definió con claridad la posibilidad de llevar adelante la remisión en materia de responsabilidad penal juvenil con la elaboración de Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (o Reglas de Beijing) proponen evitar las medidas que importen privación de libertad a los jóvenes, y en cambio aplicar medidas alternativas. Y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecen que la prevención debe centrarse en elevar la calidad de vida, el bienestar general y que debe darse un enfoque positivo fomentando el potencial social, se debe centrar en la atención del niño.

Además los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de la socialización o control.

4.- Normas nacionales

En nuestro país las provincias que han legislado el tema, han considerado que el principio de oportunidad o la mediación como método alternativo de resolución de conflictos es materia procesal, por lo tanto no delegada a la Nación lo que permite la regulación de modo local.

Existen diferentes previsiones normativas, algunas provincias tienen leyes de mediación penal o mediación en general que contemplan supuestos penales; en otras,

los códigos de procedimiento en materia penal o penal juvenil lo prevén como una opción regulada dentro de las opciones que tiene el fiscal para desistir de la acción, lo que también se conoce como principio de oportunidad. Existen otros casos en que se combinan diferentes normas para poder aplicar la mediación.

La provincia de Neuquén a partir del año 2000 sancionó la ley 2302 sobre la Ley Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. En tal sentido, establece un Programa de Mediación para delitos juveniles donde a través de la experiencia práctica se puede advertir una reincidencia casi nula debido a la aplicación de la mediación.

Córdoba no cuenta con una ley de mediación penal juvenil ni tampoco esta prevista en el código de procedimiento, sin embargo existe una ley de Protección Judicial del Niño y Adolescente que se utilizó como fundamento para aplicar de hecho y a través de un proyecto del poder ejecutivo, la mediación penal juvenil. En situación similar se encuentra San Luis que no tiene ninguna ley al respecto y estableció el procedimiento de mediación mediante un Acuerdo del Superior Tribunal de esa provincia.

A nivel nacional contamos con el Régimen Penal de la Minoridad, ley N° 22.278. Es necesario antes de centrarnos en los puntos importantes de este régimen, distinguir que no es una ley sino un decreto ley del gobierno de facto dictado en el año 1980. Desde ya considero que debería ser sometido a revisión por un estado de derecho de acuerdo a las instituciones de la democracia.

El Régimen Penal de la Minoridad actualmente vigente, estructura todo el abordaje jurisdiccional en materia penal a través de las denominadas “medidas tutelares”, que son el punto central del sistema y que le brindan facultades al Juez de Menores para disponer de los niños y jóvenes con criterios propios del modelo de patronato.

En la actualidad si un joven es hallado responsable de un hecho ilícito no existe una solución normativa distinta que la que le cabe al mayor de edad en orden a la penalidad a aplicar, aunque se morigere en cuanto al monto a imponer, por su condición de menor. Es importante tener en cuenta lo que dice la Convención de los Derechos del Niño que expresa que el niño tiene derecho a una sanción que tenga en cuenta “sus circunstancias”, además de la infracción cometida.

Finalmente, para terminar con el orden legislativo nacional, la gran asignatura pendiente dentro de la ley es la fijación de un catálogo de sanciones diferenciadas para personas menores de edad, distintas de las establecidas en el artículo 5 del Código Penal (reclusión, prisión, multa e inhabilitación)

4.1.- ¿Cómo está previsto en la provincia de Santa Fe?

Si bien la provincia de Santa Fe tiene un código de procedimientos específico en materia penal juvenil, ley N° 11.452, solo contempla la mediación para jóvenes no punibles. En el artículo 58 que a continuación transcribo para una mayor comprensión del tema titulado *'Archivo o remisión de la causa para mediación.- Si no hubiere razones tutelares de intervención se ordenará el archivo de las actuaciones o se remitirá la causa para Mediación al funcionario designado a tal fin, rigiendo lo dispuesto en la sub.- Sección Segunda de este Capítulo. La medida se notificará al Asesor de Menores'*. Y el artículo 61 establece para que casos es aplicable la mediación penal juvenil, "Este procedimiento será aplicable en las causas de menores *considerados no punibles* por la legislación de fondo, cuando concurren las siguientes condiciones:

- 1) Que exista certeza y/o reconocimiento de la participación del menor en el hecho;
- 2) Que medie consentimiento expreso del menor y de sus representantes legales;
- 3) Que la víctima sea persona física identificable.

Como bien mencionaba en un principio, solamente la ley regula expresamente en los casos en que para la ley el menor es no punible.

Ahora bien esta distinción que hace la ley entre menores punibles y no punibles considero que es confusa ya que no está previsto expresamente que para los casos donde el victimario fue un menor punible se pueda aplicar la mediación como alternativa pero implícitamente si lo aparejamos con las reglas de aplicación de los adultos en principio podría utilizarse el mismo medio de resolución.

Tengamos en cuenta que la entrada en vigencia de la ley N° 12.734 genero que sea inconcebible que los menores queden por fuera del nuevo modelo que consagra un método de enjuiciamiento de mejor calidad. Tenemos que tener en cuenta que los jóvenes deben contar con todos los derechos y garantías generales y sobretodo por su minoridad. Si bien el Código Procesal del Menor establece en sus artículos 24 y 128, que se rige supletoriamente el Código Procesal Penal de adultos, pero lo que podría ser la excepción pasaría a convertirse la regla.

Tengamos presente que si en un mismo hecho participan imputados mayores y menores de edad, en el caso de los mayores los investigara el Ministerio Publico de la Acusación y al menor el Juez de Menores, manteniendo la doble investigación que sobre el mismo, lo que podría ocasionar fallos contradictorios. Además en el mismo ejemplo, en el caso de la policía el mayor responderá a las instrucciones del órgano de la acusación y en el caso del menor, al juez de menores.

Estas complejidades de la investigación y juzgamiento hacen que al coexistir dos modelos distintos se dificulte la tarea diaria de aparato judicial y en necesario superar estas trabas para mejorar el desarrollo del sistema penal.

En cuanto a las partes intervinientes el artículo 62 los establece expresamente “Partes intervinientes.- Son partes intervinientes:

- 1) el menor involucrado en el hecho delictivo y sus representantes legales;
- 2) la víctima. Si fuere menor, también sus representantes legales. Las partes podrán tener en cuenta las medidas alternativas establecidas en el Artículo 98 de la presente Ley.”

El plazo de la mediación es de 10 días desde la recepción de la causa remitida y ese plazo de acuerdo al artículo 64, puede prorrogarse por un término igual a solicitud del mediador.

Ahora bien, vencido ese plazo sin acuerdo la causa “volverá inmediatamente al juzgado de menores que la remitió, para su tramite ordinario”. Por el contrario si se efectiviza la Mediación, se presentara la causa a la Cámara de apelación en el termino de 3 días a fin de homologar el acuerdo y concluido el tramite la homologación, el funcionario mediador lo comunicara al juzgado de menores a los fines de homologar el acuerdo. Finalizado el trámite de homologación el mediador lo comunicara al juzgado de menores a los fines de su conocimiento.

Los artículos 67 y 68, hacen referencia al “control de cumplimiento” y al “Archivo o reinicio de las actuaciones” que transcribiré a continuación:

Artículo 67.- Control de cumplimiento.- El control de cumplimiento corresponde a la víctima. Su resultado lo hará conocer al Mediador en audiencia previamente fijada dentro de los tres días de concluido el plazo establecido en el acuerdo. Realizada la misma se devolverá la causa al tribunal de menores en el término de 24 horas.

Artículo 68.- Archivo o reinicio de actuaciones.- Si en el tiempo que las partes hayan establecido en el acuerdo homologado el resultado fue favorable, se procederá al archivo de las actuaciones. Caso contrario, se reabrirán las actuaciones en el estado que se encontraban al momento de su remisión.

5.-Conclusión

Establecer la mediación como método alternativo al sistema penal para la resolución de conflictos donde estén involucrados menores, supone adecuar nuestra

normativa a la Convención de los Derechos del Niño y llevar a la práctica el derecho de ser oído y el interés superior del niño.

Creo que esta claro pero no esta demás mencionarlo, que la pena de prisión no ha cumplido su finalidad y solo ha demostrado eficacia como medio de exclusión. El proceso penal no resuelve muchas veces los conflictos sino que aleja a las partes, ya que las demoras en la tramitación de las causas y la indiferencia ante la opinión de las víctimas alejan el problema de las partes poniéndolo en manos del Estado que resuelve por métodos rituales tradicionales.

Permite que el menor refuerce el sentido de la responsabilidad, contribuya a esa solución y se sienta partícipe de la resolución, pudiendo tomar dimensión de las consecuencias de sus acciones al poder vincularse con el ofendido de manera directa.

Uno de los objetivos de mi trabajo, es demostrar la necesidad de promover otras formas alternativas de resolución de conflictos sin llegar a la instancia de activar todo el aparato judicial penal, sino intentar previamente otras posibilidades como la mediación.

Otros de los puntos que me interesa destacar es la importancia de tener lineamientos coherentes dentro de la provincia, donde no estemos sujetos a interpretaciones y donde todo los habitantes de esta provincia tengan las mismas posibilidades de acceder a esta vía, sin distinción en adultos, menores punible y no punibles ya al fin como lo establece nuestra Constitución Nacional en el artículo 16 “...Todos sus habitantes son iguales ante la ley....”

Capítulo V

SUMARIO: 1.- Conclusiones. 2.- Propuestas.

Capítulo 5: Conclusiones y Propuestas.

1.- Conclusiones

La sanción legislativa del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe ha producido un cambio fundamental en el sistema judicial penal en la provincia.

Se podría enunciar como un cambio de paradigma del proceso penal, como así lo expresa la mayoría de la Doctrina.

Este cambio del sistema procesal surgía como necesidad de adecuar la normativa procesal a los principios enunciados por la Constitución Nacional, desde la reforma de nuestra Carta Magna del año 1994, en la cual se incorporaron los tratados internacionales que comprende el bloque de constitucionalidad federal, un paso importantísimo para el desarrollo de un nuevo modelo de enjuiciamiento.

Uno de los aspectos fundamentales de este proceso de cambios, fue la incorporación de los criterios de oportunidad que les brinda al Fiscal la posibilidad de prescindir total o parcialmente de la acción penal cuando esté sujeto a las reglas que dispone el nuevo Código Procesal.

Con este nuevo Código Procesal se rompe con el modelo tradicional en donde el Estado se apropiaba del ilícito, donde la víctima quedaba indefensa en la espera que le den alguna respuesta y en muchos casos nunca la obtenían. Con la incorporación del artículo 10 II del Código Procesal Penal, le brinda la posibilidad al Fiscal de no promover la acción penal cuando lo crea conveniente y siempre y cuando este previsto por algunos de los siete incisos de este artículo. Con la posibilidad de la víctima en caso que el Tribunal admita el criterio de oportunidad, la acción pública se tramitara de acuerdo al procedimiento de querrela sin distinción del delito en cuestión, y la querrela deberá presentarse dentro del plazo de 60 días desde la notificación de la resolución, según el artículo 10 V del Código Procesal. Esta conversión también habilita a la víctima en aquellos supuestos en que el Ministerio Público Fiscal decidió desestimar la denuncia o archivar la investigación, por falta de pruebas o por tratarse de un hecho atípico.

El fallo del Tribunal de Sentencia N° 8 a cargo del Juez Dr. Carlos A. Carbone, determino la aplicación, con gran criterio, del principio de oportunidad por encima de la legalidad absoluta. Es un importantísimo aporte y antecedente, basándose en el artículo 10 V en virtud de las consecuencias sufridas por parte del victimario ante la comisión

del ilícito, en este caso robo calificado, por el que se lo acusa son de tal gravedad que tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena y no se ven involucradas razones de seguridad o interés público.

Es importante destacar que tradicionalmente, el Código Procesal era puramente inquisitivo, donde el Estado era el protagonista conformando un monopolio del poder sancionador con el menoscabo de una efectiva participación ciudadana en la resolución de los conflictos que la atañen y por el otro lado, el accionar del mismo no provocaba reparar la conducta del victimario o resocializarlo por el contrario no cumplía con el fin de la pena, socialmente seguía siendo un desviado y debía adecuar su futuro a la marginalidad social.

Además otros de los institutos a destacar y es principal en este trabajo fue la incorporación de la Mediación Penal, en el artículo 10 III lo que significó un importante avance ya que se le permitió a las partes resolver el conflicto de forma pacífica, voluntaria y consensuada; y provocando una descongestión en la actividad de los juzgados.

Es un deber del Estado asegurar a las partes, tanto a la víctima como al victimario, la posibilidad de resolver sus conflictos con otros mecanismos alternativos de resolución, ya incluso reconocidos por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional. Y además garantizar a las partes un debido proceso y que se le respeten los derechos que les brinda la Constitución Nacional como así también el Código Procesal Penal que en el artículo 5 III.

2.- Propuestas.

Por todo lo expuesto en el presente trabajo, a continuación procuraremos dar las respuestas a las cuestiones que hemos planteado.

Se propone:

Promover la reforma del Código Penal Argentino, para la inclusión de la mediación penal como alternativa de resolución y que no quede sujeta al arbitrio de los códigos provinciales. Por tal motivo propongo incorporar en el Título XI “Del ejercicio de las Acciones” los siguientes artículos:

Art. 72 bis: “Créase el régimen de resolución alternativa de conflictos penales para todo el ámbito nacional, la que se regirá por la presente ley”.

Art. 72 ter: “Las partes involucradas en un conflicto penal y así mismo el fiscal, podrán solicitar al Juez o Tribunal de la causa, la aplicación del procedimiento de

mediación para su resolución. El acuerdo al cual se arribe sólo podrá ser aceptado una vez que el autor hubiera reparado privadamente su hecho. En el caso de no llegar a un acuerdo, se reanuda el proceso”.

Elaborar programas y proyectos que contribuyan a la utilización de la mediación penal como método alternativo de resolución y evitar la instancia judicial.

Modificar la ley nacional N° 22.278 denominada “Régimen Penal de la Minoridad”, en cuanto a la fijación de un catálogo de sanciones diferenciadas para personas menores de edad, distintas a las previstas en el Código Penal.

Incorporar en la ley provincial N° 11.452 denominada “Código Procesal de Menores”, que regule expresamente el régimen aplicable a los menores punibles.

Que el Código Procesal Penal Santafesino regule expresamente, cuando el acuerdo de la mediación consista en el cumplimiento de tracto sucesivo y el Fiscal no archive la causa hasta que se haya cumplido en su totalidad, o sea, hasta la última obligación por parte del victimario.

Promover la regulación en el Código Penal Argentino de sus propias Reglas de Disponibilidad a nivel nacional para mantener una uniformidad del derecho penal en todo el país.

Anexos:

Juzgado: Juzgado Penal de Sentencia en lo Penal de Sentencia N° 8 de Rosario
4/06/09.

Juez: Dr. Carlos A. Carbone, Juez Penal de Sentencia N° 8 – Dr. Sergio Donato,
Secretario

Hechos:

El 20 de mayo de 2008, personal policial se encontraba “en forma circunstancial y de civil” en la calle Baigorria y Medrano cuando son alertados por la víctima, observan que se estaba convirtiendo un robo en el salón de ventas del cual salen dos personas las cuales al dárseles la voz de alto, lejos de acatar la orden, comienzan a disparar sus armas de fuego que culmina en un enfrentamiento con uno de los asaltantes heridos en el piso en tanto que el otro autor logra escapar, pudiéndose secuestrar dinero en efectivo y diversos efectos.

Al herido se lo procesa y se lo acusa por tal robo, habiendo testimonios en la instrucción que acreditan la comisión del hecho y posterior tiroteo en el que participo el acusado todo el grado de probabilidad propio de la instrucción.

El imputado llamado Martín David B. se encuentra procesado por los delitos de Robo Calificado, Resistencia a la Autoridad y Portación y Tenencia ilegítima de Arma de Guerra (supuestos de los artículos 166 Inc. 2, segundo párrafo, 42, 55, 239 y 189 bis, Inc. 2, párrafo cuarto y 45, todos del Código Penal, según requiere la Fiscalía N° 11) , a apenas días que el procesado alcanzará la mayoría de edad para la Ley Penal estando al momento de la presente cumpliendo prisión preventiva domiciliaria ya que a consecuencias de las circunstancias fácticas que motivan este proceso ha sufrido un impacto de bala en la columna vertebral que provocara severas heridas a consecuencia de los proyectiles metálicos de arma de fuego que daña el esternón y en la columna a nivel de la séptima vértebra, lo que ha derivado en imposibilidades motrices serias conocidas como paraplejía: parálisis total en los miembros inferiores, con parálisis desde la tetillas hacia abajo, lo que determina la aplicación de la vejiga neurogénica que requiere sonda vesical constante, colostomía, escarificación en la zona sacra y otros problemas como escaras por inmovilidad (fs. 141) acreditada suficientemente en todos los historiales clínicos del Hospital Escuela Eva Perón de Granadero Baigorria donde fuera atendido. Ademas se explicita que la lesión que origina la paraplejía es un shock medular a nivel de la séptima vértebra dorsal, generado a partir de la fractura conminuta de arco posterior de dicha vértebra con compresión de la medula espinal, lesión que

genera la pérdida funcional de ambos miembros inferiores así como su capacidad sexual, con postración definitiva, ya que a la fecha no existen tratamientos médicos ni quirúrgicos que permitan la recuperación medular perdida. Adicionalmente, este estado físico lo predispone a la instalación de úlceras de decúbito, escaras, con probables complicaciones infecciones, como la sonda vesical posibilita las infecciones urinarias.

Por la gravedad del cuadro que presenta el imputado, la defensa a cargo del Dr. Sergio Larrunia, solicito de autos la aplicación de las llamadas “Reglas de Disponibilidad”, consagradas en el Art. 2 de la ley 12.734, que se adapta al cuadro sub.-examine el Art. 19, Inc. 3 de la citada norma (hoy vigente por la ley 12.912) consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público.

Considerando:

1- Que el pedido de la defensa técnica en la persona del Dr. Larrubia debe prosperar, recordando que ya había sido objeto de similar planteo en la instrucción con magro resultado por cuanto la norma todavía no estaba vigente. Lo que ha hecho la defensa es ejercer la opción prevista en el Art. 4 de la ley 12.912 por las normas más favorables al imputado contenidas en esta ley aplicables a las causas anteriores a esta fecha y en tramite, en cuanto a la libertad, la extinción de la acción penal y amplitud de la defensa.

Si bien la doctrina en torno al Derecho Penal, parte general, sostiene que casos como el que nos ocupa debieron encontrar solución desde la dogmática penal por configurar una pena natural en el derecho de fondo resultando entonces la sanción penal prevista innecesaria o desproporcionada porque los fines de prevención de toda pena, sea especial o general se cumplieron; entonces no hay necesidad de pena porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor que el daño que padeció el acusado al cometerlo y/o la pena aparece como totalmente desproporcionada.

2- La pena natural también están ligados con el principio de humanidad porque en tanto contempla un mal grave que sufre el autor del delito, tal circunstancia si el estado aplica la pena legal estimada en su máximo de seis años y ocho meses frente a tal deterioro de salud que la comisión de ese hecho punible le trajo al autor, alteraría ese principio de humanidad.

3- La fiscal Dra. Graciela Argüelles al contestar vista corrida porque el profesional el cual solicitó el criterio de oportunidad ante el juzgado y directamente ante la fiscal, de acuerdo al art. 10 IV del CPPSF.

4- Fue convocada la víctima una audiencia oral y pública a tenor del principio de la oralidad, publicidad, simplificación y celeridad del Art. 1 III del CPPSF por cuanto “deberá ser oída pudiendo formular oposición” (Art. 10 IV CPPSF). La Sra. Susana dio muestra de civismo, de solidaridad, de humanidad al expresar que pese a sus sentimientos de víctima, refiriendo que no puede olvidarse el momento sufrido, no dudando que si hubiere hecho algún movimiento en contra de los designios de asaltantes sería ella la herida o muerta. Pero que dado las consecuencias que le produjo este delito al acusado, estima aún que el estado de salud del acusado excede en “justicia” lo que padece con relación al delito cometido, u que pese a no recuperar parte de lo robado, porque se lo llevó el cómplice, aun prófugo y sin identificar, es su deseo no efectuar reclamo alguno en este sentido máxime habiéndose enterado en el barrio que su madre trabaja y que parte del sustento lo destina precisamente a los cuidados de su hijo, dando “su consentimiento que para que extinga la acción penal” luego de explicados sus alcances.

5- De debe admitir el criterio de oportunidad de consuno con lo normado en el Art. 10 V archivándose la causa, en virtud que consecuencias del hecho sufridas antes descripta por la comisión del delito de robo calificado por el que se lo acusa son de tal gravedad que tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena y no median razones de seguridad o interés público.

Fallo:

- 1) Admitir el criterio de oportunidad impetrado por la Fiscalía N° 4 con base en el Art. 10 II, Inc. 3, del CPPSF (pena natural) en la presente causa y por tanto archivar la causa y declarar extinguida la acción penal instaurada contra M. D. B., por el delito de robo calificado por uso de arma de fuego.

Conclusiones:

En el fallo se plantea concretamente lo que vengo desarrollando a lo largo de este trabajo. La implementación de los criterios de oportunidad es un instituto muy valioso para los días que corren; donde demuestra que no hay peor pena que la de estar postrado y sin otras posibilidades y este reconocimiento por parte de l victima con lo cual tiene un doble valor.

Así Eugenio Raúl Zaffaroni enseña que, "... se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría

un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad...".

En definitiva, ya sea por iniciativa del Ministerio Público, en el marco de los principios de oportunidad, o por una decisión jurisdiccional que evalúe las características del hecho, la jurisprudencia del país va aceptando poco a poco la "Pena Natural" como forma de resolver ciertos conflictos penales de forma más justa y racional.

Bibliografía

General:

- Erbetta Daniel, Orso Tomás y Franceschetti “ Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado”, Editorial Rubinzal-Culzoni ,Pág. 85
- Maier Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino” tomo I, Editorial Hammurabi, pág. 336
- Nordenstahl Ulf Christian Eiras, “Mediación Penal de la Práctica a la Teoría”, Editorial Histórica Emilio J Perrot, pág. 32.
- Nordenstahl Ulf Christian Eiras, “¿Dónde está la Víctima?”, Editorial Histórica Emilio J Perrot, pág. 57.
- Zaffaroni Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Editorial Ediar, pág. 491

Especial.

- Barmat Norberto D., “La Mediación ante el delito”, Editorial Córdoba, pág 29
- Binder Alberto, “Política Criminal. De la formulación a la praxis”, Editorial Ad Hoc, pág.
- Cafferata Nores José, “El Principio de Oportunidad”, Editorial Del Puerto, pág. 16
- Cafferata Nores, José; “¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?”, La Ley, 1998-E-329.
- Declaración y Programa de Acción de Viena (Parte I, párrafo.27), En Serie de Capacitación Profesional N° 5, derechos Humanos y Aplicación de la ley, Manual de capacitación en derechos humanos para la policía del Alto Comisionado para los derechos humanos, Centro de derechos humanos, Ginebra 1997, Publicación de las Naciones Unidas
- Duce Mauricio y Riego R. Cristian, “Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal”, Editorial pág. 42
- Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, pág. 408
- Highton, Elena I., Álvarez, Gladis S. y Gregorio, Carlos G., “Resolución Alternativa de disputas y sistema penal”, Editorial Ad Hoc, pág. 19

- Highton, Elena I. y Álvarez, Gladis S., “Mediación para resolver Conflictos”, Editorial Ad Hoc, pág. 195
- Hirsch, Hans J. “*La reparación del daño en el derecho penal material*”. En De los delitos y de las víctimas. Ad Hoc. Buenos Aires. 1992.-
- Jaef, Victor J., “Ley 24.573, Mediación y conciliación civil y comercial. Análisis exegético, Editorial Juris, Rosario 1997, pág. 4.
- Neuman, Elías, “Mediación y Conciliación Penal”, Editorial Depalma, pág. 51
- Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, editorial Abeledo Perrot.
- Roxin, Claus. “*La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*”; traducción de Manzanares, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. C.G.P. Madrid. 1991.-
- Zaffaroni, Eugenio R., “En Busca de las Penas Perdidas”, Editorial Ediar, pág. 30.
- Zaffaroni, Eugenio R., “El Sistema Penal y el Discurso Jurídico”, Editorial, pág. 45
- Organización de Naciones Unidas (ONU), extraído de la página Web: www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/sadd1s.pdf.
- Caram, María Elena “Hacia La Mediación Penal” La Ley 2000 –B .Sec. Doctrina Pág.965
- Martiniano R. Terragni, “Justicia Penal de Menores”, 1era Edición, La Ley 2008, pág. 3
- Revista Chilena de Derecho, pág. 462, disponible en la página Web: www.dialnet.unirioja.es/servlet/revista?info=descripcion&clave_revista=10893
- San José, Investigaciones Jurídicas, pág. 213

ÍNDICE

1. Resumen.....	2
2. Estado de la cuestión.....	3
3. Marco Teórico.....	6
4. Introducción.....	8

CAPÍTULO I

LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACION PENAL EN SANTA FE

1. Introducción.....	11
2. Incorporación de la mediación penal en Santa Fe.....	11
2.1. Crisis de un modelo.....	12
2.2. Ventajas de su incorporación.....	14
3. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal Santafesino.....	15
3.1. Sistemas Procesales Penales.....	16
3.1.1. Clasificación.....	16
3.2. Abuso en la aplicación de la prisión preventiva.....	17
4. Justicia retributiva y Justicia restaurativa.....	18
5. Principio de Legalidad.....	20
5.1. Concepto.....	20
6. Principio de Oportunidad.....	21
6.1. Concepto.....	21
7. Diferenciación entre ambos.....	23
8. Reglas de Disponibilidad.....	24
9. Conclusión.....	26

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO Y ETAPAS DE LA MEDIACIÓN PENAL.

1. Introducción.....	28
2. Concepto de Mediación Penal.....	28
2.1. Fundamento.....	30
2.2. Procedimientos y etapas de la Mediación Penal.....	31
2.3. Rol del Mediador.....	32

2.4. Facultades del Mediador.	33
3. La figura del Ministerio Público Fiscal.....	33
3.1. Ubicación Institucional.	34
3.2. Independencia y discrecionalidad.	35
4. La víctima.....	35
4.1. Su participación en el proceso de mediación.	36
5. Ofendido.....	38
6. Creación de Centros de Asistencia a las víctimas.....	39
7. Conclusión.....	40

CAPÍTULO III

MEDIACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. Introducción.....	41
2. La Mediación y los Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios fundamentales para las Víctimas; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos	41
3. Código Procesal Penal de Santa Fe.	43
4. Recepción legislativa en la Nación... ..	45
5. Reforma Constitucional Argentina	47
5.1. Contradicciones del artículo 71 del Código Penal y la Constitución Nacional	49
6. Desacuerdo de la víctima, damnificado, u ofendido con la aplicación de los criterios de oportunidad.....	52
6.1. Alternativas	52
6.2. Límites de la obligación de reparar.....	53
7. Mediación dentro de los fines de la pena	53
8. Conclusión.....	57

CAPÍTULO IV

MEDIACIÓN PENAL JUVENIL Y SU REGULACIÓN

1. Introducción.....	58
2. Mediación Penal juvenil.....	58
2.1.- Nociones generales	58
3. Normas internacionales.....	59
4. Normas nacionales	61
4.1. ¿Cómo está previsto en la provincia de Santa Fe?	63
5. Conclusión.....	64

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Conclusiones	66
2. Propuestas.....	67
Anexo	69
Bibliografía.....	73
Índice	75