



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

**FACULTAD DE DERECHO**

TESIS DE MAESTRÍA

## **MEDIACIÓN PENAL**

“La mediación como vía de resolución de conflictos”

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**Tesista:**

Abogada Daniela Belén Montalto

**Director de Tesis:**

Dr. Aníbal Ezequiel Crivelli

MENDOZA | Octubre de 2018

**Pensamiento**

**“La verdadera justicia es producto del diálogo”**

**Zehr, Howard**

## **Agradecimientos**

*A mi esposo Adrián*

*A mis hijos Máximo y Luisana*

*A mis padres*

*A Dios y a todos los que me acompañaron en  
éste proceso.*

## INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo de investigación se intentará analizar algunos aspectos tendientes a demostrar la practicidad y necesidad de ampliar la aplicación de la mediación penal como solucionador potencial de conflictos, donde la víctima y el victimario podrán negociar la solución conflictual, disminuyendo la incumbencia estatal y con ella la violencia que genera el sistema y sus operadores.

Así la hipótesis planteada para la iniciación del presente proyecto de tesis fue plantear que el Derecho Penal deja muchos conflictos penales sin resolver y aquellos resueltos no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos, quizás sea por la falta de participación colaborativa de la víctima e imputado en su proceso de resolución, no pudiendo de esta manera cumplir con las expectativas y necesidades de justicia de las personas. Por ello éste es uno de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia en nuestro país, mirando hacia una justicia restaurativa que permita la aplicación de técnicas innovativas del tratamiento colaborativo de solución del conflicto penal, hasta incluso en áreas o temáticas impensadas en otro momento de la historia, pero hoy sumamente positivas en pos de mejorar las relaciones de la comunidad en general y lograr la paz social, tanto anhelada por la sociedad.

Muchos autores al referirse al Derecho Penal sólo parecen considerarlo sinónimo de una pena o de una ley penal, lo cual define las conductas delictivas de las personas, garantizando al Estado el derecho a castigarlas, mediante la determinación y aplicación de la pena, limitando a su vez al Estado frente a las garantías propias del imputado sin considerar su valor como forma de resolver conflictos penales y la participación activa de la víctima e imputado en el respectivo proceso.

Referirse al Derecho Penal como “*última ratio*”, impide encontrar en esta disciplina, soluciones al conflicto penal que sean más humanas e integrales, limitándose a

abordar esta amplia ciencia desde paradigmas represivos, retributivos, abolicionistas, funcionales, y simbólicos. Así mismo, se habla de tendencias expansivas del derecho penal, del derecho penal del enemigo, del derecho penal de autor y del acto, entre otros. ¿No se le estará confundiendo el derecho penal con la pena y su aplicación?. De ser así, ¿no podríamos buscar en el derecho penal, la participación de la víctima y del imputado en el proceso penal, en la solución de un conflicto que les es propio, reconociendo el imputado su responsabilidad en el daño causado a la víctima y su forma de reparación de acuerdo a las necesidades de ésta, sin perjuicio del rol que le corresponde a la sociedad como una tercera cara en esta disputa?

Mediante esta investigación se observará la posibilidad de la mediación penal como un proceso versátil con gran capacidad para ser usado indiferentemente, dentro, fuera y/o en paralelo al ordenamiento jurídico penal sin que ello signifique ir contra los principios penales que rigen a nuestro sistema.

Actualmente en la realidad en que nos toca vivir, el delito o el conflicto penal son cuestiones cotidianas, el conflicto es propio de la interrelación social de los seres humanos, por lo que difícilmente va a desaparecer, razón por la cual debemos encontrar la mejor manera de convivir con él, no dejando la sensación a los ciudadanos de impunidad del delito, ni de victimización y estigmatización innecesaria al imputado, que repare a la víctima y reintegre a la sociedad al ofensor, restaurando el quiebre social que se ha producido con el delito.

Se entiende que debe darse cada vez más importancia a la resolución de conflictos en forma alternativa, debido a la complejidad de las interacciones legales que existen sin resolver. Hoy en día hay infinidad de situaciones litigiosas que se encuentran en una zona límite difusa; sea por la pena a aplicarse por el delito del que se trate, o bien por hechos en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas anticipa el fracaso inexorable del proceso penal.

Muchas veces, la víctima acude al sistema y realiza una denuncia, una vez iniciada la investigación, su problema podrá ser procesado en forma inadecuada y terminará simplemente siendo expulsado, es decir, (archivado, reservado, desestimado, prescripto), sin que la persona afectada haya obtenido alguna respuesta satisfactoria emana-

da del órgano competente o incluso hasta desesperanzada para luego en otra oportunidad acudir al sistema nuevamente. Debiendo considerarse igualmente que un número mínimo de casos llega a juicio y que muchas veces ni siquiera son los más relevantes o los de mayor repercusión social, dado el método de selección al azar a que ha ido llevando el criterio de legalidad. Toda vez que la forma tradicional en que el sistema judicial administra los litigios, tiende más a formalizar las diligencias que a aportar una solución específica para el tipo de conflicto de que se trate.

Ante el avance de conflictos y de violencia que día a día nos sorprende cada vez más, entonces deberíamos pensar en una nueva justicia, en la cual su intervención no sea tan temprana que impida ejercer las garantías del debido proceso al imputado y aclarar los hechos a la víctima, ni tan tarde que estigmatice por el delito cometido. A la vez, que el delito no quede impune ni que tampoco se victimice innecesariamente a las partes.

Debemos como operadores jurídicos llevar al sistema penal instrumentos de tipo restaurativos que promulguen la resolución dialogada de lo que haya generado el delito y los conflictos originados a partir de allí.

Se utilizó como método de investigación descriptivo, con análisis bibliográfico, documental, estadísticos

La presente investigación está basada en fuentes formales tales como el análisis bibliográfico, reflexiones y doctrina de los principales tratadistas del Derecho Penal nacionales y extranjeros, la normativa jurídica nacional sistematizada en la materia, tales como el código penal, procesal penal y orgánico. Estudios y evaluación teórica, sobre formas de resolución de los conflictos penales en Argentina y sobre experiencias de justicia restaurativa y mediación penal aplicadas a nivel nacional e internacional y sus consecuencias en víctimas y ofensores.

Adicionalmente, se incorporó a la investigación, la utilización de algunas fuentes informales, mediante entrevistas a quienes sobre esta materia han tenido experiencia en muestra provincia, recogeré estadísticas sobre su aplicación y resultados.

Así se intentará dar respuesta a la formulación de algunos interrogantes que llevaron al presente trabajo de investigación, ¿Es la mediación penal una herramienta realmente utilizada como alternativa a la solución de conflictos en nuestro país?, ¿en qué espacio institucional se inserta?, ¿cuál es su ámbito de aplicación?, ¿debe ser su aplicación sustitutiva o complementaria?, ¿quiénes son sus protagonistas, actores y usuarios?, ¿cuáles son sus principales falencias?

¿Podríamos ampliar el uso de la mediación penal a otros institutos no previstos hoy en nuestro ordenamiento? ¿En cuales casos sería de gran utilidad dicho instituto penal en la actualidad de nuestro país?

Siempre me detuve a pensar sobre si en verdad un ciudadano/a víctima de un delito, sentía luego de recurrir al servicio de justicia y transitar dicho camino, que su elección había sido la correcta, la acertada, pero desde que inicié mi trayecto judicial, pasando desde la atención de mesa de entradas en recursos humanos del Poder Judicial hasta pasar a resolver causas penales, con hechos ciertos, unos más o menos importantes que otros, fue una constante observar causas que prescribían, se archivaban o simplemente no les daba el lugar que debían tener, olvidándose de quien resultó víctima, quien había recurrido de alguna manera en busca de una posible solución o una respuesta. Por ello siempre vi a la Mediación Penal como un buen instrumento para ser utilizado, sin alterar derechos constitucionales, por el contrario tomando a las personas partes del conflicto como tales como “personas” a fin de poder ser escuchadas, un cambio de paradigma eso es necesario en ocasiones para lograr mejores resultados, y brindar un mejor servicio de justicia que cause impacto real en la sociedad, conllevando a instaurar principios básicos pero perdidos tales como el respecto, el escuchar, el aprehender y el reconocer errores, para concluir en un verdadero pedido de disculpas que acerque a las partes integrante se cualquier conflicto, dejando la violencia y la agresión de lado, para pasar al diálogo y a la escucha verdadera, lo cual fue motivo para elegir el tema de investigación.

Así realizada la introducción anterior, haremos referencia a la estructura a la que responde el presente trabajo.

El mismo cuenta con cinco capítulos, los cuales componen un trabajo armónico en relación a la búsqueda de respuestas a los interrogantes planteados.

Se inicia el presente, con el Capítulo Primero, en el cual luego de una pequeña introducción se analizan dos principios básicos y estructurales de nuestra legislación, el principio de legalidad y de oportunidad, analizados constitucionalmente y desde el derecho penal. Se analiza ante ello la última modificación realizada por los legisladores nacionales al Código Penal Argentino, fundamentalmente en su art. 59, y su repercusión en la legislación procesal provincial, que también fue modificada armonizando algunos de sus artículos con el Código Penal Argentino.

En el presente capítulo se analizan los fines de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, como también se plantea del sistema penal y solución de conflicto, para luego terminar el mismo con jurisprudencia que ilustra lo tratado.

Pasando al Capítulo Segundo, se introduce en lo que significa hablar de Justicia Restaurativa, abordando en tal sentido varios conceptos que clarifiquen su denominación, para luego hacer una comparativa entre nuestra justicia distributiva y la justicia restaurativa planteada como opción hacia una solución más integradora de los conflictos, como un modelo que en lugar de juzgar si se deben asignar culpas, soluciones los conflictos desde el punto de vista de la reestructuración de las relaciones entre las partes, todo ello como consecuencia de un proceso de pacificación social.

Luego se desarrollan los conceptos en primer lugar de mediación en general, para así ingresar al ámbito específico de la mediación penal, sus fines, características, modalidades, modelos, caracteres del mediador y su función dentro del conflicto, siendo un personaje imprescindible y al mismo tiempo invisible en la mediación, debiendo guiar su actividad por principios éticos que garanticen una buena práctica en la mediación, para lograr un acuerdo justo y adecuado.

Para clarificar se analiza brevemente y conceptualmente lo que se entiende por negociación, mediación y arbitraje. Terminando el capítulo con la relación que existe o podemos encontrar entre el instituto desarrollado y los derechos humanos.



Luego de ello se comienza con el desarrollo del Capítulo Tercero, en el cual intentamos responder la pregunta de si la mediación previene realmente el delito, para luego adentrarnos directamente en la legislación argentina sobre el tema, y desarrollando brevemente las provincias que cuentan con legislación referida a la materia, concluyendo el capítulo, con un tema de relevancia actual acerca de la Violencia de Género, en donde analizamos la posibilidad o no de la aplicación del instituto de la mediación penal en aquellos casos que estén relacionados con hechos ocurridos en contextos de género.

Pasando al Cuarto Capítulo, se presenta lo que se denomina Mediación Policial, es aquella efectuada por personal policial, desarrollando sus caracteres, principales características y funciones, tipos, perfil del mediador, entre otros conceptos.

Por último pero no menos importante, encontramos el Quinto Capítulo en el que se aborda una temática significativa bastante relacionada según lo creo con los derechos humanos, que es lo que se conoce como Mediación Penitenciaria, iniciando por conceptualizar el instituto ya que no es muy conocido y tristemente poco utilizado, por ello se intenta a través de su análisis entender la importancia y necesidad de comenzar a desarrollarlo más acabadamente en los entornos carcelarios de nuestra provincia, vislumbrando sus ventajas y necesidad de puesta en marcha en forma seria del instituto, analizando también su uso en el extranjero, y aplicación y normativa al respecto en nuestro país.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>Introducción</b> .....	4
<b>1-Primer Capítulo: El sistema penal y sus principios</b>	
1.1. Introducción.....	13
1.2. El principio de legalidad.....	14
1.3. El principio de oportunidad.....	16
1.4. Breve reseña de los criterios de Oportunidad receptados en nuestra legislación provincial.....	23
1.4.1. Jurisprudencia.....	25
1.4.2. Efectos de los Criterios de Oportunidad.....	27
1.5. La función de la pena.....	29
1.6. Sistema Penal y Solución de Conflicto.....	31
<b>2-Segundo Capítulo: Justicia Restaurativa</b>	
2.1. Concepto.....	37
2.2 Concepto de Mediación en General.....	43
2.3. Concepto de Mediación Penal.....	45

2.4 ¿En qué consiste la mediación?.....	46
2.5 Mediación Penal en Derecho Comparado.....	49
2.6 Modelos de Mediación.....	51
2.7 Objetivos y Fines de la mediación.....	53
2.8. Características del mediador.....	56
2.9. Diferencia entre Negociación, Mediación y Arbitraje.....	59
2.10. Relación con Derechos Humanos.....	60

### **3. Tercer Capítulo. Ámbito de Aplicación**

3.1. ¿La mediación previene el delito?.....	62
3.2. Ámbito de aplicación.....	65
3.3. Normativa en Argentina.....	65
3.4. Mediación en casos de Violencia de Género de la provincia de Mendoza.....	75
3.5. Jurisprudencia.....	78

### **4. Cuarto Capítulo: Mediación Policial**

4.1. Mediación efectuada por mediadores policiales.....	79
4.2. Características. Objetivos. Perfil del policía encargado de la mediación.....	80
4.3. Conflictos mediables.....	82

4.4. Mediación Policial en Derecho Comparado.....89

4.5 Mediación Policial en Mendoza.....90

**5. Quinto Capítulo: Mediación Penitenciaria**

5.1. Mediación en Sistema Penitenciario. Concepto. Introducción.....92

5.2. Características.....96

5.3. Justicia restaurativa en ámbito carcelario. Mediación Penitenciaria,  
experiencia nacional y extranjera .....99

5.3.2. Utilización del instituto de mediación penitenciaria en otros países.....100

5.3.3. Experiencia Argentina.....100

**Conclusiones.....108**

**Bibliografía.....115**

## **1. Primer Capítulo: El sistema penal y sus principios**

### **1.1.Introducción.**

En este capítulo se abordará no al Derecho Penal como materia propia de derecho, sino al sistema penal en su conjunto

Nos referimos al sistema jurídico penal como aquel que en pos de lograr sus objetivos, programa de manera racional la tipificación de los delitos, la persecución, la punición y la ejecución de las sanciones penales para aquellos individuos que han realizado el hecho tipificado por la norma penal.

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

Cuando se habla de delitos nos referimos lisa y llanamente a todas esas acciones que están tipificadas en el Código Penal y en las leyes especiales que integran el plexo normativo de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal Argentino.

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

## 1.2. El principio de legalidad

El principio de legalidad penal se caracteriza bajo el lema *nullum crimen nulla poena sine lege penale* funcionando como una verdadera garantía del pretense culpable del delito y la potestad estatal de aplicar un castigo.

Este principio de legalidad enunciado, se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Nacional, en su art. 18 donde dice “Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La legalidad penal impone necesariamente que para condenar penalmente por un delito cometido debe, debe en forma previa haberse tipificado la conducta como delictiva.

En palabras de Manzini, la pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren las condiciones de la Ley, en cumplimiento de un deber funcional, absoluto e inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad<sup>1</sup>. Es decir, que si se reúnen determinados presupuestos legales que determinan la apertura del correspondiente procedimiento penal, los órganos públicos correspondientes no pueden, ni siquiera amparados por razones de eficacia social, política o económica, dejar de actuar, cumpliendo así su función procesal.

Se debe tener presente que la ley nunca es aplicable de manera retroactiva, salvo cuando la misma sea a favor del imputado, así, si un delito deja de tipificarse como tal, todos los condenados anteriores serán beneficiados por la medida legislativa.

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

---

<sup>1</sup>Manzini, V., Tratado de Derecho procesal penal, cit., vol. I, ps. 14 y ss., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962 p.10.

Siguiendo a Caferratta Nores, se ha conceptualizado a la legalidad (procesal) como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predisuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo<sup>2</sup> del delito que se hubiera logrado comprobar.

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

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

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

Como la iniciación de oficio solamente se concibe mediante la actuación de órganos estatales, siendo sólo ellos quienes pueden actuar de oficio, se refiere a todas las acciones, y se utiliza el imperativo deberán, queda claro que esa norma impone el principio de legalidad, lo cual cuando es llevado al campo de la realidad nos encontramos frente a que lo que la norma nos manda, no tiene verdadera efectividad

Así mismo, el art. 274 del mismo Código Penal, reprime la conducta de los Funcionarios públicos que dejaren de promover la persecución de los delincuentes.

El principio de legalidad se presenta con dos características: inevitabilidad e irtractabilidad. La primera, se hace presente cuando frente a la hipotética comisión de un delito necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal enderezado a

---

<sup>2</sup> AAVV., Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Ciencia Derecho y Sociedad, Córdoba 2003, p. 78.

la investigación juzgamiento y castigo; la irrevocabilidad aparece luego de que haya puesto en marcha la persecución penal que no podrá interrumpirse, suspenderse ni hacerse cesar.

En cuanto a la legalidad entonces, en nuestro ordenamiento jurídico es claro que, para que haya delito debe haber previamente una ley que defina a esa conducta como tal y una vez cometido el hecho, el Estado debe necesariamente poner en marcha el aparato burocrático a fin de verificar la existencia del delito y al culpable de su comisión para, finalmente, aplicarle la pena prevista en la ley de fondo.

Como establece Cafferata Nores, “la realidad muestra con contundencia la crisis de vigencia práctica del principio de legalidad, la existencia de un inevitable, arbitrario y extendido fenómeno de selección de casos, cabe preguntarse ya no solo de la teoría, sino también desde lo operativo, si no es aconsejable buscar el modo para evitar la aludida selección se siga haciendo sin criterio, sin responsables, sin control, sin razonabilidad y, sobre todo, sin recepción de los criterios teóricos que la postulan como conveniente. La respuesta a tal interrogante proviene de lo que se denomina discrecionalidad u oportunidad”<sup>3</sup>.

### **1.3. Principio de Oportunidad**

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

Lo contrario al principio de legalidad procesal referido en el punto anterior, es el denominado principio de disponibilidad, más conocido como principio de oportunidad.

La doctrina no es unánime en dar un concepto acerca del mismo, pero se lo puede definir como aquella facultad que tiene el órgano encargado de la persecución penal,

---

<sup>3</sup>Cafferata Nores, José “Cuestiones actuales sobre el proceso penal” 3ª edición actualizada. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998 p.32.



ante la noticia de la comisión de un determinado hecho punible, no iniciar su investigación o bien si la misma está en curso suspenderla.

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

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

El fundamento de aquellos que se refieren a favor de este principio, es que su vigencia aportaría transparencia a la selectividad con la que el poder punitivo opera, estableciendo al efecto criterios claros y favoreciendo tanto al control jurídico como a la política criminal. Lo cual trasladado a la práctica quiere decir la buena administración de los recursos con los que cuentan los órganos encargados de la persecución penal.

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

- La descriminalización de los hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte necesaria su aplicación.
- La eficiencia en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método social, en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutible-

mente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.

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

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

La oportunidad como excepción es el sistema adoptado por Alemania, donde los poderes discrecionales del Ministerio Público encuentran su ámbito de aplicación en la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente o desistiendo de su ejercicio cuando le es permitido, si hubiese sido promovida. Las condiciones para llevar a la práctica el principio de oportunidad se encuentran taxativamente enumeradas en la ley, y por regla general, su ejercicio se encuentra sujeto a aprobación por el Juez o tribunal

El problema del principio de oportunidad se plantea en quién puede legislar, según nuestro sistema constitucional argentino, los criterios de oportunidad. ¿Las provincias o el Congreso Nacional? Es decir en lo relacionado con la acción penal si es una cuestión de derecho de fondo o es netamente un aspecto procesal.

Así sobre la naturaleza de la acción se ha afirmado: “Cierta sector doctrinario da competencia a la Nación para legislarlos con el argumento de la naturaleza sustanciales de la acción, otro sector, si bien opina sobre el carácter procesal de la acción, por el principio de igualdad ante la ley le otorgan competencia sobre el tema a la Nación”.<sup>4</sup>

Otros en cambio se inclinan hacia un aspecto procesal de la acción penal, “como el medio instituido por ley para comprobar la efectiva existencia de un hecho criminoso, precisar las consecuencias de su comisión, individualizar a su autor o autores y someter

---

<sup>4</sup>Romero Villanueva-Grisetti, Ricardo A. “Código Procesal de la Provincia de Córdoba comentado” t.1 editorial Mediterránea, Córdoba, 2003 p. 317.

a estos a todas las consecuencias jurídicas de la infracción cometida”<sup>5</sup>, otorgando claramente la facultad de regulación a cada una de las provincias por medio de los códigos procesales.

No existe un precepto constitucional que explícitamente prohíba a las provincias argentinas legislar sobre criterios de oportunidad. Lo que sí se encuentra son interpretaciones doctrinarias de la norma magna. Nuestra constitución, en su génesis, las provincias delegaron algunas funciones a la Nación, entre ellas se encuentra el dictado del Código Penal. Dice el art. 75, “Corresponde al Congreso:...inc. 12.- Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales.

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

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

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

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

---

<sup>5</sup>Molinaro Alfredo Interrupción de la prescripción de la acción penal” en “Revista de psiquiatría y criminología” t.V, 1940.

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

A favor de la primera postura encontramos el denominado "Argumento Histórico", esto significa que la materia, históricamente, siempre fue tratada en el Código Penal y que los constituyentes de 1853 habían entendido que esto formaba parte del Cód. Penal, y por lo tanto materia del Congreso Nacional. Pero, qué entendieron lo constituyentes de 1853 por Cód. Penal, no puede saberse con precisión por lo cual parece ser insuficiente de sostener, dicha postura.

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

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

Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que el Estado provincial sea el que deba establecer las condiciones de ese poder requirente. Se ha criticado esta postura porque generaría desigualdades dentro del proceso, ya que produciría distintas respuestas del sistema punitivo en distintas provincias.

Alberto Binder sobre esto señala que el problema de las desigualdades de la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal. La existencia de regímenes excarcelatorios distintos entre provincias genera, también, desigualdades o la existencia de procesos inquisitivos en una provincia y otros de contenido acusatorio también genera las mismas desigualdades. Para ello la Corte Suprema es el órgano en-

cargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, a través del recurso extraordinario.

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

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

En relación “a los fines perseguidos con la instauración del principio y los criterios de oportunidad, los autores del Proyecto que luego se convirtió en la Ley 6730 (doctores Ernesto Nieto, Leopoldo Orquín y Juan Carlos Aguinaga), en los “Fundamentos” del mismo señalan con toda claridad en el capítulo explicativo del principio de oportunidad que la finalidad de su inserción en la ley es que se afirman “...sabedores que existen innumerables causas de insignificancia delictiva, sea de menor significación del bien jurídico protegido, que desbordan los tribunales en perjuicio de las reales preocupaciones que deben tener aquellas causas que conmocionan a la sociedad”.<sup>6</sup>

Se admiten “diversas hipótesis en cuanto a la forma de utilización del principio de oportunidad ya que otorga al órgano acusador la posibilidad de solicitar la suspensión de la total o parcialmente de la acción o limitarla”<sup>7</sup>, ya sea a alguna o a todas las transgresiones de la norma o limitarla en lo que tiene que ver con las personas que pudieron participar de la comisión del hecho.

A pesar de esta disparidad de opiniones en la provincia de Mendoza, si contamos con legislación procesal que reglamenta lo modificado por la Ley 27147/15.

---

<sup>6</sup>Coussirat, Jorge Alfredo, Código Procesal Penal comentado de la provincia de Mendoza, Jorge Alberto Coussirat y Fernando Peñaloza; dirigido por Jorge Alfredo Coussirat, 1° ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 126.

<sup>7</sup>Ibidem Coussirat, p. 128

Se entendió necesario incorporarlos al código procesal de Mendoza por cuanto desde una valoración muy adecuada en la exclusiva disponibilidad de la acción como facultad provincial ejercida por el fiscal, se ha pensado que dichas normas del código penal no serían aplicables, criterio discutido que ahora queda zanjado definitivamente con la incorporación a la letra del código procesal. Se termina una inseguridad jurídica acá.<sup>8</sup>

La ley provincial 8896, incorporó el sexto párrafo del artículo 353, que establece que el sobreseimiento procederá cuando se hubiese producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido, modificación que tiene como antecedente el art. 59 inciso 6° del C.P.

Para que proceda lo referido es necesario que se haya producido la conciliación entre las partes, dentro de los casos legalmente permitidos. La misma puede ser procesal e instalarse en el curso de un proceso en trámite, o prejudicial o preprocesal que es la extrajudicial, la que tiene a una solución antes de que se llegue a juicio<sup>9</sup>

Hoy al no existir normas legales que exijan su aplicación obligatoria, depende de la voluntad de las partes para que se intente<sup>10</sup>.

Por lo expuesto es que para que el sobreseimiento por conciliación proceda, se requiere que el imputado, o denunciado, y el ofendido /víctima/ denunciante, hayan arribado a una conciliación en los términos y forma requeridos, no debiendo existir dudas de dicha conciliación o reparación integral del conflicto que haya dado origen al enfrentamiento.

Oportunidad reglada, significa que sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, se admiten excepción es por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal. La ley N° 27147 que fue promulgada en junio del año 2015, estableció éste principio en el Código Penal, incorporando el artícu-

---

<sup>8</sup>Peñasco Pablo G., Código Procesal Penal de Mendoza, Anotado-Comentado, Ley 6730-Ley 1908 ,Tomo II, 1° ed., FUSMA Ediciones 2017, p.1102.

<sup>9</sup>Ibidem, Peñasco, p. 1110.

<sup>10</sup>Gozaíni Osvaldo Alfredo: Formas alternativas para la Resolución de Conflictos, Depalma, 1995.

lo 59: “La acción penal se extinguirá...5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...”.

#### **1.4. Breve reseña de los criterios de Oportunidad receptados en nuestra legislación provincial.**

Analizamos nuestra realidad provincial y vemos que el legislador mendocino ha entendido que se encuentra dentro de la esfera de sus competencias el regular el ejercicio de las acciones.<sup>11</sup>

Así nuestra provincia con la sanción de la ley provincial N° 8896 sancionada en el año 2016 que modificó el Código Procesal Penal de Mendoza, modificando entre otros art. el 26, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 26 CPP Mza.- Principio de Oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea precedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

1-Se tratare de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o partícipe o exigua contribución de este salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

---

<sup>11</sup>Ver Aguinaga, Juan Carlos, Reforma Procesal Penal. Lo que está vigente. Artes Gráficas Unión, 1999, p. 7 y siguientes quien afirma que es el Congreso Nacional el que se ha excedido al legislar sobre el ejercicio de las acciones. La postura contraria es sostenida, entre otros por Cafferata Nores- Tarditi, como se verá al tratar el artículo 26. Además, el mismo Cafferata en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Del Puerto, año 2005, ps.21 y siguientes analiza in extenso el principio de oportunidad y sostiene que compete a la ley penal de fondo la regulación. Dice al respecto “...el Código Penal sí hace una opción y establece el principio de legalidad como regla general...”, aceptando implícitamente las facultades del Congreso, más allá de que se declara a favor de la implementación de criterios de oportunidad.

2- Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de los delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;

3-En los casos de suspensión de juicio a prueba;-

4-En el juicio abreviado;

5-En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo proceso de la investigación;

b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:

1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación pena del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;

2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;

3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisoriamente el dictado de su prisión preventiva.



La solicitud de todo lo aquí expuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.<sup>12</sup>

Se debe conocer que los principios de oportunidad que la norma contiene, y están numerados de manera taxativa. “Se trata de un numerus clausus porque las enumeradas son las únicas situaciones en las que es posible la aplicación del criterio de oportunidad”.<sup>13</sup>

### **1.4.1. Jurisprudencia**

#### **Constitucionalidad del principio de oportunidad**

El Código Penal, regula lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modelo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas. En consecuencia, es sólo aparente la contraposición o contradicción entre las normas contenidas en el Código Penal (artículos 71, 274 y concordantes) y las normas adjetivas, (artículos 8, 26 y concordantes del Código Procesal Penal, ley 6730 y sus modificatorias), pues mientras el artículo 71 del Código Penal dispone que la acción penal pública sea ejercida por el Ministerio Público y que su ejercicio no podría suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar; es la norma adjetiva la que sistematiza los modos de aplicación o realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general- de la oficialidad o legalidad en el ejercicio de las acciones-, queda excepcionado por las previsiones contenidas en el artículo 26 del Código Procesal Penal (ley 6730) referidas al principio de oportunidad o insignificancia. En definitiva, dicho en otros términos, principio de legalidad (oficiali-

---

<sup>12</sup> B.O. 26/09/2016.

<sup>13</sup> Ob. Cit Coussirat, p.129.

dad) como regla y principio de oportunidad como excepción (Voto del Dr. Salvini que hace mayoría).

El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a través del Art. 26 del Código Procesal, la modalidad de la persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio (art. 8) o bien que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente (art. 26 1º párrafo). En la medida en que no se nieguen ni modifiquen derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal. Y resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal: se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho art. 26 CPP-denominado principio de oportunidad reglada. Esta posibilidad no se contrapone al principio de oficialidad, pues cuando se solicite la aplicación de principio de oportunidad ya la acción habrá sido iniciada de oficio. (Voto del Dr. Salvini que hace mayoría)

La C.N. en el art. 18 prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, pero no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, o de la persecución penal. Ello pone en evidencia la posibilidad de vigencia del principio de oportunidad, previsto en el art. 26 del Código Procesal Penal<sup>14</sup>

#### **1.4.2. Efectos del Criterio de Oportunidad**

---

<sup>14</sup>Voto del Dr. Salvini que hace mayor otros p/daño agravado s/ inconstitucionalidad Fecha: 19/09/2005-Sentencia. Tribunal: Suprema Corte de Mza.- Sala N° 2. Magistrado/s: Salvini- Llorente- Bôhm. Ubicación: LS356-171. Extraído de Peñasco Pablo Guido, Código Procesal Penal de Mendoza, anotado y comentado, 1º ed. FUSMA ediciones 2017, pág. 124-125

La ley 6730, que fue modificada en el año 2016 por la ley 8896, entre otras normas modificadas, también modificó el art. 353 de la ley, por el cual sustituyó el artículo anterior agregando otras causales de procedencia del sobreseimiento.

“El cese de la persecución habrá de persistir hasta que se produzca la prescripción de la acción penal. Entretanto la causa deberá quedar “reservada en Secretaría” al igual que los elementos probatorios que se hayan secuestrado y que no sea posible entregar o devolver”<sup>15</sup>

Así nuestro código de procedimiento dispuso que “no admite la extinción de la acción penal inmediatamente de conferido un criterio de oportunidad sino que establece la suspensión de la persecución penal, tal es así que para el caso que el imputado reiterare un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que ordenó suspender la pretensión penal dejar sin efecto la suspensión dispuesta. Si durante un año el imputado no incurre en reiteración de un delito, se dictará su sobreseimiento”.<sup>16</sup>

Art.353 "Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absoluta.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.
- 5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

---

<sup>15</sup>Coussirat, J. et. Al. Código Procesal Penal de Mendoza, Comentado, Ed. La Ley 2013, t.1 citado en ibídem Peñasco, p. 132.

<sup>16</sup>Op. Cit. Peñasco, p. 134.

- 6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviere legalmente permitido.
- 7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.
- 8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.
- 9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.
- 10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.”<sup>17</sup>

En relación a lo incorporado en el inciso sexto, siguiendo a Pablo Peñasco, el mismo agrega en la nota al artículo referido que “la conciliación pre judicial o pre procesal es la extrajudicial, es decir tiende a la solución del conflicto antes que el mismo llegue a juicio. Hoy, como no existen normas legales que exijan su aplicación obligatoria, depende de la voluntad de las partes que se intente”.<sup>18</sup>

## 1.5. La función de la Pena

Cuando el sistema judicial se enfrenta con la posibilidad de imponer una sanción penal a quien ha transgredido una norma, lesionando un bien jurídico determinado, también se encuentra con la dificultad que representa su justificación, es decir, el pro-

---

<sup>17</sup> B.O. 26/08/2016

<sup>18</sup>Gozaíni, Osvaldo A., Formas alternativas para la Resolución de Conflictos, ed. Depalma 1995, citado en Op Cit. Peñasco p. 1110.

blema que consiste en determinar la motivación por la cual el Estado queda autorizado por decirlo de alguna forma sencilla, de castigar.

En ciertas oportunidades, una vez luego de haberse tomado la decisión que imponen una pena, también es necesario saber la finalidad que se persigue con tal resolutorio ya que debe atender a los distintos elementos que se encuentran involucrados, ya sea en cabeza del condenado como su dignidad la que se verá afectada por la imposición de una pena, sus necesidades intrínsecas que tienen que ver con deficiencias que ellos conllevará en lo que se refiere a educación, salud, entre otras.

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

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

Las teorías retribucionistas o teorías absolutas, encuentran un nexo necesario y natural entre la transgresión y la pena consecuente. Sólo es legítima la pena justa, aunque la misma no sea útil, asimismo la pena útil pero injusta tendrán el inconveniente que carecerá de legitimidad.<sup>19</sup>

Entre los máximos exponentes de estas teorías filosófico-jurídicas encontramos a Kant y Hegel.

Se dice que éstas teorías carecen de fundamento empírico y por ello son irracionales, y que en realidad el mal de la pena se suma al mal del delito.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup>Bacigalupo, Enrique., Derecho Penal Parte General, 2º edición, 3º reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 32.

<sup>20</sup>Ibidem Bacigalupo p .32.

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

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

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

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

Las teorías preventivas o relativas, procuran legitimar la penal mediante la obtención de un determinado fin<sup>21</sup>, fundamentan la aplicación de las penas a evitar que se produzcan en el futuro nuevas infracciones al ordenamiento jurídico penal.

Presentan dos variantes, una llamada Prevención especial, “Sostenida por Roede. Llega a nuestra legislación vigente tomada por el CP de 1921”<sup>22</sup> y los positivistas dirigida al sujeto particular imponiéndolo a evitar transgresiones futuras; otra llamada “Prevención general” cuyo máximo representante es Feuerbach, quien sostuvo dirigida a la sociedad en su conjunto advirtiéndoles las consecuencias del delito y, además, demostrar la vigencia de la ley que se evidencia con el cumplimiento de la pena.

---

<sup>21</sup>Op. cit. Bacigalupo p. 33.

<sup>22</sup>Zaffaroni Eugenio R., Manual de Derecho Penal Parte General, Novena Reimpresión, EDIAR 1999, p.74.

Otro grupo de teorías, está compuesto por las Teorías de la Unión, “tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora”<sup>23</sup>, por lo que la pena será legítima, mientras sea útil y justa a la vez.

Aparece también la Teoría de la prevención general positiva, “se postula en la actualidad que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social”.<sup>24</sup> La prevención especial positiva que busca la corrección y resocialización a través de una adecuada ejecución de la pena La prevención especial positiva que busca la corrección y resocialización a través de una adecuada ejecución de la pena.

## 1.6. Sistema Penal y Solución de Conflicto

La práctica ha demostrado que no resulta efectivo asumir un enfrentamiento eficaz contra la delincuencia mediante la utilización exclusiva de los medios convencionales de justicia tradicional, cuando existen a la mano respuestas legales, institucionales y sociales, que de adoptarse en un primer momento podrían operar como medios de contención del delito, para posteriormente, a mediano plazo, funcionar como instrumentos eficaces de reversión del fenómeno criminal.

Dentro de las corrientes más progresistas del denominado Derecho Penal Mínimo<sup>25</sup>, cobran protagonismo tres vertientes interesantes, la primera, sostenida por aque-

---

<sup>23</sup>Op. Cit. Bacigalupo, p.37.

<sup>24</sup>Ibidem, p. 39.

<sup>25</sup>Ferrajoli concluyó que “el Derecho Penal mínimo quiere decir dos cosas. Ante todo, significa la defensa intransigente de las garantías penales y procesales como límites a la potestad punitiva, las que constituyen técnicas de minimización de la arbitrariedad judicial, y simultáneamente, fundamento de legitimación de la jurisdicción: una legitimación que debe ser tanto más fuerte e indiscutida cuanto más relevante son

llos que contestan la misma institución de la justicia penal en la sociedad y le reprochan mantener el orden social establecido, bajo el fundamento de que la injusticia derivada de su propio sistema social y económico, es la fuente misma o la causa principal que genera el fenómeno delincencial,<sup>26</sup> la segunda, definida por exponentes menos radicales constatan la ineficacia de las medidas represivas en vigor que no logran detener ni suprimir la criminalidad y la delincuencia, colocan en cuarentena el sistema de penalización de infracciones y aspiran a un Derecho Penal renovado, que disponga de medios adaptados a las diferentes categorías de delincuentes para facilitar su enmienda y posible reinserción en la sociedad, y la última, afianzada por aquellos identificados con la noción de conciencia social como fundamento consustancial al Derecho e impresionados por las reivindicaciones individualistas de un cierto número de ciudadanos, justifican el mantenimiento de disposiciones penales mientras estas no sean sentidas como defectuosas por la conciencia social.

Esta concepción minimalista, encuentra entre sus principales exponentes a Ferrajoli, Jeschneck y Muñoz Conde, ha dejado caracterizado todo un período encaminado a limitar o restringir el ámbito de aplicación del Derecho Penal, impidiendo o reduciendo los efectos de su control e irrupción en la vida de las personas, limitando el poder punitivo y posibilitando un incremento no solo de medidas sustitutivas a la privativa de libertad, sino también a los programas sociales y estrategias de prevención del delito y resocialización del delincuente; así como los nuevos modelos de orden social para la resolución de conflictos, con especial relevancia a las iniciativas desarrolladas mediante la mediación, dentro de cuales se inserta la justicia centrada en la reparación compensatoria o justicia restaurativa, nacida precisamente, según expone Elena Larrauri<sup>27</sup>, “como

---

las funciones asumidas por el control penal y cuanto más el poder de los jueces esté destinado a entrar en conflicto con los otros poderes del estado, aunque estos se encuentren legitimados por su carácter democrático representativo. En segundo lugar, Derecho penal mínimo significa la reducción al mínimo de las circunstancias penales y su codificación general mediante la despenalización de todas aquellas conductas que no ofenden bienes fundamentales y que saturan el trabajo judicial con un dispendio inútil e inocuo de aquel recurso escaso y costoso que es la pena y tienen el triple de efecto del debilitamiento general de las garantías, de la ineficacia de la maquinaria judicial y de la devaluación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal.”

<sup>26</sup>En esta línea, para las tendencias interaccionista, si es la ley la que crea la delincuencia, entonces una manera lógica de disminuirla es reducir el campo de la Ley.

<sup>27</sup>Larrauri, Elena “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. Estudios de Derecho, 138. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, junio de 2004, pgs..57-85



reacción a la deslegitimación del sistema penal, su excesiva burocratización y con la pretensión de establecer un diálogo entre víctima y victimario”, cuestión que ha permitido superar muchas de las deficiencias presentes en los esquemas punitivos tradicionales.

La idea es pensar en un Derecho Penal que acentúe su interés por regresar al momento anterior del delito, con la colaboración del infractor, para garantizar que cumpla con su función de solucionar conflictos sociales de manera más acorde a su propia finalidad.

El fracaso del derecho penal en dar una respuesta adecuada a los casos que se le plantean se debe en gran medida a la rigidez de la respuesta que está habilitado para dar<sup>28</sup>.

El Derecho Penal está para regular las normas básicas que rigen la convivencia social, pero sin embargo muchos hechos que se califican como delitos no responden a dicha premisa, y entonces el conflicto que se genera a partir de ello podría solucionarse por otras ramas del ordenamiento jurídico. En el tradicional modelo de administración de justicia, encontramos la figura del Juez, “detrás del expediente”, donde se le incorporan pruebas, en las que intervienen funcionarios, quienes elaboran resoluciones, y después de cumplir con pasos procesales, que señala justamente el ordenamiento jurídico procesal, es el Sr./a Juez quien dicta sentencia, conforme a su interpretación de la ley en dicho caso concreto, que no necesariamente se sustenta en el acuerdo de las partes.

Es indiscutible que la realidad en la que desenvuelve el sistema de administración de justicia no responde a las expectativas de la sociedad, poniendo en evidencia la crisis de la maquinaria judicial.

Frente a un sistema de justicia lento, burocrático, colapsado, surge la necesidad de incorporar nuevos mecanismos que constituyan una solución integrada a través del diálogo, la ayuda mutua y la cooperación, de tal manera que se puedan subsanar las fallas existentes y así se retroalimenten las relaciones humanas.

---

<sup>28</sup>“El modelo penal...desde que la víctima desaparece por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el Estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por la supresión de una de las partes en el conflicto...” Zaffaroni, Raúl, En busca de las penas perdidas AFA, Lima, p. 226

Teniendo en cuenta la cantidad de relaciones que se dan a diario en la trama social, hay muchas situaciones litigiosas que se encuentran en una zona límite difusa, hechos en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas pueden anticipar el fracaso de lleno del proceso penal. Así, en estos tipos de situaciones si la víctima acude al sistema penal, realiza la denuncia, una vez que dicho hecho ingresa al sistema, dicho problema será procesado de una manera totalmente inadecuada y ello conllevará a que sea expulsado a través de un archivo, reserva en Secretaría, prescripto sin que la persona afectada haya logrado algún tipo de respuesta.

Por ello tendrá mayores probabilidades de llegar a juicio un hurto en flagrancia que un grave homicidio, ni hablar de los delitos de la administración pública o estafas que presenten algún grado de complejidad, cuyo resultado sea más cercano a una prescripción que a una condena.

Este tipo de situaciones diarias provocan una gran sensación de frustración en la víctima y de impunidad en toda la comunidad, lo que ha conllevado a un gran desprestigio y deslegitimación del servicio de justicia.

Con lo expuesto debemos hacer hincapié en pensar y aceptar nuevas formas de resolución de conflicto como puede ser la mediación, debido a que las víctimas hoy entienden que el sistema penal no les da una respuesta acorde al incremento de la criminalidad generando en el tejido social una gran sensación de inseguridad.

La idea es pasar a un sistema en el que a través de la mediación se establezca un proceso más dinámico e interactivo entre víctima y denunciado, que logre una respuesta diferente y que sea satisfactoria para ambas partes.

Todo indica que este siglo XXI, las sanciones penales tradicionales sólo se aplicarán cuando fracase la reconstrucción de la paz social por la vía de la reparación y quedarán reservadas para aquellos casos que por su gravedad e impacto social, afecten al interés público<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup>“...la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin mer-

No decimos que deba suprimirse el sistema penal, sino que observar que en muchos casos, puede que no sea la respuesta acertada, y si víctima y denunciado están de acuerdo y con ello no se causa un grave perjuicio al interés público, hay que darles la oportunidad de que solucionen el hecho que dio origen al conflicto de otra manera, toda vez que lograr una solución a través de un proceso de mediación produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema, siendo tales, la víctima, el denunciado y la comunidad en general.

Expresa Francisco Ramos<sup>30</sup> que, “el uso de métodos alternativos a la Jurisdicción para la solución de los conflictos no importa excluir a la Jurisdicción de sus propias funciones. Lo importante a destacar es que ellos se utilizan en sectores en los cuales rige plenamente la autonomía de la voluntad, en donde a la autonomía de las partes no corresponde superponer ningún poder del Estado”.

El proceso penal convencional supone, en la mayoría de los casos, una experiencia dolorosa para la víctima y los infractores<sup>31</sup>.

Algunos penalistas afirman que “no le corresponde al Derecho Penal restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste”<sup>32</sup>.

Frente a lo expuesto ut supra, en éste último apartado, la mediación penal entendida en sentido amplio, como se ha referido consiste en el método de resolver los conflictos, que debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social a través del diálogo.

---

ma alguna.” Roxin Claus, La reparación en el sistema de los fines de la pena, p. 155 en De los delitos y de las víctimas-AD HOC, 1992.

<sup>30</sup>Ramos, Francisco “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, en Justicia 94, N° IV, p.80.

<sup>31</sup>Como señala Braithwaite, la mediación es un proceso donde todas las personas con algún interés afectado por una injusticia tiene la oportunidad de discutir las consecuencias de la misma y lo que habría que hacerse para poner las cosas en su lugar. El valor clave es que, dado que la injusticia daña, la justicia debe sanar (Braithwaite, John, 2003, The fundamentals of restorative. In a Kind of mending: restorative justice in tehe pacific island.Eds.SinclairDignem, Anita Jowit and Tess Newton Cain, 2003) Extraído de Revista de Mediación Año 4 N° 8.2° semestre 2011).

<sup>32</sup>Silva Sánchez, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de los actos de reparación”, en Revista del Poder Judicial, 1997, núm. 45.

Supone, una respuesta dirigida más a atender necesidades reales de la víctima, de la persona infractora y de la comunidad social que pretensiones procesales simbólicas.<sup>33</sup>

La dinámica violenta del sistema penal como respuesta a la violencia personal, incrementa ésta hasta límites que comprometen la dignidad humana. La violencia y la incompreensión hacen del sistema penal un encuentro fatal de perdedores<sup>34</sup>.

El Derecho Penal permite una mínima convivencia, respaldada por el proceso judicial y los órganos encargados de la ejecución; la mediación procura enriquecer esa convivencia justa, brindando más elementos a tal fin

Por lo expuesto es que entiendo se debería prever un sistema gradual que a través de programas y redes haga o permita la inserción de los ofensores a la sociedad de manera progresiva, observando y siguiendo los resultados. Claramente es un tema de política criminal y de prevención estatal para realmente tratarlo de manera seria, ya que de lo contrario puede ocasionarse un efecto contrario al deseado, por ello es que el estado como tal debe realmente acompañar a la comunidad a efectos de conseguir un tratamiento no solo más serio sino también más útil del conflicto penal.

## **2. Segundo Capítulo : Justicia Restaurativa**

### **2.1 Concepto**

---

<sup>33</sup>Pascual Rodríguez, E., “La mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento”. En Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2006.

<sup>34</sup>Ríos Martín, J.C.; Rodríguez, E. P.; Guillen, A.B., y Segovia Bernabé, J.L., La mediación penal y penitenciaria, 2º ed., Colex, Madrid 2008.

Se considera necesario importante reflejar varias definiciones al respecto a fin de comprender acabadamente lo que significa hablar de justicia restaurativa.

-...entendemos por Justicia Restaurativa, en sentido amplio, la filosofía, y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales por el delito. Dependiendo del marco legal y de las peculiaridades sociales y culturales, adoptará unas u otras modulaciones<sup>35</sup>.

Así la Justicia Restaurativa en forma estricta y referida al sistema de justicia penal, es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la “sanación” de la víctima, infractor y comunidad.<sup>36</sup>

La Justicia Restaurativa es la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus, eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.<sup>37</sup>

La justicia restaurativa se puede definir como un mecanismo de solución de conflictos sociales de manera justa, con la finalidad de reconstruir el tejido social y permitir

---

<sup>35</sup>Julián Ríos Martín, Esther Pascual Rodríguez, Alfonso Bibiano Guillén, José L. Segovia Bernabé, La mediación penal y penitencia, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, 2º ed., Colex 2008.

<sup>36</sup>Del Val, Teresa M. (coord.), Gestión del conflicto penal, Astrea, Buenos Aires, 2012.

<sup>37</sup>Beristain, Antonio, Victimología: nueve palabras clave, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

el florecimiento de relaciones de convivencia pacífica que se hayan visto afectadas por la comisión del delito.<sup>38</sup>

Se desprende entonces que la justicia restaurativa abarca una cantidad de principios y valores, que son directamente emanados de su propia filosofía, entre otros se pueden mencionar: encuentro, respeto, responsabilidad, reparación, seguridad, reintegración, empatía, entre otros.

Vemos entonces que la Justicia Restaurativa nos lleva a replantear las clásicas formas de resolver los tipos delictivos, podemos entenderla como la manifestación de los criterios de oportunidad. Entonces se ve al delito como un conflicto entre personas y donde los mismos sujetos que fueron parte del mismo, son protagonistas de elegir la solución que consideren más justa y/o acertada para ellos. Es decir que el control ya no está centrado en el sistema penal el cual se encuentra claramente abatido por la imposibilidad de brindar soluciones rápidas y que satisfagan los intereses de las partes, sino en la comunidad que busca una resolución a través de la participación y comunicación activa.

“Howard Zehr representa la Justicia Restaurativa como una flor que está alimentada por el respeto de todos, ésta es la tierra donde está asentada la Justicia Restaurativa. El núcleo de esa flor está constituido por enmendar los daños, sus pétalos significan atender las obligaciones, centrarse en los daños y las necesidades de ofensor y ofendido, usar procesos procesos incluyentes y colaborativos e involucrar a todas las partes víctimas, ofensores y comunidades”.<sup>39</sup>

A diferencia de lo que ocurre en la Justicia Retributiva siguiendo el pensamiento de Zehr en donde el juez analizará la comisión del hecho, la prueba recabada para demostrar la autoría de determinada persona o personas y posteriormente la retribución con cierta pena. Generalmente la víctima no es escuchada, conllevando directamente a su revictimización.

---

<sup>38</sup>Cristopher Brigh<http://www.justiciarestaurativa.com/documentos/justiciarestaurativa.pdf>

<sup>39</sup> Op Cit. Del Val. p.297.

A continuación se presenta el cuadro ejemplificativo de Howard Zehr:<sup>40</sup>

Justicia Penal	Justicia Restaurativa
El crimen es una ofensa contra la ley y el Estado.	El crimen es una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales.
Las ofensas generan culpabilidad.	Las ofensas generan obligaciones.
La justicia requiere que el Estado determine culpables e imponga castigos	La justicia involucra víctimas, ofensores y miembros de la comunidad en un esfuerzo por enmendar el daño
Eje central: que los infractores reciban su justo merecido	Eje central: las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa del ofensor en la reparación del daño.

En la Justicia Restaurativa sus principios están dados por la determinación del daño, establecer las necesidades de todas las partes involucradas, existiendo una verdadera participación entre quien resultó dañado y el ofensor. Se deben tener en cuenta las características del ofensor, qué necesita él para reincorporarse a la sociedad

Así en ésta línea de justicia restaurativa, Baratta refiere que “sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor

<sup>40</sup>Op. Cit. Del Val, p. 60.

medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena”<sup>41</sup>

La justicia restaurativa nos introduce de lleno en el tiempo de las víctimas, es decir parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad;<sup>42</sup> la paz y el diálogo social que el delito quebró serán así restablecidos y saldrá fortalecida la vigencia de la norma.

Durante un largo tiempo la víctima fue simplemente ignorada como sujeto de derechos, dentro del ámbito de la discusión penal, produciéndose lo que se ha dado en llamar la expropiación del conflicto de manos de aquella para depositarlo en manos de la sociedad, representada por el Estado, quien se encarga de la persecución punitiva. Dicha situación en la actualidad se ha visto modificada a través de diferentes instrumentos internacionales<sup>43</sup> que reconocen y consagran de manera unánime el protagonismo de la víctima en la controversia penal no sólo a los fines de la pretensión de castigar sino por el contrario a efectos de otros objetivos como puede ser el resarcimiento.

Siguiendo a Roxin se puede afirmar que “nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de las víctimas, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, con el intento de una solución del conflicto social emergente del derecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>Baratta Alessandro (1987) Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal) Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, p. 637.

<sup>42</sup>Los procesos restaurativos llamados Conferencias, reconocidas por las Naciones Unidas, promueven la participación de la víctima, de la red de apoyo de esta, de la persona ofensora y su red de apoyo, así como de miembros familiares y otros significativos para los participantes, incluidos aquellos que pertenecen a la comunidad cercada afectada por la ofensa.

<sup>43</sup> Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<sup>44</sup>Roxin, C “La reparación en el sistema a los fines de la pena” en Julio B.J. Maier (comp) De los delitos y de las víctimas, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, p.140.



Podemos decir que contrastando los modelos de justicia distributiva, con el de justicia restaurativa, en donde se incluye la mediación penal, quienes sostienen éste último proponen como objetivo central poder humanizar el derecho penal, lo cual conlleva a reformular el modelo de justicia.

Un análisis del sistema penal en sus consecuencias revela la fría y deshumanizada mecánica del *crimen y castigo*.<sup>45</sup>

Vemos que la Justicia retributiva se centra primariamente y monotemáticamente en el castigo del culpable otorgando relevancia prácticamente exclusiva a las instituciones de control formal. La Justicia restaurativa, si bien valora la intervención de las instituciones penales, insiste en la prevención y evitación del delito como también en un tratamiento e inserción social de los infractores.

No es menor destacar que la Justicia restaurativa reivindica el diálogo y el encuentro personal como formas no violentas de buscar restablecer lo que el delito haya quebrado.

En definitiva, la introducción en el sistema de justicia penal por medio de la mediación de los postulados de la Justicia Restaurativa no persigue tan solo humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea del castigo y la expiación, sino reformularlo desde el diálogo, la reparación del daño, la nivelación de las asimetrías sociales, para procurar la obtención efectiva de Justicia.<sup>46</sup>

Se puede decir entonces de lo expuesto que la justicia restaurativa puede llegar a entenderse como una teoría jurídico-penal para abordar el delito como tal, pero se centra en que el delito, no se trata solamente de una violación a la norma sino que además cau-

---

<sup>45</sup>En este sentido, la mediación trata de poner rostro y biografía a la burocracia despersonalizada del proceso penal y de superar el diagnóstico de Carnelutti: “desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes...”. Carnelutti, F., *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 2005, 48 Cit. por Ramón Sáez Valcarcel en la ponencia –de especial interés y recomendada lectura-, “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de la experiencia”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, 2007, 37.

<sup>46</sup>Ríos Martín J. C. y Olalde Altarejos A J. *Justicia Restaurativa y Mediación*. En *Revista de Mediación*. Año 4 N°8. 2° semestre 2011.

sa daño a las personas, y es necesario entonces tratar de responsabilizar al transgresor para que haga frente al daño ocasionado, de acuerdo a la necesidad de quien resultó víctima dependiendo del caso concreto del que se trate, lo cual se puede concluir es mucho más justo.

Se entiende o desprende de lo referenciado que es el Poder Judicial quien deberá propiciar que cuando la Justicia Restaurativa o Reparatoria se muestre más eficiente que aquella conocida como justicia punitiva como respuesta a los particulares involucrados y así la sociedad recorra ese camino.

Es más que evidente, citando algunos ejemplos, que la persecución penal no es la respuesta más acertada para reprimir cualquier incumplimiento del deber alimentario (art. 73, inciso 4 C.P), ya que si el alimentante se encuentra en prisión pues habrá mayor desprotección para la víctima que si se llega a un acuerdo para el cumplimiento de dicha obligación. Otro ejemplo claro es el caso de llevar a prisión a quien impida el contacto de un hijo con otro progenitor (art. 72 inc. 3 del C.P.) ello no soluciona la situación del niño, niña o adolescente involucrado. Es decir primero estaba privado de un progenitor , y ahora se encontrará privado del otro progenitor que enfrenta la posibilidad de ir a prisión, entonces por el contrario es mucho más funcional intentar restablecer dicho contacto sin penalizar a quien lo impedía.

## **2.2. Concepto de Mediación en general.**

La palabra mediación viene del latín *mediare*, que significa abrir canales de comunicación que se habían bloqueado<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup>Ceretti, Adolfo, y David, Pedro R. (coord), Justicia Reparadora mediación penal y probation, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p.9.

Se iniciará el estudio acerca del concepto de mediación, como un modo alternativo de resolución de conflictos, así se entiende: “al conjunto de esas técnicas o procedimientos se los denomina en la actualidad bajo las reglas R.A.D. - Resolución Alternativa de Disputas-”, ya que toma también el de arbitraje y a la negociación.

Este movimiento la que se hace referencia comenzó a través de la búsqueda de un sistema que fuera menos costoso y además eficiente y participativo en comparación con el sistema judicial, para lograr un resultado a corto plazo y más conveniente para los actores del conflicto.

Así, “la mediación es un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, asilan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”<sup>48</sup>.

De todas maneras parece difícil dar una definición exacta de lo que significa mediación por ello es bueno estudiar y luego analizar varias definiciones y tener así una idea amplia del instituto analizado en este trabajo.

Así entonces la Recomendación R (99) del 15 de septiembre de 2004 del Comité del Consejo de Europa, la Mediación Penal es un proceso mediante el cual víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconoce capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador.<sup>49</sup>

Cuando referimos el término mediación buscamos una recomposición del conflicto que se ha generado entre los actores del mismo, toda vez que las partes diseñan la solución al origen del problema que inició dicho conflicto, lo cual cuenta con un plus exquisito, que justamente es ese ponerse de acuerdo, proceso que estará asistido por un tercero/a neutral con el único fin de autocomponer un acuerdo que beneficie a ambas partes.

---

<sup>48</sup>Folberg & Taylor, “Mediación Resolución de Conflictos sin Litigio, Ed. Limusa, 1997, p.27.

<sup>49</sup>Del Val, Teresa M., Mediación en Materia Penal, 3º edición ampliada y actualizada, Cathedra Jurídica, p. 07, Extraído del folleto: Mediación, abre tú puerta, Asociación Apoyo, Madrid, España.

*“Este procedimiento de mediación, para gestionar conflictos penales, es conocido comúnmente como una forma de Resolución Alternativa de Conflictos-métodos RAD-. Por mi parte, actualmente, prefiero calificar este procedimiento como gestión diferente del conflicto penal, distinto al juicio penal. Sostengo ello, ya que al mencionar resolución, implicaría que el conflicto penal es resuelto. Resolver procede del latín resolvere y significa hallar la solución a algo, hacer que algo acabe o solucione.*

*En cambio, gestión tiene su origen en la palabra latina gestionis, cuyo significado implica un conjunto de acciones en caminadas a conseguir algo. Por ello, resulta acertado hablar de gestionar el conflicto penal mediante mediación.”<sup>50</sup>*

Si bien comúnmente se denomina al sistema como mediación penal coincido con lo que refiere la autora Del Val Teresa M., que la correcta denominación es en realidad *mediación en materia penal*, porque la mediación es el género y penal la especie.

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

Estamos hablando de un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su desacuerdo. Se trata de un proceso voluntario, confidencial, flexible, donde las decisiones son autocompuestas, centrado en el futuro, donde se enfatizan las necesidades reales de los participantes.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup>Del Val Teresa M, Mediación en Materia Penal, Cathedra Jurídica, p.12.

<sup>51</sup>Caram, María Elena “Hacia la Mediación Penal La Ley 20/03/2000.

### 2.3. Concepto de Mediación Penal.

Tal como refiere la doctora María Elena Caram, nos encontraríamos frente a un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quien resulte culpable.<sup>52</sup>

Siguiendo a Barmat, la mediación penal es definida como “un procedimiento institucional, en el cual un mediador colabora para que los actores del conflicto derivado de un hecho delictivo, conocido por alguna de las agencias del sistema penal, busquen solucionar sus diferencias a través de la negociación”<sup>53</sup>

La justicia es el valor supremo del derecho<sup>54</sup>, y existe todo un complejo axiológico que lo circunda, condicionándolo. El ejercicio de la mediación en el ámbito penal no sólo es posible desde lo fáctico y normativo, sino que inclusive el mismo valor justicia lo reclama. Con palabras del Dr. Goldschmidt decimos que el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de “personalizarse”<sup>55</sup>. Por lo tanto, todos aquellos caminos de la

---

<sup>52</sup>Ibidem Caram

<sup>53</sup>Barmat, Norberto D. “La mediación ante el delito”, Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 29.

<sup>54</sup> Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6 ed, 5° reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, p. 369 y ss.

<sup>55</sup>Ibidem Goldschmidt p. 418.

justicia que ayuden al hombre a personalizarse nos acercarán cada vez más al supremo principio.

#### **2.4. ¿En qué consiste la mediación?**

En general podemos afirmar que la mediación ofrece la posibilidad de que el daño de la víctima sea reparado más allá de una indemnización patrimonial, se refiere a la situación anímica, psicológica, procurando que pueda continuar con su vida en forma habitual, y que la situación en la que se hallaba anteriormente al hecho ocurrido quede realmente restaurada.

Si nuestra mirada se centra en la víctima, la misma luego de haber padecido un hecho delictivo, refiere odio, dolor, frustración, indignación, impotencia, fragilidad, cansancio, todos sentimientos negativos, pero tales no desaparecen por una investigación que culmine en el mejor de los casos con la celebración de un juicio, sino que el proceso penal por lo general los reaviva y hasta en ocasiones los incrementa.

En muchas ocasiones la víctima necesita una explicación, un por qué lo ocurrido por parte de quien la dañó en el sentido amplio de la palabra, necesita las respuestas al por qué lo hizo, por qué a ella o a él, etc. No es el proceso penal el espacio para este tipo de cuestionamientos, ya que sabemos que el proceso penal solo investiga en busca de la verdad respecto al hecho en sí, e imponer o no una pena en caso de corresponder.

Así observando la rigidez que caracteriza al proceso penal, el diálogo entre las personas se presenta como necesidad de expresión de tales necesidades, lo cual facilitará el surgimiento de verdaderas soluciones.

Si bien a pesar de los sentimientos que invaden a la víctima, no es tarea fácil sentar o reunir a la víctima con el agresor en una misma mesa, por ello la necesidad de contar con una persona neutral quien será el/la encargada de facilitar el proceso y me-

diar entre las partícipes del conflicto para así lograr un acuerdo final que satisfaga a ambas partes, sobre todo que la víctima sienta resarcido el daño que hubiere padecido.

Así, decimos que en la mediación se persigue la idea de pares, de personas que no persiguen fines estrictamente contradictorios, sino más bien podemos decir conciliatorios, basándose en el diálogo primordialmente, siendo por ello la relación entre los intervinientes dialéctica, permitiendo la posibilidad de a través de la plática ayudar a componer los intereses que puedan estar en juego.

La mediación enseña que es posible intervenir sobre ambos protagonistas, sobre el infractor y sobre el perjudicado, de manera positiva, que la preocupación por el sufrimiento de la víctima no ha de solventarse en la aplicación de dolor al delincuente. Por un lado, porque las víctimas precisan que se les escuche, ya que en el juicio penal no hay lugar para que expresen su dolor <sup>56</sup>

Además el uso de la mediación fomenta la asunción de la responsabilidad<sup>57</sup> por parte de los protagonistas del conflicto.

Lo que genera la mediación es una nueva concepción de lo pedagógico. Es preciso ayudar a las partes para que aprendan juntas a encontrar caminos de prevención de futuros conflictos (entre sí o con otros), que aprendan a administrar mejor ese vínculo para evitar desmembramientos más graves de lo conflictivo (en esa relación o en otras) y también aprender alguna cosa de sí mismo y de las relaciones que los vinculan, así como de los modos de comunicación para poder conseguir algunas formas de recomposición del conflicto que está siendo tratado. Sin este proceso pedagógico cualquier acuerdo de intereses logrado corre serios riesgos de no ser cumplido, además de que perderíamos una excelente oportunidad para que los actos puedan evitar repetirse en

---

<sup>56</sup>Carnelutti “Las miserias del Proceso Penal”, p.49. “El sistema no está preparado para atender requerimientos diversos, requerimientos de estricta humanidad (victimización secundaria) el testigo reducido a la categoría de una prueba”. Aunque debe advertirse como hace Fernando Martín Díaz en su obra “Mediación: sistema complementario de Administración de justicia” que la víctima ha padecido un «secular y deliberado abandono» que no ha sido subsanado con el denominado Estado social de derecho. CGPJ 2009. págs.57 y ss.)

<sup>57</sup>V. El desarrollo del tema de la responsabilidad en Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, tomo 1, Rosario, FIJ, 1982, p.170 y ss; Nicolau, Noemí, Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias en La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidro Goldenberg, Bs, As, Abeldo-Perrot, 1995; SIX, J-F, ob.cit., p. 126.

otras oportunidades, encontrarse en situaciones bastante similares de desacuerdos (de interés y de afectos con los otros).

De todo esto puede hacerse una lectura desde un punto de vista personal, pero también desde la mediación transformadora para la recuperación de la dignidad de las partes con fines político-penales para el devenir individual en la transformación social de las diferencias.

“El proceso de mediación consiste en la generación de un contexto en el que los participantes se permitan percibir de un modo distinto de cómo lo vienen haciendo los hechos, las personas y las acciones con las que construyen sus historias contrarias – en cuya divergencia radican sus diferencias- y, de este modo, deconstruirlas y coconstruir una historia común, que ambos hacen suya y deviene en una solución para el conflicto. La gente también suele decir que, aún cuando no haya llegado a un acuerdo, ha aprendido a hablar con arreglo a nuevos patrones de comunicación, lo que resulta en acuerdos posteriores a la mediación y en la desaparición de las causas de surgimiento y reiteración de conflictos basados en los malos entendidos y la adjudicación de intenciones al otro”.<sup>58</sup>

## **2.5 Mediación Penal en el Derecho Comparado**

Comunidad Europea:

De acuerdo a las Recomendaciones del Consejo de la Comunidad Europea, las formas de impartir justicia ágilmente preocupan desde fines de la década de los años 1980 al Consejo Europeo. Se indica que el principio de oportunidad en y para el ejercicio de la acción penal, debe ser reglamentado y para adoptarse toda vez que existan elementos de convicción determinantes de la culpabilidad. Se hace hincapié sobre la

---

<sup>58</sup> Mediación en la Argentina, una herramienta para el Acceso a la Justicia, p.118.



gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias del hecho, la personalidad del sospechable, cuáles podrían ser los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima.

La referida recomendación invita a los Estados europeos a la adopción de la “transacción” para el caso de asuntos penales de escasa monta y mínima gravedad. El Consejo europeo recomienda la adopción de otras medidas procesales siempre basadas en la posibilidad, cualquiera que fuese el delito, de que la víctima asuma el rol de parte querellante según su voluntad, y por el otro lado, la facultad que se concede al juzgador en ciertas condiciones para la suspensión del proceso y aún de la sentencia.

Estados Unidos:

Existe de antiguo en este país una admisión plena y amplia de lo que se denomina justicia pactada, negociada o transada entre el Ministerio Fiscal y el abogado de la defensa, previa al juicio. No solo se refiere a la criminalidad pequeña sino aquélla de mayor volumen que causa daño y alarma social. Una vez que se toma conocimiento de la imputación, cualquiera sea el delito se puede pedir para el imputado el pleading a fin de que se pronuncie su culpabilidad. Si se confiesa autor del delito opera el plea o respuesta de la defensa.

Comprobada la voluntariedad de la declaración se fija una fecha para la sentencia y en esa ocasión se aplica una pena reducida en razón del acuerdo entre las partes, no hay necesidad de proceso o de veredicto, si nada de esto ocurriese el juicio continúa con los actos procesales normales y entrará en acción el jurado.

Este sistema está inspirado en el principio de oportunidad adoptado por Alemania, aunque en este país solamente para causas de insignificancia.

Brasil:

En setiembre de 1995 se dictó la ley 9099 que introduce el principio de oportunidad. El Ministerio Público puede disponer de la acción pública que le compete en las hipótesis previstas de modo taxativo por la ley. Se trata de una discrecionalidad regulada y controlada por el juez. El Ministerio Público per se no puede decidir la renuncia

frente a un delito de acción pública ni determinar el archivo del expediente

Costa Rica:

Es importante el proceso de mediación en Comunidades aborígenes, habiéndolo llevado a la práctica en un tema relacionado a la ocupación de tierras, permitiendo a los costarriquenses concluir existen formas simples de resolver conflictos por sobre la burocracia legal.

## **Jurisprudencia**

El Tribunal Supremo dispuso, Concorre la circunstancia atenuante de reparación del daño, prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal, que apreciamos como muy cualificada, conforme admiten todas las partes, y consideramos procedente que produzca como efecto la reducción de la pena básica en dos grados ( artículo 66.1.2ª del Código Penal ), teniendo cuenta que el acusado ya reconoció los hechos desde la primera declaración ante el Juzgado y que este procedimiento ha sido incluido en la experiencia de mediación penal intrajudicial llegando al acta de reparación (folio 28) en la que el acusado además de reiterar ese reconocimiento de los hechos, lamentó las consecuencias de su comportamiento y pidió disculpas mostrando su voluntad de reparar el daño moral causado<sup>59</sup>.

## **2.6. Modelos de mediación**

---

<sup>59</sup>Estancona Pérez, A., Sentencias sobre mediación clasificadas por materias, Sentencias Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª) núm. 149/2012 de 30abril [JUR\2012\178068], p. 8.

Cualquier modelo que se utilice, no será eficaz sin una comunicación efectiva, porque “la palabra mediación viene de la latina “mediare”, como consta en las palabras preliminares y significa abrir canales de comunicación que se habían bloqueado”.<sup>60</sup>

### 1) Modelo Harvard

La causa del conflicto es lineal, el desacuerdo. Con este modelo se busca lograr que no existan vencedores ni vencidos. Para que las partes lleguen a un pacto conforme se basan en una negociación de modo colaborativa pero asistida por un tercero, que es la figura del mediador, quien tendrá particularmente en cuenta las necesidades e intereses de ambas partes. Cuando tales intereses no pueden ser compatibles de ninguna manera es donde se produce el desacuerdo. La gestión del conflicto con este modelo se basará en satisfacer a cada parte, ganar-ganar. Es decir este método busca satisfacer los intereses individuales\* para llegar al acuerdo.<sup>61</sup>

### 2- Modelo Transformativo

Creado por Bush y Folger<sup>62</sup>, orientado en la comunicación y relaciones interpersonales entre las partes.

Para estos autores lo importante no es el acuerdo sino el desarrollo de la transformación que pueden experimentar los individuos, logrando así una nueva manera de poder enfrentar las relaciones humanas, disminuyendo de tal forma el nivel de recu-

---

<sup>60</sup>Del Val Teresa M, Mediación en Materia Penal, Cathedra Jurídica, p. 18.

<sup>61</sup>Fischer; Roger; Ury; William, y Patton, Sí...¡ de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, Grupo Editorial Norma, 2003, p. 47, dan un ejemplo muy preciso sobre qué es “posición de intereses”. Relatan que en una biblioteca uno de los concurrentes decía: “ No quiero que se abra la ventana” – posición\_. Al aparecer la bibliotecaria y preguntar qué pasaba, el primero dijo que no quería corriente – interés- y el segundo manifestó que quería abrir la ventana para obtener aire fresco – interés-. La bibliotecaria abrió la ventana de otro recinto, con lo cual obtuvieron aire fresco sin corriente. Satisfizo así los intereses de ambos y el conflicto quedó concluido.

<sup>62</sup>Baruch Bush, R.A., y Folger, J.P., La promesa de mediación, Granica.

rencia al conflicto social. Así el acuerdo se logrará cuando cada uno de los individuos logre una mirada diferente del otro y de sí mismos.

La meta de este modelo es a través de una transformación modificar la relación entre las partes, lo cual permitirá llegar al acuerdo.

### 3- El modelo narrativo de Sara Cobb

A este modelo se lo conoce también como “circular- narrativo”, debido a que reconoce que el conflicto como tal tiene varias causas generadoras en retroalimentación permanente. Propone que las partes son quienes deben transformar sus conflictos en otras historias que pasen a ser positivas, buscando salir de la posición de cada uno.

Es decir que busca a través de la comunicación transformar las historias para poder lograr un acuerdo, el cual si bien puede ser circunstancial, lo relevante es el cambio de historia negativa con la que las partes llegan al proceso de mediación para pasar a una historia positiva, dejando constancia en el acuerdo las conductas que las partes adoptarán en el futuro, como de la norma a evaluar lo pactado.

### 4- Modelo de Diez y Tapia<sup>63</sup>

Los autores nombrados refieren seguir el modelo tradicional de Harvard, pero entienden que el mismo es insuficiente para explicar todo lo que sucede en un proceso de mediación.

Así, sostienen que el modelo narrativo contribuye a enriquecer el modelo de Harvard. Por ello no dudan en afirmar que la mediación es comunicación, toda vez que ésta tiene como finalidad llegar a la efectiva solución del conflicto mediante una adecuada comunicación.

---

<sup>63</sup>Diez, Francisco, y Tapis, Gachi, Herramientas para trabajar en mediación, p.27.

## 2.7. Objetivos y fines de la mediación

En lo que se refiere a los objetivos que la mediación presenta debemos referir que los mismos dependerán de los principios de los participantes en el proceso y no de los mediadores que ayuden en tal proceso.

El proceso de mediación debe estar dotado de algunas garantías que ofrezcan confianza al ciudadano que vaya en búsqueda de este servicio, para ello debe regirse por principios básicos que no pueden faltar, entre ellos:

**Oficialidad:** Principio inmerso dentro del proceso penal, iniciándose cuando el órgano judicial de manera oficial deriva un caso al servicio de mediación. Al ser un proceso intrajudicial será el juez quien acuerde la derivación, Ministerio Público Fiscal o abogado defensor.

**Voluntariedad:** Es un proceso voluntario, pudiendo ser abandonado en cualquier instancia por cualquiera de las partes sin que ello ocasione algún tipo de perjuicio. El proceso de mediación exige la participación informada y voluntaria de ambas partes, se debe garantizar para la víctima la ausencia de cualquier tipo de presión y para la persona acusada la posibilidad de volver a la fase procesal que corresponda, este principio debe estar presente:

1- En un primer momento al tomar la decisión de resolver el conflicto a través del sistema de mediación

2- Durante el desarrollo, por tanto cualquiera de las partes pueden decidir que finalice en el momento que deseen.

3- Al final del acto de mediación, en caso de haberse llegado a un acuerdo o no.

**Gratuidad:** No supone ningún costo para quienes se interesen en dicho sistema, toda vez que supone un incentivo más para poder acudir a este método de resolución de conflictos. El motivo de la gratuidad es el carácter público que tiene el Derecho Penal.

. **Confidencialidad:** Ningún tema de los tratados en los encuentros o sesiones de mediación puede salir de dicho ámbito, ni puede utilizarse en contra de las partes en caso de llegarse a un juicio.

. **Flexibilidad:** Tanto el número como la forma o contenido de las sesiones se irán adaptando a las necesidades concretas de quienes participen del mismo, no es aconsejable fijar una duración igual con género para todas las mediaciones,

. **Imparcialidad:** El proceso de mediación es planteado desde la imparcialidad, teniendo por ello quien se comporte como mediador/a la obligación de mantenerse de manera neutral, no podrá tener intereses respecto de algunas de las partes, ni sobre el objeto del conflicto toda vez que su función es la de comprender y catalizar el proceso de mediación, sin involucrarse dentro del mismo, debiendo ser neutral y capaz de equilibrar el procedimiento entre las partes.

Para Highton existen diversos pasos pero dentro del modelo tradicional de mediación víctima-victimario puede resumirse el procedimiento del siguiente modo:

*a.- Fase de admisión:* Tiene por objeto identificar que casos son apropiados para la mediación víctima-victimario. La víctima tiene que estar dispuesta a participar y enfrentar la situación estableciendo un vínculo con el autor del hecho y el victimario tiene que ser una persona susceptible de rehabilitación. Debe existir cierto marco de seguridad para la víctima.

*b.- Fase de preparación de la mediación:* el trabajo preparatorio puede ser arduo y llevar varias sesiones de pre-mediación a fin de que cada uno piense, explore sus sentimientos y sepa que va a querer decir cuando este frente al otro; se tiende a lograr que los participantes entiendan el sentido de hacerse cargo y a tomar responsabilidades.

*c.- Fase de Mediación:* es el momento del enfrentamiento cara a cara y es crucial para determinar si es conveniente completar el intento propuesto, ya que en los programas que reciben derivación de los jueces el acuerdo pasa a formar parte del expediente al integrar los registros oficiales del tribunal, el encuentro se lleva a cabo en un lugar neu-

tral donde se sientan cómodos los intervinientes y luego de haber logrado la confianza y legitimación suficiente la mediación se llevara a cabo en reuniones conjuntas. En esta fase se concluye con acuerdo o no, en el primer caso el contenido del compromiso puede ser variado, así puede consistir en pago en dinero a la víctima, trabajo efectuado por el infractor en su favor, trabajo para una institución de caridad, inscripción del infractor en un programa de tratamiento, etc. Debe atenderse para ello a la situación de la víctima y la evaluación del victimario, su situación social y personal.

En definitiva el acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor, pues se trata de arribar a soluciones realista y cumplibles.

*d. Fase de Seguimiento:* Cuando se arriba a un acuerdo se realiza un seguimiento posterior que tiene por objeto no solo el control de cumplimiento sino que refuerza la responsabilidad de quien debe dar cuenta de lo hecho, humaniza más aún el proceso, permite la renegociación si existen problemas posteriores, da oportunidad de reconciliación, etc.

Si el infractor no cumple con lo establecido en el acuerdo el magistrado interviniente puede imponer la sanción penal la cual se evaluara según el caso y el estado del proceso criminal en que se efectuó la derivación, pudiendo estar o no determinada previamente.

### **Fines de la mediación Penal**

En el III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, sostuvo Elena Highton de Nolasco, que a diferencia de la mediación en el proceso civil la mediación penal está orientada hacia el diálogo y la comunicación y no hacia el acuerdo<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup>Mill Rita Aurora, Mediación Penal, 1º ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013 p.235.

Se puede sostener que el uso de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos se utiliza con fin de:

- procurar la reconciliación de las partes involucradas,
- pacificar el conflicto,
- dar la posibilidad de reparación voluntaria del daño que se haya causado
- neutralizar los perjuicios derivados del proceso penal para los protagonistas del mismo

No se puede dejar de mencionar como otro fin de la mediación penal, el evitar consecuencias estigmatizantes sobre el/los sujeto/s que resultaren responsables del hecho que originó el conflicto.

## 2.8. Características del mediador

Siguiendo a las autoras Elena Highton y Gladys Álvarez (1995), las características que debe presentar el mediador son: en principio la *neutralidad*, siendo una de las más importantes ya que quien cumpla el rol de mediador no debe estar ni a favor ni en contra de ninguna de las partes intervinientes en dicho proceso, sino que para colaborar y ayudar a que las partes involucradas lleguen a un acuerdo debe ser ajeno y procurar con su accionar que se logre una solución que beneficie a ambas partes.

El mediador debe ser *objetivo*, lo cual significa que el mismo debe ayudar y aconsejar a las partes involucradas aunque no esté de acuerdo con la solución de las partes, no debe imponer su idea para que lleguen a un acuerdo.

Además es fundamental que sea *flexible*, ello con fin de que exista una mayor fluidez en la comunicación de las partes durante el proceso.



Debe tener una capacidad de ser oyente activo, debido a que las partes tienen intereses distintos, y llevará un tiempo necesario que cada una de las partes se adecúe a los intereses del otro.

Se debe tener en claro que el mediador no es abogado de ninguna de las partes, sino que éste intenta facilitar a las partes el convenio, buscando un triunfo de ambas durante la negociación hasta llegar al acuerdo final.

Decimos que es un facilitador pero de algún modo es él el conductor del proceso de mediación.

El mediador es quien oye a las partes y reflexiona sobre lo que ellas advierten, individualizando de dicho modo las emociones que cada una lleva al encuentro y comenzar a separar el conflicto de las partes<sup>65</sup>

Así de las características que se desarrollaron en relación al mediador, a esa persona que cumple el rol de mediar, se puede decir que dentro de la función del mismo éste está inserto en una modalidad de trabajo que se contrapone al pleito una vez judicializado donde el poder de decisión de las partes es reducido al mínimo.

Es importante reconocer que aunque luego de un proceso de mediación no se llegue a una solución de conflicto, por el motivo que sea, el solo hecho de que las partes intervinientes, enfrentadas por decirlo de alguna manera, el solo hecho de haberse escuchado cumple una función educativa, y lleva a que las partes puedan recuperar el diálogo.

---

<sup>65</sup>Elias Neuman, “Mediación y Conciliación Penal”. Ed. De Palma Argentina, 1997, p. 20. El autor expone en su libro que “Es menester comprender que el mediador debe trabajar con personas en crisis, cuyo conflicto ha llegado a un punto tal que no son capaces de encontrar por sí solos una salida. Generalmente, los protagonistas del conflicto se encuentran en estado emocional delicado, cargados de hipersensibilidad de perjuicios, de animosidad hacia el otro, de angustia. El mediador debe estar preparado para: a) Interceptarlos; b) Hacer que se sientan cómodos; c) Distenderlos; d) Manejar las agresiones y las depresiones; e) desarmar los prejuicios y f) Favorecer al diálogo. Es cierto que muchas de las técnicas incluidas en los programas de formación básica pueden ayudar a lograr estos resultados. Pero no lo es menos que si el mediador conociera cuáles pueden ser las posibles causas de las conductas que debe conducir y cómo debe ser su abordaje, se incurriría en muchos menos errores de los que efectivamente se producen en la actuación de los mediadores”. Más allá que el discurso está direccionado a las mediaciones víctimas-victimario, es provechoso el mismo toda vez que, la figura del mediador, con conocimiento preciso de la situación carcelaria en su máxima expresión, volcará en sus potenciales acuerdos, soluciones con un grado mayor de aplicabilidad y cumplimiento

go, la verdadera comunicación, por ello se piensa que la mediación constituye un gran aporte para el fomento de valores conciliatorios.

El mediador debe conducir a las partes para que identifiquen los puntos de controversia, acomoden sus intereses a los de la contraria, exploren fórmulas de arreglo que favorezcan a ambas sin tener que llegar al ámbito de tribunales.<sup>66</sup>

Debe tutelar para que las partes no lleguen a un acuerdo que devenga ilegal, para ello debe estar acabadamente formado, con el fin de garantizar la seguridad jurídica característica del Estado Democrático.

Por ello, en caso de un mediador que se profesional abogado, tiene ambas calidades es decir es mediador y es abogado, lo que permite que lleve adelante un procedimiento que no comprometa legalmente a las partes, toda vez que conoce el lenguaje jurídico para dejar en el acuerdo plasmado lo que las partes decidieron libremente sin que las mismas queden como que asumen compromisos no queridos o anhelados en el acuerdo, o que más complejo aún el acuerdo arribado pueda ser tachado de nulidad.

Si en cambio el/ mediador/a es un/a profesional no abogado/a, que facilita el acuerdo, puede incurrir en errores y quizás hasta no advertir situaciones de desequilibrio jurídico en el acuerdo por no poseer conocimientos ni lenguaje perteneciente a la técnica jurídica.

“La vinculación de la mediación con la ley es continua, porque se trata de derechos, deberes y obligaciones, incluso los mediadores están sujetos a normas que son aplicables a los jueces”.<sup>67</sup>

## **2.9. Diferencia entre Negociación, Mediación y Arbitraje**

---

<sup>66</sup>Higthon, Elena y otros, Resolución alternativa de disputas. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 196. Es cita de .Mill R.,Op.Cit. p. 227.

<sup>67</sup>Op. Cit. Del Val, p. 104.

Negociación, “es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo”<sup>68</sup>.

Se caracteriza debido a que las partes involucradas son quienes procuran arribar a la solución del conflicto del que se trate, sin que intervengan terceros en dicho proceso.

Mediación, “en la mediación aparece un tercero neutral, el mediador, que asiste a las partes para que ellas puedan encontrar una solución negociada para el problema que tienen, que les resulte mutuamente satisfactoria”<sup>69</sup>.

Como refiere Pablo Guido Peñasco, se debe lograr una dinámica de entre las personas afectadas, en éste proceso el mediador no tiene ningún poder de decisión, por el contrario todo el poder deben tenerlo las partes, y el mediador solo conducir ese proceso. La clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo”<sup>70</sup>.

“Justicia participativa, conforme a un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre hombres”<sup>71</sup>.

Arbitraje, en este caso las partes involucradas, quienes tienen intereses contrapuestos, designan a un juez natural o un árbitro para que por sí mismo o a través de otros decida sobre lo que se le atribuyó siempre conforme a derecho y a las normas de procedimiento, y en un término determinado en el compromiso arbitral.

---

<sup>68</sup>Op. Cit Gozáni, p. 29.

<sup>69</sup>Diez Francisco, “La mediación al Alcance de Todos” entrevista de IDEA, Revista de Capacitación del Centro de Resolución Negociada de Conflictos.

<sup>70</sup>Op.Cit Peñasco, p.113.

<sup>71</sup>Op Cit. Francisco Diez.

La decisión a la que se arriba se denomina laudo, semejante a lo que conocemos como sentencia.

## 2.10. Relación con los Derechos Humanos.

El acceso a la justicia implica el derecho de toda persona, a una respuesta por parte del servicio de justicia frente a un conflicto. Por ende, cuando se desatiende el conflicto, se está violando derechos humanos, siendo un ejemplo claro en Argentina la prescripción de la acción penal.

Desde el año 1948 las Naciones Unidas han llevado a cabo una permanente tarea a favor de los derechos humanos diciendo que; es la administración de justicia en particular los órganos encargados de hacer cumplir la ley, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son la importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible.<sup>72</sup>

Debido a su carácter obligatorio por parte del Estado se impone una respuesta a los conflictos, no siendo obligatoria una respuesta de carácter punitivo. Por otra parte, no solo el derecho de acceso a la justicia, sino que también se encuentra consagrado el derecho a una respuesta del servicio de justicia. Tal como refiere la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. 18, manifiesta que *“Toda persona puede concurrir a los tribunales a 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 principio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”*.

---

<sup>72</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena – parte I (parr. 27) – Publicación de las Naciones Unidas n° de venta S.96XIV, 5ISSN 1020-301X, PAG iii.

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su art. 14 inc.1, dice que: *“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 personal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”*.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su artículo 8 inc. 1, refiere que *“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, establecida con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter”*.

### **3. Tercer Capítulo: Ámbito de Aplicación**

#### **3.1.Introducción. ¿La mediación previene el delito?**

“Los derechos de los ciudadanos plasmados en la Constitución Nacional ya no son percibidos solamente como garantías jurídico-formales, sino como derechos plenos y operativos que exigen efectiva realización material. Esto impone al Estado destinar recursos técnicos, económicos y humanos, en articulación con la comunidad, para produ-

cir acciones encaminadas a vencer los obstáculos con miras a la concreción de esos derechos.

En este contexto, se viene trabajando desde el Estado con acciones que permiten brindarle a la población herramientas para el abordaje pacífico de resolución de las disputas. Se trabaja en ampliar la difusión de tales metodologías, se contribuye a un cambio cultural orientado a la asunción de responsabilidades, así como a la formación de personas, grupos e instituciones que puedan actuar como agentes de cambio.

Esta concepción desemboca en una ampliación del concepto de acceso a la justicia, ya que, permite mejorar la oferta de posibles canales para la resolución de conflictos y, por otro lado, pone al alcance de todos los ciudadanos espacios institucionales para abordar disputas y problemas en general que, por defecto suele terminar en situaciones de violencia.

Podemos decir que la utilización de métodos alternativos como la mediación, sumado a otras herramientas disponibles, pone al alcance de la población medios concretos para la efectiva vigencia de los de su derecho de acceso a la justicia.<sup>73</sup>

La aceptación de la diferencia y de la autoridad, el respeto de las reglas, la tolerancia a la frustración, la experiencia del compromiso y de la negociación dejan atrás las réplicas violentas, tanto en la red social como en la familia. Si estos aprendizajes no se llevan a cabo, es decir, no se toman en cuenta la diferencia, la singularidad y los deseos de cada persona, aparece la violencia, y ésta se vuelve el modelo habitual de resolver los conflictos familiares<sup>74</sup>.

Lamentablemente, la Justicia Penal tal cual está legislada y aplicada no es preventiva. No hay prevención mediante la aplicación de penas, no es el camino correcto para erradicar el delito de nuestra comunidad, toda vez que su intervención llega des-

---

<sup>73</sup> Mediación en la Argentina, una herramienta para el Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación, p. 58.

<sup>74</sup> Perrone, Reynaldo, y Nannini, Martín, Violencia y abusos sexuales en la familia, Paidós, 2005.

pués de haber cometido el hecho, por lo cual en definitiva nos volvemos observadores del crecimiento de la criminalidad en nuestra sociedad.

¿Cómo lograr una provincia, un país entero con menos delito, con menor violencia? La respuesta por supuesto no es sencilla, pero la autora Teresa M. De Val expresa que la mediación puede actuar como procedimiento preventivo.

“Lo que denomino mediación con efectos preventivos, en realidad se refiere a la contención de todas las situaciones de conflicto que pudieran, en la escalada del mismo, llegar a la comisión de un delito penal”.<sup>75</sup>

La Justicia Restaurativa y la mediación suponen la devolución de solución de conflictos a la propia comunidad, como forma de evitar una victimización secundaria a la persona lesionada, rehabilitar eficazmente al infractor y devolverle la paz social a la colectividad.<sup>76</sup>

El delito es un acto de violencia, ya sea psíquica, física, sexual o patrimonial, por ello al hablar de mediación en materia penal no podemos soslayar el tema de la violencia.

Así la prevención del delito como tal debe comenzar desde el mismo lugar desde donde comienza o se origina, es decir desde la comunidad en donde cada ciudadano se desarrolla, y debería implementarse de manera legislativa la mediación penal como una medida de política criminal, una respuesta seria a los conflictos y violencia cotidiana que nos encuentra en cada ámbito de desarrollo, en la comunidad en general englobando la comunidad educativa, laboral, familiar, vecinal, etc, siendo un remedio a miles de males mayores que pueden frenarse, detenerse con una norma que regule ciertas conductas antes que lleguen al tipo delictivo como tal tipificado en nuestro ordenamiento penal.

---

<sup>75</sup>Del Teresa M., Mediación en Materia Penal, Cathedra Jurídica, 2015, p. 172.

<sup>76</sup>Segovia Bernabé J.L., Código Penal al alcance de todos, 7º ed., Popular Madrid.

Por ello la violencia en general es considerada, actualmente por varios autores, como una enfermedad o epidemia social<sup>77</sup> que reviste carácter crónico y es transmitida biológica o culturalmente. Si bien pensar en erradicar la violencia en su totalidad es más bien un pensamiento utópico, si se cree posible bajar el uso de la misma y controlar los efectos que produzca.

Claro está que la violencia como tal no se media, pero si sus consecuencias teniendo en cuenta que en el proceso de mediación se establecen pautas de futuro comportamiento.

Se puede observar que todas las actitudes que cualquier persona lleva a cabo en su ámbito de desarrollo, o de relaciones, y sea en lo laboral, familiar, vecinal, escolar, deportivo, etc., son antesalas a posibles comisiones de delitos penales, por ello es importante encausar la violencia para justamente prevenir la posible comisión de un delito y es allí donde la mediación juega un papel fundamental.

*La dinámica violenta del sistema penal como respuesta a la violencia personal, incrementa ésta hasta límites que comprometen la dignidad humana. La violencia y la incomprensión hacen del sistema penal un encuentro fatal de perdedores<sup>78</sup>.*

En la medida que trabajemos para lograr una sociedad mediadora que aplique justicia restaurativa y acreciente la conciencia de responsabilidad individual y comunitaria, lograremos una mayor prevención del delito.

### **3.2. Ámbito de aplicación**

---

<sup>77</sup>Carranza Casares, Carlos A., “Aportes teóricos para la comprensión del maltrato infantil y familiar”, Revista de Derecho de Familia, N° 17, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, cita a Frederik Goowin, director del Dpto de Salud Mental del Instituto Nacional de Salud.

<sup>78</sup>Rios Martín, J.C.; Rodríguez, P.; Guillen, A.B., y Segovia Bernabe, J.L., La mediación penal y penitenciaria, 2° ed., Colex, Madrid, 2008.



Claramente la mediación no puede pensarse como un método apto para ser aplicado a cualquier tipo de controversia penal, “ni a todo sujeto involucrado en un hecho *prima facie* delictivo”<sup>79</sup>.

Se entiende que dentro de la clasificación de delitos comunes la mediación tampoco es viable, en los casos en que se vea de alguna manera comprometido el “interés, la seguridad o la salud pública o en ciertas situaciones de afectación de intereses difusos y en general no tiene acogida normativa en delitos violentos o cuya comisión revela ciertas condiciones especiales en sus autores”.<sup>80</sup>

### 3.3. Normativa en Argentina

Desde la sanción de nuestra Constitución Nacional de 1853, nuestro estado argentino adoptó la forma federal, lo cual significa que coexisten distintos niveles de gobierno y sus competencias se determinan constitucionalmente. Así las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación ya que son preexistentes a la misma, y el estado central solamente tiene facultades que expresamente los estados de las provincias le deleguen.

El art.75 inciso 12 de nuestra Constitución Nacional definió que es atribución del Congreso de la Nación lo que se refiera al dictado de normas de fondo o sustanciales, que sean de aplicación homogénea en todo nuestro territorio nacional, tales como el Código Civil, Código Penal, etc.

Si bien fue delegada dicha potestad en el estado nacional, las provincias se reservan la facultad de legislar las normas de tipo procesales o de forma, cabe decir, todas

---

<sup>79</sup> Op Cit Mill, p. 237.

<sup>80</sup> Ibidem Mill, p. 237.

aquellas normas que resulten necesarias para poder aplicar las de tipo sustancial. De esta manera, la nación dispuso las penas que correspondan aplicar a los delitos, los tipos de acción, los principios generales, pero dejó en manos de cada provincia la facultad de disponer de qué manera se llevará a cabo el proceso para la efectivización de tales normas de fondo. Así con tales principios, las provincias dispusieron mecanismos procesales, entre los cuales encontramos los métodos de resolución de conflictos, como la mediación civil y en algunas provincias normativa acerca de mediación penal específicamente.

El desarrollo de las prácticas en mediación fue declarado de interés nacional mediante el decreto 1480/92 y luego se sancionó la ley nacional N° 24573, la cual introdujo la obligatoriedad de la audiencia de conciliación entre las partes previas al juicio.

De todas formas como ya fue expresado en el Capítulo I, la Ley Nacional N° 27.147<sup>81</sup>, agregó al Código Penal de la Nación el artículo 59 inc. 6, entre otras, la causal extintiva de la acción penal a “La conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

Así el Sr. Juez Dr. Gabriel M. A Vitale expuso, “...la conciliación o reparación integral, es uno de los institutos que representan la innovación trascendental, por interpretar un acuerdo, una solución entre víctima e imputado por el que se supera el conflicto, existiendo jurisdicción habilitada para el tratamiento de las cuestiones traídas a estudio, en miras de reducir el poder punitivo ocioso del Estado. Por ello, el acuerdo por sí y a través de sus representantes, mediante la comprensión del único sentido y a razón de resolver la disputa, de una forma alternativa a la sanción penal, y que dicha solución está enmarcada por la voluntariedad de todos los intervinientes, adelanta un valioso hecho en la comprensión criminológica. El legislador, como bien se aprecia, multiplica las potestades de la víctima, sin afectar los intereses que representa el Ministerio Público

---

<sup>81</sup>B.O. 18/6/2015

Fiscal como titular de la acción, otorgándole una autonomía plena de gestión procesal”.<sup>82</sup>

Se entiende de todos modos, la conveniente y necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal toda vez que debe defender el principio de legalidad y los intereses generales de la sociedad<sup>83</sup>, a fin de brindar su opinión fundada, aunque no vinculante sobre lo relacionado con los cumplimientos de los requisitos legales del acuerdo que las partes hayan celebrado, y así luego será el Juez al que le corresponda intervenir quien decretará la viabilidad del acuerdo y así la extinción de la acción penal.<sup>84</sup>

### **Córdoba:**

En esta provincia rige desde el año 2000 la ley N° 8858 en donde se excluye la materia penal en causas de acción pública de oficio, pero si prevé la posibilidad de aplicar el instituto de la mediación penal en casos de delitos de acción privada y delitos de acción pública dependientes de instancia privada antes de que la misma sea promovida. Además, plantea la posibilidad de mediación en acciones civiles derivadas de delitos perseguibles por acción pública que se tramiten en sede penal.

Durante el año 2017, precisamente el 16 de junio, se sancionó la Ley N° 10.547 modificando el Código Procesal Penal de Córdoba, Ley N° 8123, por medio de la cual

---

<sup>82</sup> Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, I.P.P. N° 07-00-040915-13/00,9/3/2016.

<sup>83</sup> Conf. Art. 120 C.N.

<sup>84</sup> La Dra. Llerena expuso: “...entiendo que a los fines de arribar a soluciones alternativas, la presunta víctima o parte damnificada debe estar empoderada para decidir de forma libre, y reconociéndosele el derecho de solucionar el conflicto de la mejor manera posible que haga a sus derechos...” “Con ello como norte, debo señalar que durante la audiencia convocada, la presunta víctima si bien dijo que aceptaba el monto de dinero ofrecido, a mi juicio, no fue firme en su decisión; es más, no fue concreta y por momentos me generó cierta confusión en su convencimiento sobre la aceptación, ya que dijo que el monto ofrecido no cubriría todo. Por lo dicho, entiendo que en este caso, al no surgir claro que el conflicto entre las partes está solucionado, ni que la presunta damnificada está empoderada, entiendo que no corresponde hacer lugar a la extinción de la acción penal por conciliación, conforme art. 59 inciso 6° del Código Penal según texto de la Ley 27.147”. ( TOC. 15 de la Capital Federal, CCC 49061/2014/TO1, 11/2/2016, voto de la Dra. Llerena).

se incorporó en su sección segunda los criterios de oportunidad reglada receptada en el código procesal de la nación.

### **Buenos Aires:**

La provincia de Buenos Aires cuenta con una moderna legislación en la materia, así en el año 2006 sancionó la Ley N° 13433, disponiendo en su art.6 la creación de Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos que actúa en cada caso que los señores/as fiscales deriven una investigación penal en : 1) causas correccionales, 2) causas que se vinculen a hechos suscitados por motivos de índole familiar, convivencia o vecindad, 3) causas cuyo conflicto se circunscribe a contenido patrimonial y 4) delitos cuya pena máxima no exceda los seis años de prisión.

Dicha ley refiere en detalle la forma en que dicho procedimiento debe llevarse, pero excluye en forma expresa algunos tipos delictivos como también veda la posibilidad del procedimiento de mediación cuando el sujeto denunciado hubiera incumplido un trámite anterior o no haya transcurrido el plazo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución en otra investigación.

### **Chaco:**

En esta provincia nortea de nuestro país, fue sancionada la ley N° 6051 en el año 2007 por la cual se regula la mediación en general, remitiendo en materia penal a la ley N° 4989, y la define como el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, la víctima u ofendido, agregando que cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entrar a consideración la reparación ante la comunidad <sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup>El artículo 1 de la Ley 4989 que regula la mediación penal en la Provincia de Chaco, dispone lo siguiente “establécese la mediación penal en forma de resolución de conflictos”; asimismo, el Artículo 2 del mismo ordenamiento jurídico establece que “la mediación penal es el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria

La citada ley consagra uno de los principios de la mediación, el cual es el carácter voluntario de este mecanismo heterocompositivo.

El mismo cuerpo legal señala los hechos por los cuales puede proceder la mediación. El artículo 4 dispone que la mediación se aplicará en todos aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como también la inhabilitación y multa, sumado a ello con carácter excepcional, cuando se trate de delitos con pena mayor a seis años de prisión, una vez atribuidas las responsabilidades por decisión del tribunal jurisdiccional o una vez dictada la sentencia condenatoria.<sup>86</sup>

Así, son los abogados con conformidad de sus clientes los que solicitan en esta provincia la mediación penal, se puede afirmar que en dicha provincia los delitos que no superan la pena de 6 años van todos a mediación.

Los acuerdos de mediación en la materia penal llegan al 85%, hay mas acuerdos en dicha materia que en materia civil.

En esta provincia se utiliza este medio de resolución aún luego de la sentencia, lo cual sirve para aquellos casos en que corresponda a efectos de lograr reinserción o inserción<sup>87</sup> del interno en la comunidad, evitar una superpoblación carcelaria, programar una vuelta a la sociedad después de haber conversado con la víctima y de haber mostrado su arrepentimiento.

---

del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido. Cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o sea suficiente por si mismo, entrará en consideración la reparación frente a la comunidad. Las prestaciones de reparación no deben gravar ni al lesionado ni al autor en forma desproporcionada o inexistente.

<sup>86</sup>El primer párrafo del Artículo 21 de la Ley 4989 de Mediación Penal dispone que “en caso de los delitos con penas mayores a las previstas en el artículo 4 de la presente ley, una vez atribuidas responsabilidades por decisión jurisdiccional o una vez dictada la sentencia condenatoria, las partes podrán solicitar al Tribunal o Juez de Ejecución atribuidas responsabilidades por decisión jurisdiccional o una vez dictada la sentencia condenatoria, las partes podrán solicitar al Tribunal o Juez de Ejecución, la aplicación del presente procedimiento; aceptado por el Fiscal, la víctima u ofendido por el delito y por el querellante particular en su caso, el Juez remitirá el conflicto a mediación penal de acuerdo con las formas previstas en la presente Ley”.

<sup>87</sup>Reinserción= el que estaba en la comunidad y regresa a la misma..Inserción= el que no estaba inserto y gracias al tratamiento se convierte en un ser social.

**Entre Ríos:**

La Constitución Provincial de la provincia de Entre Ríos fue reformada en el año 2008 y se incluyó en el artículo 65 último párrafo el fomento de medios alternativos para la resolución de conflictos, al referir ...” Se promueve la utilización, difusión y desarrollo de las instancias no adversariales de resolución de conflictos, especialmente la mediación, negociación, conciliación, facilitación y arbitraje”. Así, se consagra a nivel constitucional la posibilidad de acceso a la mediación como un medio no adversarial para resolución de conflictos.

El principal reformador de la Constitución referida ut supra, el legislador Haiek, durante el período de sesiones observó a la mediación como un instrumento necesario para la resolución de conflictos, fuera el ámbito del poder judicial. Citando sus palabras, el mismo explicó “ *para alcanzar en su ámbito la justicia en concreto con la asistencia de un tercero (el mediador) que no imparte nada, que solamente facilita, que acerca, que decodifica su lenguaje, que es el lenguaje del conflicto. Este operador del derecho junto con otros operadores de otras disciplinas, la mediación, la co- mediación, es el que por imperativo constitucional (afianzar la justicia), proponemos hoy, que se incluya en esta Constitución*”.<sup>88</sup>

En la provincia de Entre Ríos se buscó no competir con el principio de legalidad ni colisionar con el mismo, sino todo lo contrario complementarlo, como también buscaron la forma de humanizar el servicio de justicia, a través de la incorporación del instituto de la mediación. Luego también fue incorporado dicho instituto a Código Procesal Penal de dicha provincia.

Observamos entonces lo distintivo de la provincia referida en relación al resto, ya que ésta incluyó no sólo el instituto sino la idea del priorizar su uso en la investigación, incluyéndolo en la Constitución Provincial.

**Río Negro:**

<sup>88</sup><http://convencion.hcder.gov.ar/indice/htm/D25-14082008o001.htm#M3398>.

La provincia de Rio Negro cuenta con la ley N° 3987 la que en su artículo dos, define la mediación penal como: un método adversarial dirigido por un mediador con título habilitante, a través del cual se promueve la comunicación entre las partes en procura de un avenimiento que logre, en la medida de lo posible, la reparación o compensación de las secuelas y/o las consecuencias del hecho delictivo.

El artículo referido tiene un agregado importante, toda vez que incorpora el requisito de título habilitante para quien facilite o esté a cargo de la mediación.

### **Santa Fe:**

Desde el año 2007 en la Provincia de Santa Fe contempla en su Código Procesal Penal el instituto de la mediación penal.

Código Procesal Santa Fe. Artículo 20: A los efectos de lograr la conciliación señalada anteriormente, se establecerán procesos de mediación entre los interesados según la reglamentación respectiva, asegurando la dignidad de la víctima, del imputado y la igualdad de tratamiento de ambos.<sup>89</sup>

Fueron creadas a tal efecto oficinas de mediación penal, así su denominación es Oficina de Mediación y depende directamente del Ministerio de Justicia, desarrollando su actividad dentro de la esfera del Poder Ejecutivo Provincial.

En dicho proceso las partes pueden intervenir sin necesidad de una denuncia previa, por lo que en muchas ocasiones antes de recepcionar la denuncia en sede penal, el Sr. Fiscal interviniente deriva a las personas a ésta dependencia. “Realizan el abordaje del conflicto y no del delito, trabajando en red (psicólogos, asistentes sociales) cuando ello se hace necesario. No hacen citaciones a las partes sino invitaciones, en lo posible por teléfono o concurriendo personalmente. No se busca el reconocimiento de los hechos ni la asunción de responsabilidad (de lo que sólo se habla si aparece en la mesa)”.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> B.O. 31/08/2917.

<sup>90</sup> Op Cit, Mill p.240

### **Tierra del Fuego:**

Esta provincia tiene una legislación moderna en materia de mediación, y prevé la mediación penal, así la ley N° 804 fue sancionada en el año 2009.

### **Chubut:**

Esta provincia contiene en su Código Procesal Penal los artículos 47 y 48 en los cuales prevé la posibilidad del uso de la conciliación y de la reparación, como salidas diversas al juicio, para dirimir el conflicto penal con la participación activa y voluntaria de sus protagonistas.

*Artículo 47. Conciliación.* Las partes podrán, en el mismo plazo previsto en el artículo anterior, arribar a conciliación en los delitos conminados con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos.

El juez homologará el acuerdo, si correspondiere, y dictará el sobreseimiento una vez cumplida la obligación asumida. Hasta tanto se cumpla la misma, quedarán suspendidos los plazos de duración del proceso. La resolución de homologación constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código.

La conciliación no procederá en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo.

*Artículo 48. -Reparación.* En los mismos casos y plazos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y mediar con consentimiento del fiscal, que en este caso será vinculante.



El juez dictará el sobreseimiento una vez cumplida la obligación asumida. Hasta tanto se cumpla la misma, quedarán suspendidos los plazos de duración del proceso. La resolución contendrá la oferta de reparación y el criterio objetivo seguido por el juez para establecer que el imputado la cumplirá. Constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código.

Rige el último párrafo del artículo 47.<sup>91</sup>

### **Mendoza:**

Nuestra provincia carece de una Ley de mediación, el poder legislativo provincial digamos que se encuentra atrasado en esta materia, quedando la provincia poco moderna en la materia, la cual estos últimos años ha crecido de manera agigantada, A pesar de no tener legislación, nuestra provincia cuenta en materia penal con una Acordada de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza que regula dicho procedimiento y por la cual se creó el Cuerpo de Mediadores en lo Penal, oficina que depende de la Suprema Corte de Justicia y que trabaja en todo el territorio provincial con un cuerpo de aproximadamente cincuenta (50) mediadores

Así teniendo en cuenta que la provincia no cuenta como se refirió con una Ley en la materia si cuenta con la Acordada N° 21612 bis por la cual res resolvió la aprobación del Proyecto Piloto de Mediación Penal en Juzgados Correccionales y Contraven- cionales, por la cual se creó el Cuerpo de Mediadores de la Provincia,

De acuerdo a entrevista realizada a la Lic. Lorena Sorrentino Psicóloga, quien está a cargo del Cuerpo de Mediadores en lo Penal en nuestra provincia la misma le refirió a quien suscribe, que nuestra provincia cuenta con un cuerpo integrado por aproximadamente cincuenta (50) mediadores, todos profesionales, en su mayoría abogados y sólo seis psicólogos, formados en mediación, y que actualmente existen 29 sedes.

---

<sup>91</sup> B.O. 01/06/2010.

En relación a la forma de trabajo la misma manifestó que las derivaciones se realizan desde las Unidades Fiscales o incluso desde la OGAP antes de realizarse la audiencia de debate respectiva.

El proceso que se lleva a cabo en la dependencia a su cargo es, una vez que se recibe el expediente, se asigna al mediador, previo haberse realizado una admisión de dicho expediente.

Luego si el caso es apto para un proceso de mediación, se fija audiencia privada con las partes, primero con una y luego con otra, luego de ello realizan la audiencia conjunta o privada a fin de intentar llegar a un acuerdo.

Finalizado ello se remite ya sea a la Unidad Fiscal que corresponda o a la OGAP, actuaciones y acuerdo.

Los acuerdos sostenibles funcionan en un noventa por ciento de los casos según refirió la Lic. Sorrentino, y en relación a los delitos por los cuales se requiere mayor servicio manifestó que los Correccionales, y en Estafas los últimos dos años se han obtenido muy buenos resultados.

De la entrevista surge según lo referido por la licenciada, que en el setenta y cinco u ochenta por ciento de los casos tiene que ver con lo relacional que los acuerdos mas que buscar una reparación económica, patrimonial, buscan el pedido de disculpas, la disculpa por el hecho que dio origen al conflicto. En donde quizás se ve una reparación económica es los casos de derivación por delitos de estafa, en donde dependiendo de las posibilidades de las partes, en ocasiones se llegan a acuerdos en donde pactan seis y hasta ocho cuotas que es a lo que realmente pueden obligarse.

La Lic. Lorena Sorrentino, Coordinadora del Cuerpo de Mediadores en lo penal, facilitó algunas estadísticas que su dependencia elaboró, así durante el lapso comprendido desde el 1° de Enero al 31 de Agosto del año 2018, en la Primer Circunscripción Judicial de nuestra provincia, le fueron remitidas quinientas cincuenta causas (550), de las cuales, llegaron a acuerdos un sesenta y ocho por ciento (68%), mientras que un doce por ciento (12%) no obtuvo acuerdos, y el porcentaje restante del veinte (20), fueron hechos que no eran mediables, no aceptaron el proceso, hubo desistimiento,

ect., por lo cual podemos observar de esta lectura de datos, que los porcentajes de acuerdos son altos.

En la provincia de Mendoza para ser mediador se requiere: Título universitario y ser egresado de la Facultad de Ciencias Económicas, de Derecho y Ciencias Jurídicas, estar inscripto en la matrícula, tener cinco (5) años de ejercicio de la profesión, ser mediador: curso básico, entrenamiento y pasantía homologado por el Ministerio de Justicia de la Nación, experiencia de mediación, acreditadas a través de 30 horas de mediación, domiciliado en la provincia de Mendoza, dentro del radio de cincuenta cuabras del tribunal.

### **3.4. Mediación en casos de Violencia de Género en la Provincia de Mendoza**

Primeramente es necesario definir lo que se conoce como Violencia de Género, es decir su definición, la cual la podemos extraer de la Ley Nacional N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres, que en su artículo 4° la define: “ Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja respecto al varón.<sup>92</sup>

La Ley nacional referida fue publicada en Boletín Oficial el 14 de abril de 2009, a dicha normativa la provincia de Mendoza adhirió en su totalidad por Ley provincial N° 8226.

---

<sup>92</sup> B.O. 14/10/2009

Nuestro Código Penal, no contiene tipificación de delito que corresponda a la violencia doméstica, aunque debe considerarse que dentro del catálogo de delitos que se encuentran tipificados en el Código de fondo encontramos figuras delictivas que pueden ser el resultado de violencia familiar y/o doméstica, disponiéndose en algunas de esas figuras los agravantes respectivos en razón del vínculo.

Comparto en relación al título del apartado, lo expresado por Teresa M. Del Val, quien refiere que la violencia no se media<sup>93</sup>.

Continuando Ilundain y Tapia, concluyen en este sentido en relación a la Mediación y Violencia Familiar<sup>94</sup> que no es mediable la violencia toda vez que no pueden celebrarse acuerdos entre personas cuyo desbalance de poder es notable, y sumado a ello existe riesgo físico para alguna de ellas.

La misma Ley Nacional N° 26485 en su artículo 28, in fine expresa claramente “...Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación...”.

Además de lo expresado nuestra provincia cuenta con la Resolución General N° 148/12 de Procuración General de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, la cual expresamente dispone, establecer como directiva general dirigida a los Sres. Fiscales de Cámara, Fiscales de Instrucción, Fiscales en lo Penal de Menores y Fiscales Correccionales, que en lo sucesivo se abstengan de propiciar la aplicación de principios de oportunidad, y de prestar consentimiento fiscal correspondiente cuando deban constar la vista relativa al pedido de Suspensión del Juicio a Prueba previsto en el artículo 76 bis del C.P., y procesalmente regulada por el artículo 30 del CPP, Ley 6730, en aquellos casos en que el/los delito/s que se investiguen impliquen cualquier forma de violencia de género, familiar o doméstica, ajustándose a los términos de la Convención Belen Do Para y a las leyes vigentes.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup>Evidentemente, el mediador no puede elaborar un acuerdo en base al compromiso del ofensor de pegar menos, por ejemplo, en lugar de diez golpes, dar dos. DEL VAL M TERESA, Mediación en Materia penal Cathedra Jurídica, 2015, p. 195.

<sup>94</sup>Ilundain, Mirta, y Tapia, Graciela <http://www.cambiodemocratico.org/publicaciones/h.p..>

<sup>95</sup> Resolución Procuración General de la SCJ Mendoza N° 148/12.

Más reciente encontramos la Resolución General de la Procuración General de Suprema Corte de Justicia de Mendoza N° 717/16, la cual fue dictada luego de la modificación del C.P. a través de la Ley Nacional N° 27147, por la cual como ya se refirió en otro capítulo del presente trabajo introdujo el inciso 6° al artículo 59, por el cual se desprende que la acción penal puede extinguirse por mediación o conciliación, ante ello ésta Resolución de Procuración tuvo que adecuar los principios de oportunidad a la realidad judicial y distintas situaciones conflictivas que puedan presentarse en nuestra sociedad, por lo cual se reglamentó la aplicación de tales principios de oportunidad, y en relación al Hecho expresamente la misma refiere “...que no se trate de casos de violencia de género,..”.

Es clara la improcedencia de la mediación como vía de solución de conflicto en delitos de violencia de género, así “...Si bien el artículo 106 del CPP admite el instituto de la mediación para delitos con sanción que no exceda los seis años de prisión; éstos deben ser aquellos cometidos sin violencia en la integridad física de las personas, que no es el caso de autos, las normas del código de rito, deben ser interpretadas de forma armónica y en su conjunto, y no en forma aislada.”<sup>96</sup>

### **3.5. Jurisprudencia**

#### **Solución del Conflicto-Improcedencia de la Suspensión del juicio a prueba por Violencia de género a pesar de la Reanudación del vínculo.**

---

<sup>96</sup>Op.Cit Peñasco, p. 84.

“Si al efectuar la denuncia, la víctima manifestó expresamente su deseo de instar la acción penal, resulta ajustada a derecho la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba respecto de un hecho que debe ser calificado como “violencia contra la mujer”- en tanto el imputado agredió físicamente a la damnificada, aplicándole golpes de puño en el rostro y en la boca del estómago, para luego golpearle la cabeza contra la pared-, sin que obste a ello que la denunciante expresara que había reanudado la relación de pareja con el encartado y desistía de la denuncia. (Dres. Hornos, Righi y Germignani).<sup>97</sup>

### **Jurisprudencia Derecho Comparado España**

“Respecto a la fijación de la medida de guarda y custodia para los padres de un menor nacido de una unión no matrimonial, el art. 233- 9.3 del CCCat establece la posibilidad de acudir a un proceso de mediación. No obstante, en virtud del art. 87 ter. 5 LOPJ se prohíbe el procedimiento de mediación en aquellos casos en los que exista un proceso penal de violencia de género.”<sup>98</sup>

“Se excluye la mediación familiar o terapias educativas, ni aunque ello sirva para la reglamentación de la custodia compartida, en supuestos de violencia familiar o machista”.<sup>99</sup>

## **4. Cuarto Capítulo: Mediación Policial**

### **4.1. Mediación efectuada por Mediadores Policiales**

<sup>97</sup> Causa CCC 25019/2013/PL2/CFCI- Gamarra- Sala IV reg.2969/14-17/12/2014. Cita de Op. Cit. Peñasco, p. 150.

<sup>98</sup> Op. Cit. Estancona, Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) Sentencia núm. 486/2014 de 16 julio [JUR\2014\237457], p. 11.

<sup>99</sup> Ibidem, Estancona, SAP de Lleida (Sección 2ª) de 24 de septiembre de 2015. Sentencia núm. 372/2015. [JUR 2015\262468],p. 11.

Nos encontramos en una época de constantes cambios sociales y las organizaciones policiales deben adaptarse a los nuevos tiempos para así entender mejor las relaciones humanas, entendiendo que la represión no puede ser la única respuesta.

La Policía como garante del orden debe adaptarse a esos cambios, y desarrollar nuevas maneras de gestionar los conflictos, porque con el uso de la fuerza, a veces, no se consigue el resultado deseado, sino por el contrario. En una sociedad moderna la participación de la Policía en aspectos más preventivos es cada vez más necesaria, y es claro que las fuerzas policiales tienen un papel importante en la realidad social, lo cual debe seguir y continuar de esa forma, toda vez que la ciudadanía requiere de su colaboración en forma habitual, sin ir más lejos al recordar de donde viene la palabra policía ésta proviene del francés, policier que significa poder del pueblo.

Se debe trabajar para lograr una mejor convivencia social de todos los actores de la comunidad, garantizando a los mismos paz social, seguridad a través del trabajo mancomunado de la policía con los ciudadanos, por ello parece importante que la mediación en temas comunales pueda ser trabajado por la misma policía, quien puede lograr acuerdos entre vecinos que tengan algún tipo de conflicto.

Primeramente dichos actores policiales deben estar capacitados toda vez que una intervención inadecuada de los mismos puede aumentar el conflicto logrando resultados inesperados e insalvables, dicha formación deberá ser basarse en derechos humanos fundamentalmente.

Se puede decir que la mediación a cargo de policías consiste en la intervención de un policía debidamente capacitado como mediador, los conflictos a mediar llegan en forma voluntaria a la comisaría o dependencia, es decir que no son derivados de ningún tipo de institución. Además esta actividad mejorará notablemente la imagen del agente policial, y además previene comportamientos violentos en el ámbito comunitario.

Una Policía cercana, preventiva que utiliza las técnicas de la mediación para resolver conflictos privados, sociales y que trabaja sobre el efecto, pero también sobre la causa, para la prevención de dichos conflictos, supone un cambio en la percepción de la seguridad.

“Un factor real y efectivo de paz en la comunidad es la mediación llevada a cabo por mediadores policiales, a quienes les llega cualquier tipo de casos antes de convertirse en delito”.<sup>100</sup>

Concluyendo entonces sobre mediación policial decimos que “es la mediación ofertada por policías en el marco de la Institución. Por lo común, la mediación se realiza en las instalaciones policiales y los policías intervienen siempre de uniforme. Su fuerza radica en la confianza que los ciudadanos depositan en la institución y en los propios policías. De manera significativa va mejorándose e incrementándose la colaboración con organismos públicos como los Juzgados, Servicios Sociales y Educativos, Ayuntamiento, etc., así como privados tales como asociaciones y los ciudadanos a título personal”.<sup>101</sup>

#### **4.2. Características. Objetivos. Perfil del policía encargado de la mediación.**

##### **Características**

- Quienes realizan la mediación son pertenecen a la fuerza policial y deben ser policías en actividad.
- No es una actividad obligatoria
- Siempre estar encaminada a la prevención

---

<sup>100</sup> Gallardo Campos, Perez Montiel, y Pérez Beltrán, Mediación policial: un oxímorom, Edición Loisele, España, 2013. Ver también Gallardo y Cobler, Mediación policial, Tirant lo Blanch, 2012, cita de Op. Cit. Del Val, p. 293.

<sup>101</sup> Mediación policial: un oxímorom. Ibidem Del Val, p. 294.



-No interviene cuando se trate de delitos o hechos que ya estén judicializados

### **Objetivos de la Mediación efectuada por personal policial**

-Mantener a armonía de la comunidad, una convivencia pacífica

-Promover la participación de los afectados para lograr una solución del conflicto

-Evitar judicializar relaciones personales y convivenciales

-Prevenir futuros conflictos

-Restablecer las relaciones a través de un buen canal de comunicación

### **Perfil del Personal Mediador**

Se enunciarán algunas características que debería tener las cuales no son taxativas, pero que deben estar presentes en quien se presente como mediador, o desee serlo.

-Debe ser un Policía uniformado, ya que eso demuestra que trabaja para el ciudadano y dicha circunstancia logra respecto hacia ese uniforme, siendo una forma diferente de ejercer la actividad policial

-Debe haberse capacitado en mediación, lo cual permitirá la escucha activa de las partes y su participación hacia una resolución del conflicto original

-Transmitir confianza, a través de su presentación tanto de su imagen y el trato

-Respetuoso

-Paciente

-Cordial

- No autoritario
- Creativo a la hora de plantear las posibles soluciones
- Poseer habilidades sociales
- Empatía

### **4.3.Conflictos mediables**

- Temas relacionados con la convivencia o vecinales
- Molestias por ruidos
- Daños ya sea por pintadas en paredes o locales comerciales, como también roturas de mobiliario o elementos de la comunidad
- Molestias ocasionadas por animales
- Incidentes menores en escuelas
- Temas de Higiene y/o Salubridad
- Conflicto por tira de basura en espacios comunes
- Molestias por Obras de construcción
- Conflictos entre comerciantes
- Discusiones vecinales

¿Qué proporciona dicha actividad al agente policial y a la policía en general? , que al acercarse la misma como autoridad al servicio de la comunidad, a fin de ayudar en la comunicación y/o gestión de algún conflicto, obtiene un mayor respeto de la organización en general y del uniforme policial el cual en muchas ocasiones se ha visto desvalorizado y menospreciado por la comunidad en general.

Logra a través del tiempo y de la capacitación constante mejores herramientas para su labor diaria, toda vez que el agente policial debe prevenir con acciones positivas y evitar el uso de la fuerza, evitando resultados que puedan ser perjudiciales para la comunidad en su conjunto.

La idea es contribuir a la paz social a través de un actuar de una Policía participativa que deja de ser coercitiva, siendo el objetivo primordial la prevención de hechos que no terminen en delitos o violencia personal.

Decimos entonces que buscamos una policía altamente proactiva, y que efectivamente a través de la mediación policial se lleve a cabo una tarea altamente preventiva, siempre siendo necesario para ello la colaboración de la comunidad, lo cual se alcanzará y cada vez más si se ve al agente como una posible vía de solución a ciertos conflictos que de nada sirve sean judicializados, lo cual en definitiva no trae aparejada ninguna solución que pueda colaborar hacia una mejor relación y comunicación sino que por el contrario acelera la violencia y provoca mayor aspereza entre los involucrados.

El Policía Mediador tiene una labor de servidor público, con una formación adecuada y habilidades para establecer relaciones positivas con los ciudadanos. Para ello se hace necesario un cambio en la mentalidad y en la forma de trabajo, un cambio social, en la que el policía debe adecuarse a los cambios y responder a las nuevas demandas sociales, anticiparse a los problemas, trabajando no sólo los conflictos cuando surgen, sino también en las causas y los orígenes de éstos, intentando aplicar la mediación en los casos que sea posible.

Para lograr resultados que alienten a la utilización de ésta práctica inicialmente es fundamental una buena formación de los agentes policiales, lo cual debe extenderse a todo el personal no solo a quienes se dedicarán en forma exclusiva a la mediación, es decir que la formación debe iniciarse en la etapa de estudio de la carrera policial como una materia de la currícula, es decir una capacitación a conciencia en lo teórico y práctico, con posibilidad luego de realizar talleres para especializarse en la materia.

La formación en mediación no solo aportará al agente o futuro agente de los conocimientos y habilidades necesarias para llevar a cabo una gestión de conflicto con un

buen resultado sino que aportará una mejora en las actitudes de los agentes policiales a la hora de relacionarse con sus pares, con sus superiores, y sobre todo con la comunidad entera.

A su vez será necesario poner en conocimiento de la comunidad que tal recurso se encuentra disponible logrando una conciencia social que lleve a evitar recurrir a la justicia por hechos que solo generan un desgaste administrativo, económico y personal sin buenos resultados, cambiándolo por una gestión del conflicto o problema que sea con un resultado a corto plazo, visible y basado en el respeto del otro.

Es necesario e importante contar con una guía de actuación con procedimientos pautados los cuales no deben ser estáticos sino por el contrario tener cierta flexibilidad que permita actuar en cada caso ajustado a la norma pero con la posibilidad de utilizar todas las herramientas necesarias que se adecuen al caso en concreto y por ello si se sigue un modelo que no pueda modificarse de nada servirá ya que cada caso es diferente y por mas que pueda ser del mismo tipo las personas que intervienen son diferentes y eso hace que cada caso sea único y es necesario que el agente que intervenga pueda personificar y adecuar dicha guía de actuación al caso concreto con el fin de obtener un resultado favorable y exitoso.

Este mecanismo será solicitado en forma voluntaria por el ciudadano, quien podrá dirigirse en forma personal a la dependencia policial más cercana a su domicilio y así exponer la situación que lo incomoda, nada obsta que dicho servicio sea solicitado en forma telefónica por un ciudadano que esté en dicho momento siendo afectado por algún conflicto vecinal quien requiera una patrulla policial en su domicilio, así en caso de ser mediable dicha situación se pondrá en contacto al agente que corresponda a fin de que se apersona en el domicilio y luego de escuchar el inconveniente suscitado ofrezca el servicio de mediación.

Es importante que el servicio de mediación sea solicitado de manera formal, quedando registro de dicho pedido, a fin de que el Jefe o Persona a cargo pueda informar si dicha situación puede ser mediable o no, toda vez que aquellos casos que denoten connotaciones penales no serán viables de resolver a través de dicho sistema.

Una vez que se dé curso al pedido se le asignará un efectivo policial que estará a cargo del mismo, quien gestionará la medida, para lo cual previamente citará al peticionante y se informará debidamente del hecho que motivó dicho pedido, para lo cual luego deberá recabar toda la información necesaria para lograr una buena gestión de dicho conflicto a la vez que deberá informar al ciudadano peticionante los alcances de la medida, las reglas que las partes deben respetar, las posibles soluciones viables y las desventajas que pudieran existir en caso de no llegar a un acuerdo.

De la misma manera fijará una entrevista con la otra parte, explicando y poniendo en conocimiento de la situación, del pedido efectuado por el conflicto existente y escuchará de él/ella lo que opina acerca del suceso.

Así luego de haber conversado con ambas partes por separado y se fijará una Sesión o entrevista en donde ambas partes manifestarán su voluntad de someterse al proceso aspirando lograr un resultado favorable para ambas, momento en el cual el agente deberá informar la confidencialidad de lo que se trate en relación a ambas partes, firmando las mismas dicha conformidad.

Posteriormente se llevará a cabo la mediación en sí, estando ambas partes dando a conocer las distintas posiciones y ahora sí comenzar la búsqueda de las posibles soluciones que puedan concluir con el conflicto suscitado entre ambas, así el agente policial solo acompañará a las partes y ordenará los planteos que realicen a fin de lograr un acuerdo que sea beneficioso para ambas y del que luego no se vayan a arrepentir, toda vez que éste debe ser justo para poder satisfacer los intereses de las partes en forma equitativa.

Una vez que las partes llegan a dicho acuerdo, el mismo quedará reflejado en un acta que firmarán cada uno de sus participantes siendo el documento expreso de la resolución arribada, con el compromiso de cumplir lo pactado y acordado, en dicho momento el agente interviniente alegará a las partes a continuar de esa manera y elogiará el haber arribado a un consenso y puesta final del conflicto del que eran parte, ponderando el sistema de mediación como mecanismo de resolución de conflicto.

En caso de que las partes no se pusieran de acuerdo, y no llegaran a una solución que pudiera beneficiar a ambas se dejará plasmado en acta el motivo por el cual no se llega a un punto de solución y cuál será el trámite que continuarán ya sea una denuncia penal o civil dependiendo del conflicto.

Finalmente se cierra dicho expediente y el mismo será archivado, colocando una fecha de revisión, lo que significa que pasado un tiempo que se fije que no deberá ser mayor a tres meses de llegado al acuerdo, el agente realizará un control de satisfacción y de cumplimiento, para luego poder elevar un informe de resultados, el que estará basado en una evaluación tanto cuantitativa como cualitativa sobre el servicio de mediación, en el cual se determinará:

- . La cantidad de solicitudes del servicio
- . La cantidad de acuerdos que se lograron
- . la cantidad de hechos que no pudieron mediar y fueron derivados a otras dependencias y/o instituciones.
- . Datos personales de los participantes en cuanto a nacionalidad, sexo, edad, etc
- . El lugar en que ocurren los conflictos distinguiendo si es en el domicilio, o la vía pública o algún otro.
- . El grado de satisfacción de las partes con el conflicto resuelto
- . El cumplimiento de lo pactado.

Así se puede observar que este procedimiento o proceso como prefiera llamarse en este esbozo realizado, está al alcance de todos y además no es complicado sino por el contrario está dotado de sencillez extrema para ser aplicado a todo conflicto que pueda concluir con una mediación llevada a cabo por un agente policial, descongestionando así el servicio de justicia del Poder Judicial, y además logrando soluciones rápidas y ajustadas a las necesidades de quienes son parte del conflicto.

### **Urgencia y necesidad de que la policía esté capacitada**

En muchas ocasiones las personas concurren a la comisaría y dan aviso por teléfono por hechos que en la mayoría de los casos no son delitos, por ello la necesidad de contar con personal policial que pueda encausar debidamente el conflicto que se plantea, evitando que el mismo crezca y sí pueda configurar un delito, lamentando luego resultados inesperados, por eso si la actividad preventiva no resulta como debiera dicho hecho puede ser luego irreversible, ocasionado en ocasiones hasta la muerte de una persona afectada.

Así Zaffaroni nos comparte:

Integración y capacidad para derivar y resolver conflictos:...el personal policial muchas veces es la más próxima representación del Estado que tiene el habitante - y a veces la única-, por lo cual debe tener un mínimo de entrenamiento para manejar la conflictividad cotidiana, aconsejar , orientar a la población, derivar los planteos a las diferentes agencias del Estado.

La estación policial, la escuela, el hospital y el municipio, deben coordinarse, en la pequeña aldea y en la gran ciudad, aunque cambien los niveles de jerarquía de los funcionarios que operen. Ninguna de estas agencias puede desentrenarse de los conflictos que se les plantean o que encuentra a su paso. De su coordinación adecuada depende que se resuelvan muchos conflictos que de otro modo pueden volverse violentos e incluso costar vidas humanas.<sup>102</sup>

Es por demás imperioso contar con una policía altamente capacitada para que pueda resolver y atender los conflictos que la sociedad le hace llegar, al primero en llamar o concurrir es a la comisaría, por ello es que su personal debe estar altamente preparado para orientar a quien llama o concurre en busca de ayuda por un hecho que pueda ser grave o no, pero la buena voluntad del personal policial que de turno se encuentre no basta sino va acompañada de una buena capacitación y de recursos para poder actuar.

---

<sup>102</sup>Zaffaroni, Eugenio R., La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011, Obra Recomendada por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y trato del delincuente.

*Muchos hablan de la corrupción policial y ven con mucho pesimismo la intervención policial en la comunidad. En realidad habría que darles mayor capacitación mejores recursos técnicos y mejorar sus condiciones de vida.*<sup>103</sup>

El mediador policial por tanto gestionará la mediación a través de un diálogo respetuoso, y será paciente en el proceso que se lleve adelante, siendo tolerante con las partes involucradas logrando una comunicación basada en el respeto del otro.

*El mediador policial tiene mayor inmediatez con los asuntos y en algunos casos su intervención no puede dilatarse, bajo peligro de acrecentarse el conflicto.*<sup>104</sup>

La mediación que efectúa el personal policial es una herramienta de la Justicia Restaurativa, así que las Naciones Unidas sostienen que la Justicia Restaurativa es una respuesta evolucionada a la gestión del conflicto que respeta:

- a) la dignidad y equidad de cada persona,
- b) Construye comprensión y promueve armonía social,
- c) Mediante la “sanación” de la víctima, el infractor y la comunidad.<sup>105</sup>

Los mediadores policiales son los encargados de derribar las diferencias conflictivas que separan a las personas en la vida cotidiana, y con su accionar gestionan esas diferencias logrando la paz de la comunidad a través de la Justicia Restaurativa, y esa paz puede lograrse a través del uso de la comunicación.

“Si quieres hacer la paz con tu enemigo tienes que trabajar con él. Entonces se convierte en tu compañero”.<sup>106</sup>

#### **4.4 Mediación Policial en Derecho Comparado**

---

<sup>103</sup>Del Val Teresa M, Mediación en materia penal, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2015, p. 288.

<sup>104</sup>Ibidem Del Val, p. 295.

<sup>105</sup>Del Val, Teresa M. (coord.), Gestión del conflicto penal, Astrea, Buenos Aires 2012.

<sup>106</sup>Nelson Mandela. El Largo camino hacia la libertad, 1995.



## **España**

En este país en la ciudad de Castellón, la Policía de Vila Real, fueron los primeros en incorporar el concepto en la tarea policial. Es una policía moderna que intenta dejar de ser una policía coercitiva, así el objetivo planteado es la prevención, lo cual se trabaja a través de la mediación, logrando la reducción del índice de violencia y reducir la comisión delictiva.<sup>107</sup>

En este país aumenta la implementación de gestión de conflictos por parte de la policía. El 28 de marzo de 2014, fue presentado en rueda de prensa el convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Federación para la implementación del proyecto sobre mediación policial en la ciudad.

Dicho convenio favorece que los policías locales puedan actuar de mediadores en aquellos conflictos que se dan entre ciudadanos, que afecten cuestiones relacionadas con viviendas, el entorno en donde residen. La idea principal es que dichos inconvenientes sociales no lleguen a un trámite judicial.<sup>108</sup>

## **Colombia**

En este país es la Policía Metropolitana del Valle de Aburra de Medellín que tiene un centro de conciliación.<sup>109</sup>

## **Brasil**

En este país la Policía Civil de Mina Gerais trabaja exitosamente en mediación.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Op. Cit, Del Val, p. 266.

<sup>108</sup> Op.cit. Del Val p.284.

<sup>109</sup> <http://www.conciliacion.gov.co/centros>, Op. Cit Del Val p. 285.

<sup>110</sup> Informe de ACADEPOL-MG, Academia de Policía Civil. Ibidem, Del Val p. 285.

#### 4.5 Mediación Policial en Mendoza<sup>111</sup>

El Ministerio de Seguridad de nuestra provincia cuenta con un equipo de Mediación y el propósito del mismo es resolver los conflictos entre vecinos de la comunidad. Es una prestación gratuita y confidencial donde se asiste a las partes para ayudarlas a modificar la relación conflictiva, utilizando para ello el diálogo.

Los destinatarios pueden ser cualquier ciudadano de la comunidad, que sea parte de algún conflicto de índole vecinal y que su domicilio esté fijado en la provincia de Mendoza.

Así el mediador facilita la comunicación entre las partes que intervienen en la mediación y acompaña en la búsqueda de soluciones mutuas, a partir de las propuestas que los mismos interesados realicen.

Los casos mediables pueden ser:

- ✓ cuestiones edilicias, como medianeras, filtraciones, entre otras.
- ✓ temas relacionados con planteamiento urbano
- ✓ problemas de consorcio, como por ejemplo expensas, mantenimiento, etc.
- ✓ problemas de convivencia en lo que se refiere a discriminación, falta de respeto mutuo, violencia en el discurso, invasión visual, invasión sonora.
- ✓ uso de espacios comunes
- ✓ uso de espacio público
- ✓ usurpación de viviendas

Hay ciertos conflictos que no son mediables: Cuando la violencia es excesiva, en casos de recurrencia entre los mismos actores del conflicto, casos de alta complejidad técnica, situaciones de posibles delitos de acción pública.

Para requerir el servicio los interesados deben concurrir al área de resolución de conflictos dependiente de la Subsecretaría de Relaciones Institucionales del Ministe-

---

<sup>111</sup> <http://www.seguridad.mendoza.gov.ar>

rio de Seguridad, así será asesorado por personal especializado en la materia, para luego llevar adelante la mediación o derivar al organismo que corresponda en caso de que no sea su competencia.

## **5. Capítulo Quinto: Mediación Penitenciaria**

## 5.1. Concepto/ Introducción

Claramente la prevención del delito en el sistema no se visualiza, las cárceles hasta ahora no se destacaron como instituciones rehabilitadoras, sino por el contrario acrecentan la violencia y la reincidencia.

Es importante reflejar el entorno penitenciario de las personas que se encuentran privadas de su libertad, claro está que existe una sobreocupación de las instituciones penitenciarias de nuestra provincia, lo cual supone una amenaza para los derechos de los reclusos, a la vez que la efectividad de la vigilancia de dichos establecimientos se ve perjudicada, observándose que la violencia dentro de la prisión aumenta con la sobreocupación.

Además en relación a situaciones relacionadas con la salud de dichas personas, se ve que el sistema sanitario penitenciario no cubre las necesidades de los presos al igual manera que las necesidades de cualquier ciudadano, proporcionando a los primeros una atención médica deficiente en la que en ocasiones se carece de infraestructuras, materiales y personal sanitario adecuado a cada necesidad.

Numerosos autores han puesto de manifiesto las consecuencias de la prisionización, destacando, por ejemplo el aumento del grado de dependencia de los sujetos encarcelados, debido al amplio control conductual al que se ven sometidos, la devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima, o un aumento de los niveles de autoritarismo de los presos, lo cual se traduciría en su mayor adhesión a valores carcelarios, y además de ello claramente la vida dentro de cualquier sistema penitenciario tiende a empobrecer psicológicamente y a desocializar a las personas.

Pareciera que lo que debería ser una obligación por parte de Instituciones Penitenciarias, y un derecho para los internos, es decir, la atención, tratamiento, la reeduca-

ción y reinserción, está colmado de carencias y deficiencias que no ayudan a contribuir con la humanización del sistema.

Es frecuente tomar nota de la insistencia en el castigo ante cualquier conducta inadecuada, lo cual es directamente proporcional con un aumento de las habilidades delictivas y comportamientos antisociales de los internos durante su permanencia, debido al modelado que se lleva a cabo por parte de sus compañeros de condena.

Respecto a la violencia intracarcelaria, la Organización Mundial de la Salud, en su informe mundial sobre la violencia y salud, define a la violencia como “el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muertes, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”<sup>112</sup>.

Así lo enunciado hasta aquí no son factores que puedan facilitar la vida pacífica y convivencia apacible para aquellos que pasan un tiempo en tales instituciones carcelarias.

Existen numerosos factores que determina u originan conflictos dentro de una unidad penitenciaria, así Azerrad refiere entre otros, la sobrepoblación lo cual conlleva al hacinamiento, alimentación, asistencia médica, farmacéutica, lentitud o morosidad excesiva de la justicia en resolver las causa en tiempo propio, oportuno y razonable, inasistencia o incumplimiento de los jueces de concurrir periódicamente visitando los establecimientos carcelarios y así entrevistar a los presos, falta de trabajo que conlleva el exceso de ocio, trato degradante e inhumano al efectuar requisas periódicas, trato vejatorio e inhumano también en la revisión de los familiares cuando ingresan para visitas, falta de comunicación, presos procesados y condenados alojados en el mismo pabellón, lo cual contraviene normas constitucionales y convenios internacionales, deficiencias sanitarias, etc.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup>Organización Mundial de la Salud, 2002 p.5.

<sup>113</sup>Azerrad, M.E, Medidas Alternativas y derechos humanos. Mediación penal, derecho nacional y comparado. Ed. Astrea, Bs.As., 2007, p.149.

La mediación penitenciaria es una alternativa de resolución de conflictos suscitados dentro del ámbito carcelario, con el propósito de que los mismos sean resueltos de modo pacífico basado en el diálogo, evitando consecuencias mayores y sobre todo lograr una reducción de la violencia que intramuros padecen quienes pasan sus días en dicho establecimiento.

Constituye una de las especialidades más recientes, su objetivo primordial es el de abordar el conflicto en el contexto penitenciario de manera pacífica y a través del diálogo. Es considerado tanto necesario como positivo para el tratamiento de este tipo de conflictos una mirada hacia otro tipo de intervenciones que puedan aportar herramientas superadoras del mecanismo sancionador que conocemos como única respuesta al conflicto carcelario.

Es un método de resolución de conflictos pacífico que puede utilizarse entre los mismos internos, como también entre éstos y personal del servicio penitenciario, siempre basado en el respeto de las partes, así serán sus actores quienes encontrarán la solución a los conflictos que dieron origen al problema que se enfrentan, logrando asumir la responsabilidad por el hecho ocasionado.

Podemos decir que es una herramienta que puede ser utilizada para recuperar y revalorizar la dignidad humana de la persona que se encuentra privada de su libertad, siendo una forma de que participe en forma activa de los conflictos en los que se vea involucrado, para así poder buscar una solución a los mismos en forma conjunta con la otra parte y tener capacidad de resolver los distintos problemas o diferencias que surjan de la convivencia cotidiana en dicha vida carcelaria.

Se observa en la mediación penitenciaria una posible salida alternativa a un eventual *conflicto*<sup>114</sup> que pueda suscitarse dentro del medio carcelario. Por ello se hace referencia al *encierro*<sup>115</sup> y de este al *contexto carcelario* sumado al *tiempo*<sup>116</sup> que pueda

---

<sup>114</sup>Remo F. Entelman “Teorías de Conflictos-Hacia un nuevo paradigma”. Ed. Gedisa, Barcelona, 2005 “Toda relación social está llena de enfrentamientos producidos por incompatibilidad de pretensiones que el sistema jurídico ha dejado en libertad de confrontación.

<sup>115</sup>Zaffaroni Eugenio Raúl, “ La medida del Castigo”, Ed. Ediar, 2012 Siguiendo la inteligencia de la voz del Dr. Alejandro Slokar hacemos nuestras su palabras cuando expresa: “...la pena privativa de la libertad es una pena corporal, en cuanto al tiempo no limita su transcurrir a una mera percepción intelectual, sino que se encarna en el cuerpo del condenado. Las llamadas por Ferrajoli aflicciones accesorias, en opo-

pasar en dicho lugar, pudiendo enunciar a modo ejemplificativo los motivos que pueden disparar disputas entre aquellos que pasan sus días privados de su libertad en ámbitos hostiles por donde se los mire.

Se puede observar a dicha alternativa como una herramienta de armonía comunitaria que colabore en el abordaje de conflictos de personas privadas de su libertad sin agresión, resolviendo los mismos de manera pacífica tanto con el resto de los internos como con personal del Sistema Penitenciario como efectivos y administrativos en general.

Sin duda una de las tareas más difíciles es la construcción de la confianza necesaria para que tanto las personas privadas de libertad como el personal del Sistema Penitenciario legitimen a los mediadores en la intervención de los conflictos que se desarrollen dentro de esas unidades.<sup>117</sup>

Por lo expuesto decimos que esta manera de comenzar o continuar en caso de quienes ya lo han implementado de alguna manera, a tratar los diferentes tipos de conflictos que puedan presentarse en este ámbito, mejora notablemente la convivencia en pos de una mejora en la calidad de vida durante el tiempo que transcurra el encierro, reduciendo además la necesidad de la agresión, y evitando el aislamiento lo cual acrecienta el conflicto entre pares.

## 5.2. Características

---

ción a su modelo normativo teórico, sólo difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. No obstante, aunque se considere la pena de prisión es una pena corporal, no puede omitirse que se enuncia en tiempo y que la persona es esencialmente un ser temporal.

<sup>116</sup>Zaffaroni Eugenio Raúl, “La medida del Castigo”, Ed. Ediar, 2012. P. 44 Como sostiene Ana Messuti: “Ello nos recuerda que “el tiempo institucional” de la pena corre paralelamente a un tiempo personal y a un tiempo de interacción. Para analizar el tiempo de la pena de privación de libertad es indispensable considerar todas las dimensiones del tiempo humano. Una percepción puramente individual de la percepción del tiempo no sólo se revelaría insuficiente para aferrar las otras dimensiones, sino que incluso impediría comprender cabalmente la dimensión personal. En cambio, la consideración de la dimensión social nos permite comprender la perspectiva individual.”

<sup>117</sup> Mediación en la Argentina, una herramienta para el acceso a la justicia, Ministerio de Justicia y Derechos humanos Presidencia de la Nación, p.89.

El tiempo de encierro en este tipo de dependencias tienen sus efectos sobre quienes se encuentran alojados en tales complejos lo cual influye directamente en forma negativa en la relación entre personas, y dicho contexto de encierro en el cual se enmarcan distintos tipos de relaciones agudiza y dificulta la posibilidad de adoptar algún tipo de solución pacífica a los conflictos que puedan presentarse.

Entre las características más particulares podemos referir el hecho del lugar de alojamiento de quienes se encuentran privados de su libertad, y la convivencia que entre tales se presenta lo cual no es electivo, sino impuesto en forma directa y coercitiva por quienes deben impartir orden; dentro de los complejos penitenciarios las relaciones entre internos y personal penitenciario comienzan a relacionarse ya en base a preconceptos que conlleva el origen permanente de conflictos, siendo las características más importantes que se encuentran para mencionar en este aspecto.

### **Consecuencias de la utilización de la mediación en el sistema penitenciario, ventajas y desventajas. Necesidad de su recepción y aplicación en nuestro sistema carcelario.**

En relación a las ventajas de la utilización de la mediación penitenciaria es importante saber que frente a alguna falta disciplinaria, el sistema penitenciario como respuesta ofrece sanción y violencia, por lo cual la correcta aplicación de mediación penitenciaria sería una solución pacífica para así evitar y prevenir el conflicto en el sistema penal, no esperar que el mismo crezca en magnitud, y por consiguiente evitando la producción de violencia, conflictos e inclusive hasta muerte dentro de un contexto de encierro.

Los métodos que utiliza hoy el sistema penitenciario son por demás violentos y llegan luego de haberse producido el conflicto, no hay una debida intervención de quie-



nes deben corregir las conductas con un fin preventivo, evitando resultados gravosos y lamentables. Se debe tomar conciencia y así invertir y preocuparse por la prevención primaria de la violencia, lo cual se podrá lograr a través de la implementación de medidas que impidan su producción.

Siendo la mediación un mecanismo que busca sobre todo prevenir el conflicto y con ello reducir la violencia, otra ventaja de su utilización es que hace que las partes puedan y aprendan a escuchar al otro, y se pongan en el lugar del otro.

Los internos que puedan participar de este tipo de proceso, recuperarán a su vez su dignidad humana, la cual por las mismas circunstancias de encierro, de hostigamiento, de olvido, la han perdido volviendo así a tomar el control sobre sus acciones, reconociendo el error y acordando libremente sin condicionamientos la solución escuchando al otro y hasta tomando responsabilidad por lo ocurrido.

Se lograría mejorar la convivencia intramuros, favoreciendo un ambiente de mayor respeto entre los detenidos, toda vez que los conflictos podrían resolverse en forma anticipada, y de manera pacífica, a través del diálogo, lo cual también colaborará indirectamente en que la pena cumpla su fin resocializador el cual ha sido plasmado en nuestra Constitución Nacional.

Demostrado está que el poder punitivo no resuelve los conflictos de se generan en la comunidad, pues el mismo se ve acrecentado dentro del sistema penitenciario. Así con esta nueva mirada se humanizarán las alternativas de como solucionar los diferentes conflictos, logrando además la integración de todos los actores del conflicto penitenciario y mediatamente a la sociedad, la familia, etc. <sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup>Mediación en la Argentina, una herramienta para el acceso a la Justicia- Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos- Presidencia de la Nación- Pag. 83 y sig. “Se denomina actores del conflicto penitenciario a todas aquellas personas que se encuentran dentro del Servicio Penitenciario y aquellos que, indirectamente están ligados a él. Así, además de los internos y del personal del Servicio Penitenciario que son los actores más directos y visibles, también se deben contemplar en tal carácter a los familiares y aquellos otros individuos, que indirectamente y en forma ocasional, pueden ser parte en un conflicto con las características mencionadas”.

En caso de alguna desventaja vemos que si quien participa de esta medio para solucionar el conflicto estando intramuros y fracasa, eso puede causar una desmotivación importante, lo cual quizás genere aumento de violencia y mayor rivalidad, pero ello se puede invertir con un buen trabajo en prevención para lo cual tendrán que estar de acuerdo primeramente autoridades del Servicio Penitenciario, y luego y fundamentalmente los Agentes Penitenciarios, quienes pueden verse un poco reticentes a este tipo de procesos, ya que quizás observen que de este modo pierden poder lo cual en verdad no es así, sino por el contrario. Por eso es más que necesario primeramente que las autoridades vean el beneficio que trae este tipo de alternativas, se capaciten en forma conjunta con personal penitenciario, tanto agentes, administrativos, psicólogos para que en conjunto puedan optimizar el recurso y acordar pautas de aplicación que mejor convengan a cada tipo de conflicto.

Si bien se entiende es un desafío realmente difícil, ya que la violencia y la agresión es algo inherente a la comunidad intramuros, vemos la necesidad de trabajar en forma seria en este tipo de alternativas, a fin de mejorara la convivencia y bajar índices de agresión extrema en tales instituciones.

Es por demás fundamental que primeramente las instituciones punitiva se compatibilicen con los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional, y además no olvidar que las personas privadas de libertad cuentan con derechos fundamentales, que por más que los mismos se encuentren en una situación de encierro por algún hecho delictivo, no significa que tales derechos se pierdan sino por el contrario se encuentran vigentes y deben cumplirse y respetarse, mas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad que aqueja a las personas privadas de su libertad. Así en relación a esta situación de vulnerabilidad, hay un documento internacional destinado justamente a ello.

El documento denominado Cien Reglas de Brasilia, en su sección quinta hace referencia a los medios alternativos de resolución de conflictos. Así enuncia en su regla cuarenta y tres que *“se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden con-*

*tribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”. Así en el apartado que continúa establece como etapa previa que “...antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.”*

Refuerzo la importancia que tiene dicho documento toda vez que se refiere a personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas, claro está los privados de libertad, quienes a la vez reúnen otros factores de vulnerabilidad como pueden ser entre otros la marginación, la pobreza, la soledad, cuestiones de género, aislamiento, los cuales también son tratados en el referido y citado documento.

### **5.3. Justicia restaurativa en ámbito carcelario. Mediación Penitenciaria, su experiencia nacional y extranjera.**

#### **Introducción**

Una propuesta de justicia restitutiva es la mediación, así lo entienden autores como Elías Neuman,<sup>119</sup> quien la refiere como una cristalización pura del nuevo paradigma, así él manifiesta que a través de dicho proceso se logra una reinserción del delincuente, se escucha la víctima y no deja de lado los valores que la sociedad ya tiene instaurados, por ello abarca también las cuestiones penitenciarias.

Lo cierto es que a esta nueva idea de justicia sobre todo le importa vislumbrar las necesidades de las víctimas,<sup>120</sup>

<sup>119</sup>Neuman Elías “Mediación y Conciliación Penal”, Ed. De Palma, Argentina 1997.

<sup>120</sup>Garita Vilchez, Ana Valdez, investigadora del Instituto Latino-Americano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente ( ILANUD) “ El Sistema de Justicia Penal desde la Perspectiva Victimológica” definió a la víctima como “ la persona que sufre alguna pérdida, daño o lesión en su persona propiamente dicha su propiedad o sus derechos humanos como resultado de una

Con aplicación práctica en algunos centros penitenciarios en los últimos años, la mediación penitenciaria ha pasado a ser una herramienta eficaz para lograr la resolución de conflictos en ámbito de encierro.<sup>121</sup>

### 5.3.1 Utilización del instituto de mediación penitenciaria en otros países

#### España

Desde el año 2005, distintos centros penitenciarios fueron implementando estas prácticas con el fin de poder canalizar y dar una respuesta basada en el diálogo a los conflictos carcelarios. Así, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias promovió diversas experiencias, con el fin de que los penados tengan la posibilidad de resolver sus diferencias de manera pacífica, con la ayuda de un mediador.

Así dicho proceso fue iniciado en el Centro Penitenciario de Madrid III extendiéndose a otros. En el año 2011, dicho programa se había propagado a más de una decena de centros penitenciarios involucrando a 2.276 internos en más de mil procesos. El “Servicio Permanente de Resolución de Dialogada de Conflictos”,<sup>122</sup> como explica To-

---

conducta que: a) Constituye una violación a la ley penal nacional; b) constituya un delito en virtud del derecho internacional; c) constituya una violación a los principios de derechos humanos reconocidos por el estado-en nuestro caso a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-o que de alguna forma implique abuso de poder por parte de personas que

<sup>121</sup> Centro Penitenciario de Madrid III, Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada (España). Ciudad Victoria, Tamaulipas, Tula (México). Centro Penitenciario Centro occidental de Uribana (Venezuela).

<sup>122</sup> El programa consiste en la instauración de un servicio permanente que actúa cuando tiene conocimientos de la existencia de un conflicto entre internos. La intervención es realizada por los profesionales penitenciarios como por mediadores profesionales que colaboran con la Institución. El proceso consta de tres fases. Una primera fase de explicación y ofrecimiento de la mediación que se realiza por separado con cada interno. Una segunda fase de encuentro dialogado y búsqueda de acuerdos. Y una fase final de aceptación de compromisos

(<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducación/ProgramasEspecificos/resoluciónDialogada.Conflictos.html>). Cita de Callejo Fernando Álvaro y Lazzaneo Juan Ignacio en “Mediación Peniten-

más Montero Hernanz<sup>123</sup>, tiene como objetivo general, “...introducir y promover la cultura de la mediación como forma alternativa de afrontar los conflictos interpersonales en el contexto penitenciario. Junto a este objetivo general el Servicio tiene otros objetivos específicos como son disminuir y transformar las dinámicas relacionales conflictivas hacia mecanismos de resolución de conflictos a través del aprendizaje de habilidades sociales de comunicación y respeto; prevenir actitudes y acciones violentas dentro de los centros penitenciarios; generar y desarrollar actitudes de comprensión, tolerancia y respeto hacia la diversidad, formar mediadores en el contexto penitenciario; y difundir la mediación como método alternativo de resolución de conflictos”.

Así en lo que se refiere a los profesionales que cumplen la función de mediadores, los mismos deberán atender y mediar en las disputas que se presenten dentro del contexto carcelario, desarrollando al efecto técnicas de mediación y habilidades sociales de comunicación, a fin de promover la cultura del respeto y evaluar las acciones desarrolladas.

El acceso al servicio puede hacerse según el origen del caso<sup>124</sup>, y consta de varias fases.

En cuanto a la eficacia de la aplicación de la mediación penitenciaria tras varios años de su puesta en funcionamiento se ha mantenido estable, así en relación a resultados obtenidos con las pruebas pilotos llevadas a cabo en España, se consideran como exitosos toda vez que los internos con los cuales se ha trabajado, son pocos los casos de ellos que vuelven a reincidir en el conflicto, en cuanto a números dice Lozano Espina, se habla de un poco más de la mitad de las mediaciones iniciadas en las que se han logrado resultados positivos.

---

ciaria. Resolución alternativa de conflictos en el ámbito carcelarios. Una posible aplicación en el régimen penitenciario de la provincia de Entre Ríos”

<sup>123</sup> Montero Hernanz, Tomás. La mediación Penitenciaria, Pasado, presente y futuro del sistema penitenciario. Ibidem, Cita de Callejo Fernando Álvaro y Lazzaneo Juan Ignacio,

<sup>124</sup> Montero Hernanz, T: La mediación penitenciaria, pasado, presente y futuro del sistema penitenciario, Valladolid, 2012. Cita de María Cecilia Toro en Mediación Penitenciaria, una alternativa para la reducción de la violencia intramuros. Proyecciones en Argentina.(<https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/mediación.htm>).

## México

Dicho país, haciendo eco de la experiencia de España, han evaluado la posibilidad de aplicación del instituto, así dicha propuesta fue realizada por los doctrinarios José Zaragoza Huerta y Blanca Annel Medina Villarreal<sup>125</sup>, siendo protagonistas del programa los infractores de delitos de alto impacto, propiciando un programa basado en los principios rectores de la mediación penitenciaria y reparación del daño.

Su propuesta es un modelo que debe instaurarse a través del Juez de ejecución, ya que es quien debe garantizar el proceso restaurador, el cual deberá regirse por los principios de legalidad, dignidad y racionalidad para todas las partes del conflicto analizado, es decir, víctima, victimario y sociedad, para poder lograr el fin deseado.

### 5.3.2. Experiencia Argentina

En junio del año 2011 se diseñó un programa de mediación en ámbitos penitenciarios, dicho programa propone la implementación de la mediación como herramienta de pacificación social que posibilite a personas privadas de su libertad el abordaje de los conflictos de manera no violenta, con sus pares y con el personal penitenciario, así como la facilitación en la reconstrucción y el fortalecimiento de los lazos familiares en miras a su reinserción social.

Ello concluyó en el diseño del Programa Nacional de Mediación, Métodos de Gestión Participativa de Conflictos y Prácticas de Reducción de Violencia. Este programa tiene como uno de sus objetivos centrales el desarrollo e implementación de la mediación y otras prácticas alternativas de resolución de conflictos en las instituciones encargadas del cumplimiento de las penas.

---

<sup>125</sup> Zaragoza Huerta, José y Medina Villarreal, Blanca Annel, Mediación Penitenciaria en México- Letras Jurídicas Núm. 17 Otoño 2013 ISSN 1870-2155- Universidad de Guadalajara-México.

Como objetivos del referido programa se encuentran: prevenir y abordar adecuadamente los conflictos. Incorporar acciones alternativas al uso de medidas sancionatorias, promover el aprendizaje de conductas de diálogo y escucha dirigidas a comprender el interés del otro, reducir las intervenciones administrativas y judiciales, promover la adopción de decisiones personales y autónomas de los conflictos, disminuir los perjuicios de las personas privadas de libertad y su familia, incorporar las herramientas necesarias para el sostenimiento y cumplimiento de los acuerdos, asumir la responsabilidad en la co-construcción del conflicto, así como en su resolución.

Consecuencia de tales objetivos, los propósitos fueron reducir los índices de violencia individual, grupal e institucional, estudiar estructuras de trabajo y selección de poblaciones penales, evaluar los resultados de la implementación de la mediación penitenciaria, gestión participativa de conflictos y otras prácticas para la reducción de la violencia.

El Estado como tal está obligado a intentar este tipo de estrategias e intervenciones en las cárceles a su cargo. Lo que se pretende con esta iniciativa es devolver el conflicto justamente a los propios interesados, y brindarles todos los insumos y la capacidad necesaria para que puedan resolverlos apelando al diálogo, a fin de que se convierta en un proceso donde la restauración y la reparación sean los paradigmas fundamentales a partir de los cuales caminen.

En algunas provincias, se inició este programa piloto en sus sistemas carcelarios, como fue el caso de Buenos Aires que tuvo lugar la primer prueba piloto en el mes de agosto de 2011 en cárceles dependientes del Sistema Penitenciario Federa, iniciándose en el Sistema Correccional de Mujeres, Unidad N° 3 de Ezeiza y el Complejo Federal N° 2 de Marcos Paz.

En la provincia de Salta en septiembre de 2010 se realizó un taller sobre Mediación penitenciaria entre pares, construyendo los cimientos de la integración social”, del que participaron miembros del Sistema Penitenciario de Salta y otras provincias porque dicho taller fue enmarcado dentro del Congreso de Mediación que fue organizado en dicha provincia.

En la provincia de Mendoza hace varios años atrás se iniciaron capacitaciones de técnicas referentes a la mediación en el Penal de Boulogne Sur Mer. También se dieron capacitaciones en la temática a cargo de un Programa vinculado entre la Universidad del Aconcagua y Redes Alternativas, dicho programa era gratuito y la idea principal era colaborar con los agentes e internos del sistema penitenciario.

Durante los días 3 y 4 de noviembre de 2017, personal del Servicio Penitenciario de la provincia de Mendoza participará del taller “Herramientas de la Comunicación y Negociación para el abordaje de conflictos en el ámbito penitenciario”. Durante dichas jornadas, los participantes se interiorizaron sobre las interrelaciones que se generan entre las personas que comparten un mismo hábitat -sea este un ámbito laboral, comunitario, familiar o educativo- para que tomen dimensión sobre las diferentes percepciones, emociones y acciones que pueden ser generadoras de conflictos y así prevenirlos. Durante el encuentro, también fue interiorizados sobre las implicancias de la gestión inadecuada de estos conflictos, lo que podría promover escaladas de violencia<sup>126</sup>

Es un dato relevante que en nuestro país según expresó quien era es ese momento la Procuradora General de la Nación Alejandra Gils Carbó, “entre 2000 y 2015 la población encarcelada en nuestro país creció más del 100%. A diciembre de 2015, la cantidad de personas detenidas en cárceles federales y provinciales era de 77.000 detenidos y que en lo va del año en apenas 9 meses transcurridos de este 2016, la población alojada en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal creció más de 4%”, lo cual lo refirió en Octubre de 2016 en la sede de la Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, ubicada en la localidad bonaerense de Beccar, se celebró el panel sobre “Las Reglas Mandela y el sistema penitenciario, además destacó también la problemática histórica vinculada con el uso abusivo de la prisión preventiva, que alcanza a casi el 75% de los presos federales y al 55% de los provenientes de la justicia nacional. La cantidad de mujeres en el Sistema Penitenciario Federal también registra una tendencia creciente y una tasa de encarcelamiento preventivo que pasó del 66% en enero 2016 al 69% en agosto.

---

<sup>126</sup>[http:// www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)



Al menos llamativas las cifras que se refieren, para reflexionar acerca de la puesta en marcha de verdaderos mecanismos e institutos que realmente conlleven a buenos resultados, que no denigren a la persona como tal, y que fundamentalmente provoquen un cambio radical.

Finalmente debemos hacer referencia a las Regla Número 38 de Mandela, mediante la cual se alienta a los establecimientos penitenciarios a utilizar la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias para evitar las faltas disciplinarias y resolver los conflictos.

Se denominan “Reglas Mandela” en homenaje a Nelson Rolihlahla Mandela, que pasó 27 años encarcelado como parte de su lucha por los derechos humanos, la igualdad, la democracia y la promoción de una cultura de paz en todo el mundo.

Las Reglas Mandela o Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, son normas adoptadas por las Naciones Unidas en 1955, que tuvieron su última reforma el 17 de noviembre de 2017. La versión revisada y aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de la ONU establece nuevos estándares para el tratamiento de la población privada de su libertad, basándose en los recientes avances de la ciencia penitenciaria y las mejores prácticas internacionales. De ser aplicadas plenamente, podrían contribuir a cambiar lo que hasta ahora ha sido el sistema carcelario y su política de sujeción y castigo, para transformarse en una oportunidad de desarrollo personal que traiga a su vez beneficios para la sociedad en su conjunto

Si bien estas Reglas no son de cumplimiento obligatorio para los Estados, sí se constituyen como estándares básicos que deben guiar toda aplicación de políticas penitenciarias en cualquier país del mundo.<sup>127</sup>

En cuanto a la obligatoriedad de la aplicación de las Reglas de Mandela, se puede decir que a diferencia de los tratados, este tipo de documentos internacionales no posee carácter vinculante. En tal sentido, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (art. 18), las resoluciones de la Asamblea General son, en principio, recomendacio-

---

<sup>127</sup><http://www.reglasmandela.com.ar/reglas-mandela>

nes.<sup>128</sup>

Sin embargo, su contenido puede ser considerado obligatorio, por un lado, porque puede expresar alguna de las fuentes del derecho internacional, como la costumbre internacional o los principios generales del derecho —es el caso, por ejemplo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos—. Por otro, su carácter vinculante deriva del principio general de buena fe del derecho internacional, por el cual los Estados se imponen de manera recíproca a respetar el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos y esperar que los demás Estados se comporten de la misma manera para con él.

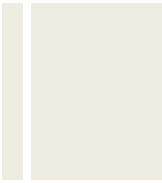
Más allá de la discusión internacional sobre el carácter vinculante o no de este tipo de instrumentos, corresponde destacar que, en el caso de la Argentina, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos son obligatorias en tanto se encuentran receptadas expresamente en la Ley de Ejecución Penal.

De acuerdo con la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, “las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” y “configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”.

Por ello se entiende que la aplicación del instituto de mediación penitenciaria con las herramientas existentes puede ayudar a promover una reinserción social adecuada de quienes están privados de su libertad.

---

<sup>128</sup> Las reglas mínimas, principios básicos, protocolos, directrices o declaraciones internacionales, entre otros, conforman el denominado “*soft law*”: documentos jurídicos sin fuerza vinculante para los Estados, pero con efectos que los tornan relevantes por la autoridad que emanan y por su congruencia con el sistema de garantías internacionales vigente. Estos instrumentos consagran acuerdos o consensos internacionales que repercuten de diferentes maneras en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento de los derechos allí enunciados. Citado en REGLAS NELSON MANDELA. Las nuevas Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Ministerio Público Fiscal Procuración General de la Nación. [www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar).



## **VI- CONCLUSIONES**

En primer lugar más allá de la discusión acerca de los principios legales que rigen el derecho penal argentino, lo cierto es que las últimas tendencias mundiales al respecto indican un acercamiento de los ordenamientos en la materia a los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Desde fines del siglo pasado se ha podido observar un quiebre en las formas de pensamiento, saliendo a la luz una infinidad de problemas que las tradicionales fórmulas racionales no pudieron resolver.

Hoy en día se entiende, que el sistema penal tal como se encuentra concebido en nuestro país, no da las respuestas que la sociedad necesita. Por lo que sería dable que se comenzara a informar sobre la aplicación de métodos alternativos, siendo así los mismos posibles sanadores de conflictos como lo es la mediación penal.

Compartida la idea que es lógico que para ciertos delitos, no sea viable, si puede ser una herramienta alternativa para las figuras que no excedan una pena en abstracto que no supere de 5 ó 6 años de prisión o reclusión.

Resultando entonces, como ya se expuso en el desarrollo del presente trabajo de investigación en la materia, que la sanción penal no puede dar respuestas a todos los conflictos legítimos entre las personas. El Estado judicializa las situaciones de acuerdo a parámetros ya impuestos por el ordenamiento jurídico, no pudiendo interiorizarse en el verdadero trasfondo del problema, continuando entonces sin escuchar a la víctima.

Quizás socializar la justicia sea el deseo de muchos, pero la discusión se plantea en la forma de lograrlo. En muchas ocasiones la rigidez del sistema y la resistencia de distintos espacios de poder, impide obtener cambios de fondo y verdaderas soluciones que coadyuven a una verdadera convivencia pacífica en una sociedad moderna.

Siendo que el sistema penal argentino se maneja con el principio de que la acción penal es indisponible, con la mediación el afectado o víctima sería quien decida como solucionar su conflicto, en aquellos casos que se encuentren legalmente permitidos.

Por otra parte, en cuanto a la vulneración de los derechos humanos se viola el principio constitucional de igualdad, ya que no todas las personas tienen asegurado el servicio de justicia con su consecuente respuesta, complicándose a su vez con un reparto inequitativo de la victimización, ya que analizando los sectores más victimizados por delitos violentos nos damos cuenta que estos son los más criminalizados, encontrándonos por consiguiente frente a un doble proceso de victimización.

Definiendo por “*segunda victimización*”, “*victimización secundaria*” o “*revictimización*”, al *daño que sufre una persona como consecuencia de la respuesta y el trato dado por las instituciones, el entorno social y los medios de prensa luego de padecer una victimización primaria.*<sup>129</sup>

Es por ello se entiende que los derechos de las víctimas son cercenados a diario cuando los tribunales debido al colapso de trabajo no dan una respuesta al conflicto existente, siendo que la respuesta esperada por aquel puede ser la mediación, que a su vez funciona como complemento al sistema ya instaurado.

Los sistemas procesales son los que deben acompañar a los tiempos históricos, y no al revés. Actualmente el aparato judicial y su sostén legal se encuentran desfasados de las necesidades de resolución que tienen los conflictos interpersonales originados en la sociedad.

Por otro lado, no todas las conductas interesan al derecho penal, sino que de entre la infinidad de acciones que tienen lugar en la vida de relación, sólo algunas son seleccionadas y conminadas con una pena. Además, el derecho penal rara vez soluciona el conflicto de la víctima, ya que no puede el sistema penal reponer las cosas al estado anterior al hecho.

Se sabe que existen litigios cuya categorización es difusa, y en esos casos generalmente el demandante, más que solicitar algún tipo de vindicta por un hecho definido, busca la resolución rápida de una circunstancia conflictiva mediante la intervención

---

<sup>129</sup>Cfr. Fortete, César, “La Protección de la Víctima contra la Segunda Victimización durante el Proceso Penal”, en “Foro de Córdoba”, año XIV n° 84, 2003, p. 203.

estatal. La insatisfacción de la ciudadanía respecto de la tramitación judicial de estas controversias, viene dada por el hecho que ellas se manejan dentro de variables con poca posibilidad de éxito en términos jurisdiccionales. Algunas se caracterizan por la ausencia de claridad sobre la existencia de una conducta reprimida penalmente; y otras, por la insuficiencia de pruebas sobre datos que permitan determinar la autoría penalmente responsable del suceso comunicado.

La aplicación de la mediación penal en los distintos sistemas procesales de nuestro país permiten morigerar la aplicación del principio de legalidad, sin que esto implique vulnerarlo, dando lugar al principio de oportunidad.

Por consiguiente es que dentro del marco de este principio se presenta la mediación como una forma alternativa de resolución de disputas que permite a las partes recuperar el protagonismo en un conflicto que de hecho les pertenece y arribar a soluciones pacíficas con posibilidades concretas de cumplimiento y donde la víctima puede encontrar satisfechos sus intereses, más allá de la reparación económica que pueda obtener.

Por otra parte, es claro que, con la utilización de la mediación penal, se puede evitar un importante volumen de trabajo, lo que hace que el tiempo se utilice en la investigación de delitos de mayor gravedad. Siendo de esta manera el beneficio para todos, ya sea porque el denunciante se siente protagonista de la solución, como así también el denunciado puede evitar la estigmatización social que implica un largo proceso penal y a su vez enfrenta personalmente, responsablemente y en forma inmediata el problema siendo parte de la solución, los abogados asumen un rol mucho más activo y perciben honorarios con mayor rapidez, el Estado ahorra enormes sumas de dinero con un alto porcentaje de efectividad, y se defiende el interés social pues el victimario se hace realmente responsable del problema y debe cumplir con el acuerdo.

Esto marca a las claras que lo que se está haciendo no es "despenalizar" ni "privatizar" el derecho penal sino dar soluciones con intervención responsable y directa de todos los protagonistas del problema.

Hay que tener en cuenta que en infinidad de casos las partes involucradas tienen algún tipo de relación cercana -familiar, vecinal, comercial- y por ende luego de la denuncia van a continuar en contacto, con lo cual se deduce la importancia que es lograr encontrar y morigerar el conflicto originario, el cual en la mayoría de los casos no aparece explícito, pero que se explicita en la mediación.

Es muy real y cierto que este tipo de solución de conflictos puede brindarle a la comunidad en general un mejor servicio de justicia, que no busca reemplazar el servicio actual, sino lograr una nueva herramienta, que aprovechada puede dar solución a muchos de los problemas de la justicia penal y de la vida en sociedad, sumado a lo que pueda lograrse dentro de los contextos de encierro, quienes olvidados dejan de ser escuchados.

Es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y comunidad para lograrla paz social. Es en este marco que debe considerarse cada vez con mayor intensidad la aplicación de métodos alternativos de conflictos tales como la mediación.

Se debe entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a una norma; el entender a la víctima como un real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como el expropiador del conflicto; el entender al Poder Judicial como parte esencial del Estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social

Es a través de la mediación como medio de resolución alternativa de conflictos, que se observa una forma eficaz de satisfacer las necesidades que plantea la sociedad, en cuanto a su demanda de una justicia más humanizadora y que repersonaliza los conflictos.

Seguramente aumentará su implementación, lo cual requerirá de parte de todos los operadores del sistema una apertura al cambio y una formación específica, tratando de consolidar el valor justicia a través del orden y la paz social.

Si realmente buscamos y queremos una sociedad con menos violencia, es esencial a fin de prevenir, enseñar a usar la razón en lugar de violencia, la comunicación en lugar de la agresión.

La mediación penal tiene dificultades, como las que se han expresado; sin embargo, el panorama económico, político y social, pone a la impartición de justicia como el eje central para el fortalecimiento y legitimidad de las instituciones públicas, y más aún en la actualidad cuando se discute la transparencia y el combate a la corrupción. Por ello, se deben realizar los esfuerzos económicos y técnicos para ofrecer y difundir un método para la solución de conflicto que en la práctica sea regida por los principios y valores que le dieron origen.

Claramente según la experiencia, los casos de que con mayor frecuencia de derivan son: Hurto, estafa, usurpaciones, problemas de vecindad, violencia familiar, etc.

Una de las dificultades que presenta este sistema es su carácter innovador, por lo que sus operadores deben ir adaptándose, requiriendo para ello un tiempo y formación especializada.

De la lectura de la bibliografía para poder realizar el presente trabajo, y luego de un análisis pormenorizado del tema desarrollado, se entiende y estoy convencida que la mediación es un medio de aplicación de la justicia restaurativa y como medida de política criminal no sólo disminuye la reincidencia sino el delito en general, y para su aplicación no existe ningún impedimento real por parte de la Constitución Nacional.

Siguiendo a María Teresa Del Val, a quien se ha citado a lo largo de este trabajo, “no perdamos de vista que un derecho, que no se ocupe de restaurar el fondo humano del conflicto, no merece el nombre de “derecho”, ni menos el de “justicia”.<sup>130</sup>

Por ello se debe construir una sociedad pacífica con la colaboración de todos los sectores que la integran, se debe entender que es mucho más sabio prevenir que castigar, se debe luchar por una sociedad en la que todos sus actores ganen, pero sobre todo que la víctima quede resarcida y conforme y el ofensor realmente sea rehabilitado.

---

<sup>130</sup>Op. Cit. Del Val., p. 159.



Así claramente se entiende que aplicando el instituto desarrollado en este trabajo, además de los beneficios sociales se evitarían los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, refiriendo ello porque las instituciones carcelarias lejos están de cumplir sus objetivos o ideales, ya que de la manera en que se desarrolla en vez de reeducar a sus internos, produce degradación y humillación, no tan solo al interno en sí sino además a su entorno familiar.

Por ello, se considera absolutamente proyectable la mediación penitenciaria en el ámbito argentino. Es imperativo disminuir los índices de violencia de las prisiones argentinas, si bien es cierto que la violencia es propia del encierro, natural si se quiere, no debemos naturalizar el encierro y menos naturalizar la violencia. No hay cárceles buenas, la mejor es la que no existe. Sin embargo, se observa en la mediación penitenciaria un instrumento útil para que la prisión sea un sitio más humano o menos indigno.

Hacia allí debe dirigirse el esfuerzo de quienes creemos que en el afán de alcanzar las utopías se avanza inexorablemente hacia ellas. Tenemos prisión por mucho tiempo más, mientras se avanza inexorablemente hacia ellas. Tenemos prisión por mucho tiempo más, mientras tanto, insistimos: humanizarla no es sólo un anhelo, es un deber que tenemos que asumir, un deber que no podemos resignar.

Es desde la sociedad donde debemos realmente generar una nueva política de tipo carcelaria y criminal, buscando que el sistema penal se complemente con otras instituciones como es el uso de la mediación penitenciaria en lugar de sólo utilizar la represión, fomentando acciones que se relacionen con lo preventivo, y fomentando actividades que busquen el bienestar dentro de las cárceles para así disminuir el nacimiento de conflictos, que sólo busca daño y represión pasando en su lugar a la utilización de la mediación, del diálogo a través de la palabra.

Si dicha experiencia ha sido utilizada con buenos resultados, se puede trabajar para que eso suceda en nuestra provincia, traspolando dichas experiencias positivas a nuestra realidad provincial.

Se debe operar un cambio en la sociedad, ante quien la imagen del sistema judicial se ve afectada ante la imposibilidad material de dar respuestas a la conflictividad creciente de la comunidad.

Existe todo un contexto favorable para que la mediación penal, como parte integrante de un sistema, otorgue la oportunidad de revalorizar la Justicia, resultado ello del compromiso social asumido en la participación que ella requiere, como integrantes de una comunidad necesitada de valores olvidados, esenciales para la convivencia pacífica y ordenada de cualquier sociedad.

## **VII- BIBLIOGRAFIA**

- \*Adler Daniel Eduardo: “El Principio de oportunidad y el inicio del proceso Penal a través del Ministerio Público”. Revista La Ley T. 1993 A. Sección. Doctrina.
- \*Adolfo Prunotto Laborde “Hacia la Mediación Penal”.
- \*Álvarez, Gladys S., Highton Elena y Jassan Elías. *Mediación y Justicia*, Ed. D., Bs. As. 1996.
- \*Álvarez, Gladys. *Mediación y justicia*, Ed. Depalma, Argentina, 1993.
- \*Azerrad, Marcos Edgardo y Florio, Guillermo Alberto en el libro “Política criminal y resolución de conflictos. La probation. Una reforma necesaria. Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales. Medidas alternativas. Inseguridad ciudadana y prevención del delito: Diagnóstico y propuestas”, capítulo VI. Ediciones Jurídicas Cuyo, abril de 2005.
- \*Bacigalupo, Enrique., *Derecho Penal Parte General*, 2° edición, 3° reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2012
- \* Baratta Alessandro, *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)* Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- \* Barmat, Norberto D. “La mediación ante el delito”, Marcos Lerner, Córdoba, 2000
- \*Binder Alberto. *Criminal De La Formulación A La Praxis*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.
- \* Beristain, Antonio, *Victimología: nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- \*Caffetara Nores, José “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”-Editores del Puerto, Bs. As., 1.997.
- \* Cafferata Nores, José “Cuestiones actuales sobre el proceso penal” 3ª edición actualizada. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998
- \* Caram, María Elena “Hacia la Mediación Penal La Ley 20/03/2000
- \* Carranza Casares, Carlos A.,” *Aportes teóricos para la comprensión del maltrato infantil y familiar*”, Revista de Derecho de Familia, N° 17, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000
- \*Casos jurisprudenciales relevantes en la materia
- \*Ceretti, Adolfo, y David, Pedro R. (coord), *Justicia Reparadora mediación penal y probation*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- \*Cfr. Fortete, César, “La Protección de la Víctima contra la SegundaVictimización durante el Proceso Penal”, en “Foro de Córdoba”, año XIV n° 84, 2003

\*Código Penal Argentino

\*Código Penal Español

\*Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut

\*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba

\*Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza

\*Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe

\*Constitución Nacional de la República Argentina

\*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) firmado en la ciudad de San José, Costa Rica, 22/11/1969. Aprobada por Rep. Arg. Ley 23.054 (sancionada el 01/03/84; publicada en el B.O. el 27/03/84).

\*Córdoba, Víctor Alfonso. Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa de conflictos, trabajo publicado en Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso, Ed. del Puerto, 1998.

\*Coussirat, Jorge Alfredo, Código Procesal Penal comentado de la provincia de Mendoza, Jorge Alberto Coussirat y Fernando Peñaloza; dirigido por Jorge Alfredo Coussirat, 1° ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2013

\* Del Val, Teresa M. (coord.), Gestión del conflicto penal, Astrea, Buenos Aires, 2012

\* Del Val Teresa M, Mediación en Materia Penal, Cathedra Jurídica, 2015.

\*Dra. Silvana Paz y Dra. Silvina Paz, Conferencia, Los Procesos Restaurativos, Brasilia, 2003. Editores del Puerto, Bs. As., 1.997.

\* Estancona Pérez, A., Sentencias sobre mediación clasificadas por materias, Sentencias Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª) núm. 149/2012 de 30 abril [JUR\2012\178068

\* Fischer; Roger; Ury; William, y Patton, Sí...¡ de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, Grupo Editorial Norma, 2003.

\* Folberg & Taylor, “Mediación Resolución de Conflictos sin Litigio” , Ed. Limusa, 1997.

\*. Gallardo Campos, Perez Montiel, y Pérez Beltrán, Mediación policial: un oxímoron, Edición Loisele, España, 2013

\* Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6 ed, 5° reimpr., Bs. As., Depalma, 1987

\*Gozaíni Osvaldo Alfredo: Formas alternativas para la Resolución de Conflictos, De Palma, 1995

- \* Guariglia Fabricio A. Facultades discrecionales del Ministerio Público.
- \* Highton Álvarez y Gregorio. Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- \* ILUNDAIN, Mirta, y TAPIA, Graciela  
<http://www.cambiodemocratico.org/publicaciones/h.p.>
- \* Iñaki Rivera Beiras, Prologo a la obra “Estrategias de Intervención: 3 que advengan 4” en “Lo público, lo privado, lo íntimo” Ed. Letra Viva, 2001.
- \* Julio M.F. Alconada “Resolución de conflictos y mediación penal”.
- \* Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”. 1ª edición. Editorial Rubinzal - Culzoni. 2004.-
- \* Larrauri, Elena “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. Estudios de Derecho, 138. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, junio de 2004.
- \* Lerner, Martín; Maidana, Marcelo y Rodríguez Fernández Gabriela.
- \* Ley Nacional N° 26485
- \* Ley Provincial N° 8896
- \* López Faura Norma V. Mediación Penal en Infractores: Una Utopía En Argentina En Revista La Ley. Suplemento De Resolución Alternativa De Conflictos De Fecha 18 De Setiembre De 1999.
- \* Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- \* Maier Julio, El Ministerio Público Fiscal y el Proceso Penal.
- \* Manual preparado para la iniciativa para la formación en el contexto de situaciones de crisis y el programa de capacitación en gestión de desastres de las Naciones Unidas por las Naciones Unidas. 1998
- \* Manzini, V., Tratado de Derecho procesal penal, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires 1962
- \* Mediación en la Argentina, una Herramienta para el Acceso a la Justicia. Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, Ministerio de Justicia de la Nación.
- \* Mediación en Materia Penal, Teresa M De Val, Cathedra Jurídica, 2015, Buenos Aires.
- \* Mill Rita Aurora, Mediación Penal, 1º ed. Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2013.
- \* Molinaro Alfredo Interrupción de la prescripción de la acción penal” en “Revista de psiquiatría y criminología” t.V, 1940.

- \*Montero Hernhantz, T: La mediación penitenciaria, pasado, presente y futuro del sistema penitenciario, Valladolid, 2012.
- \*Caram, María Elena, “Hacia la Mediación Penal La Ley 20/03/2000.
- \*Neuman, Elías. Mediación y conciliación penal. Ed. U. Bs. As., 1995.
- \*Núñez Ricardo, Derecho Penal Argentino: Fundamentos Políticos DelDerecho Penal Argentino.
- \*Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por res.2.200 (XXI) de la asamblea Gral. de Naciones Unidas. Aprobado por Rep. Arg. Ley23.313 (sancionada el 17/04/86, promulgada el 06/05/86).
- \*Página Web “laleyonline.com”.
- \*PáginaWeb<http://www.fiscaliageneralsm.gov.ar/SITIO/mediacionpenal.htm>
- \*Página Web <http://www.reglasmandela.com.ar/reglas-mandela>
- \*Página Web [http:// www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)
- \* Página Web <http://www.seguridad.mendoza.gov.ar>
- \*Paz, Marta y Azerrad, Marcos Edgardo En “Sida y drogas en las cárceles argentinas. Una realidad disvaliosa”, publicado en “La Criminología del Siglo XXI en América Latina” coordinado por el prestigioso jurista Profesor Carlos Alberto ELBERT y otros profesionales en Editorial Rubinzal-Culzoni, parte segunda, páginas 209 y siguientes, Santa Fé, año 2002.
- \*Peñasco Pablo G., Código Procesal Penal de Mendoza, Anotado-Comentado, Ley 6730-Ley 1908, Tomos I, II, y III, 1° ed., FUSMA Ediciones 2017.
- \*Perrone, Reynaldo, y Nannini, Martín, Violencia y abusos sexuales en la familia, Paidós, 2005
- \*Política Demagógica y sus Límites.[www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm](http://www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm)
- \* Remo F. Entelman “Teorías de Conflictos-Hacia un nuevo paradigma”. Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- \*Resoluciones de Procuración General, Ministerio Público de Mendoza.
- \*Ríos Martín, J.C.; Rodríguez, E. P.; Guillen, A.B., y Segovia Bernabé, J.L., La mediación penal y penitenciaria, 2° ed., Colex, Madrid 2008.
- \* Julián Ríos Martín, Esther Pascual Rodríguez, Alfonso Bibiano Guillén, José L. Segovia Bernabé, La mediación penal y penitencia, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, 2° ed., Colex 2008.
- \* Ríos Martín J. C. y Olalde Altarejos A J. Justicia Restaurativa y Mediación. En Revista de Mediación. Año 4 N° 8, 2° semestre 2011.

\*Romero Villanueva-Grisetti, Ricardo A. “Código Procesal de la Provincia de Córdoba comentado”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.

\*Roxin, C “La reparación en el sistema a los fines de la pena” en Julio B.J. MAIER (comp) De los delito y de las víctimas, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.

\*Shailor Jonathan G. “Desarrollo de un enfoque transformador para la mediación; consideraciones teóricas y práctica”, en nuevos paradigmas en resolución de conflictos. Ediciones Granica S.A. Buenos Aires, 2000.

\*SILVA SANCHEZ, José María. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.

\*Soza, María Paula, Estudio sobre la factibilidad de aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal, trabajo publicado en Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso, Ed. del Puerto, 1998.

\*Suplemento de resolución de conflictos “La Ley”, 18/9/98.

\*ULF Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la Víctima? Apuntes sobre victimología. Paidós, 2008, Buenos Aires.

\*ULF Christian Eiras Nordenstahl Mediación Penal de la Práctica a la Teoría Edit. Paidós 2005 Buenos Aires.

\*Versión corregida por el autor de su exposición en el Taller 8 “Mediación. Negociación Penitenciaria” de las VII Jornadas Nacionales de Mediación “Difundir y promover la Mediación y facilitar el intercambio de experiencias”- En Homenaje al Dr. Carlos A. Alberti, que se desarrolló el 19 de agosto de 2005 en el Salón Auditorio del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

\*Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2º Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.

\* Zaffaroni, Eugenio R., Manual de Derecho Penal Parte General, Novena Reimpresión, EDIAR 1999.

\* ZAFFARONI, RAÚL, En busca de las penas perdidas AFA, Lima

\* Zaffaroni, Eugenio R., La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011

\* Zaffaroni Eugenio Raúl, “ La medida del Castigo”, Ed. Ediar, 2012.

