

EL FISCAL Y LA MEDIACION PENAL

Por Adolfo Prunotto Laborde. (Doctor en Derecho, Ex-Profesor Adjunto con funciones de Titular de Derecho Penal Parte General y de Derecho Penal Parte Especial de la Escuela Superior de Derecho de la UNICEN; Profesor Adjunto de Derecho Penal I de la UNR; Docente Investigador Categoría IV, del Programa de Incentivos del Ministerio de Educación, Juez en lo Penal de Instrucción, Abogado especializado en la Magistratura)

Tu ves las cosas como son

Y preguntas “¿por qué?”

Yo veo las como

podrían ser y pregunto

“¿Por qué no?”

George Bernard Shaw

1.1 Introducción

A esta altura del nuevo Siglo, la Humanidad debe plantearse seriamente una disminución de la violencia, no sólo entre Estados, entre religiones, sino fundamentalmente entre Individuos.

La disminución de la violencia se puede lograr a través del Sistema Educativo, como más adelante propondremos, adhiriendonos a las tesis que a nivel mundial, sustentan los Profesores, Alicia Cabezudo, Angel “Calo” Iglesias Diaz, Manolo Dios Dis, Johan Galtung y Magnus Haavelsrud, entre muchos otros.

Pero cuando el conflicto llegó al Servicio de Justicia, y dentro de éste superó los Juzgados Civiles, Comerciales, Laborales, etc., para ingresar al mundo del Derecho Penal, debemos plantearnos su abordaje mediante formas alternativas no tradicionales.

Podemos comprobar en la realidad diaria, que las formas tradicionales, no pueden dar respuestas a todos los conflictos que ingresan y por ende no pueden hacer desaparecer los mismos o morigerarlos aunque más no sea; es

decir no pueden restaurar la paz y menos aún la norma vulnerada, fin que el profesor alemán Jakobs atribuye al Derecho Penal.¹

Por ello tenemos que pensar el rol del Fiscal, dentro del modelo de enjuiciamiento que establece nuestra Carta Magna.

Ese modelo al introducir –y mantener en la última reforma- el Juicio por Jurados, por obvia consecuencia lógica, impone el Principio de Oportunidad –ya que sería materialmente imposible llevar todos los delitos a juicio oral por jurados-, ahora bien eso no significa que innumerables víctimas de delitos queden sin respuesta alguna por parte del Estado. Como efectivamente quedan hoy con la prescripción de un gran número de causas.

Los países que aplican este modelo constitucional, como por ejemplo los Estados Unidos de Norteamérica, brindan esa respuesta a través de una batería de opciones con las que cuenta el Fiscal, como ser, la negociación o acuerdo con el acusado, la probation, etc., usando como última alternativa la realización de un juicio, cuando por las pruebas colectadas entiende que tiene altas probabilidades de lograr una declaración de culpabilidad por parte del Jurado.

Esto permite racionalizar el Servicio de Justicia, aplicando eficientemente los dineros públicos, dando a la Sociedad y por ende a las víctimas distintas respuestas a su conflicto.

Una de estas respuestas es la mediación penal.² Que abre una nueva era en cuanto a administración de justicia se refiere, en cuanto al acceso a la Justicia. Una era que deja de lado métodos prehistóricos, cuyos resabios llegan hasta la actualidad, complementando o reemplazando la voluntad del tercero imparcial, imparcial e independiente, devolviéndole la autonomía, la voluntad a las partes involucradas.

¹ Cfr. Jakobs, Günther, Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid 1995, pags. 9 y ss..

² Quienes deseen ampliar pueden consultar sobre este tema, de Adolfo Prunotto Laborde “Mediación en Materia Penal: Una respuesta novedosa”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 2001-Tomo I-1052 y “Hacia la mediación penal. Resolución alternativa de conflictos en materia penal”, publicado en la Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y

Sencillamente se ha advertido en todo el mundo que la clásica forma de resolución de conflictos -mediante jueces- cuenta con más desventajas que ventajas, en algunos casos; que son casualmente los que deben ser sometidos a los sistemas alternativos de solución de conflictos.

Tan solo por hacer mención de algunas desventajas del sistema tradicional, podemos nombrar la morosidad, hecho conocido en todos los ámbitos y esferas, y reconocido hasta por el mismo Poder Judicial que brinda cifras alarmantes de la cantidad de causas que tienen a resolución y que implicaría en muchos Tribunales de la Argentina años de trabajo solo para resolver las causas en trámite, sin recibir ni una sola causa más, tomemos como ejemplo, lo ocurrido con los Juzgados de Transición de la Prov. de Buenos Aires ³, a los que se les debió prorrogar su duración.

Aclaremos que este fenómeno no se da solo en nuestro país, sino que parece ser generalizado ya que las cifras sobre causas judiciales de algunas otras partes del mundo son tan escalofriantes como las nuestras.

Se llega así a consumir sobre la conciencia colectiva uno de los más graves delitos que se podría cometer contra la sociedad: el descreimiento en su Servicio de Justicia, que afecta profundamente al sistema Republicano y Democrático de Gobierno.

El profesor del Seminario Gallego de educación para la paz, “Calo” Iglesias Díaz, nos recuerda que “siempre tendremos conflictos. Pero siempre habra maneras de resolverlos pacíficamente. Muchas veces serán las mismas personas directamente implicadas en el conflicto las que imaginarán, pensarán y experimentarán esas maneras. Pero también caben otras influencias moderadoras o intervenciones facilitadoras por parte de terceras personas que

Criminología, “Ciencias Penales Contemporáneas”, dirigida por el Dr. Marco Terragni, Año 2- Número 4-2002, Edición 2003, Ediciones Jurídicas Cuyo.

³ Dichos Juzgados fueron creados para manejar las causas en trámite a las que no se podía aplicar el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, -ley 11.922 del 23/1/1997-, pero debió prorrogarse su tiempo de funcionamiento dada la gran cantidad de causas que no habían sido resueltas, con lo cual a dichos tribunales no ingresan causas nuevas.

no están implicadas. Tales son las alternativas de mediación, conciliación y arbitraje”.⁴

Esto por otra parte nos permite reinsertar en la solución del conflicto a la Víctima, que fue dejada de lado en dicha solución, a partir que el Estado se apropio del conflicto.

1.2 Finalidad perseguida

Obviamente la primera finalidad perseguida es el restablecimiento de la paz.

También colateralmente evitar la realización de un juicio, extender el servicio de justicia a los marginados –por distintos motivos, culturales, económicos, etc.-, dar una respuesta ágil a la Sociedad –al tomar el conflicto y brindarle alternativas de resolución-, descomprimir los juzgados penales, mejorar el servicio de justicia, y recuperar la confianza de la sociedad en la Justicia.

Inclusive se logra la finalidad de la pena propuesta por Jakobs, la restauración de la norma vulnerada, que si el Servicio de Justicia no atiende queda vulnerada; mientras que la respuesta dada por la Mediación, devuelve la confianza en la norma.

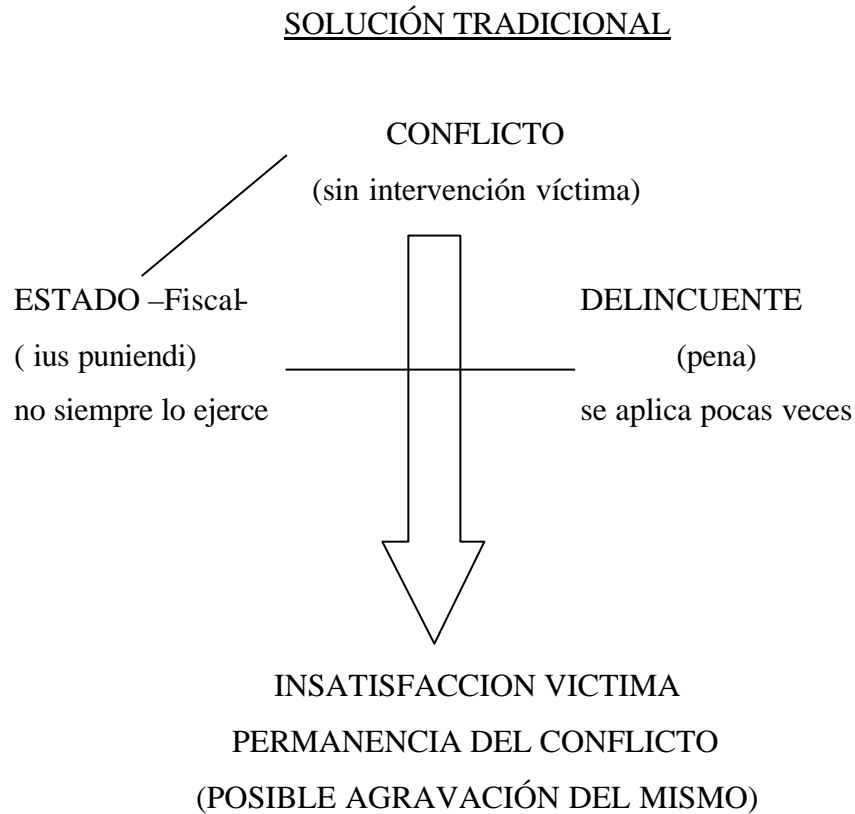
Restaurar la norma vulnerada no implica el uso del ius puniendi estatal necesariamente, sino demostrar al ciudadano que la violación a la norma provoca una respuesta y una posible solución al conflicto; esto es lo que restaura la confianza del ciudadano y por ende restaura la vigencia de la norma.

Binder sostiene que “ayudar a que la sociedad construya la paz: ésa es la función de la justicia; lo hace a través del derecho, pero que lo haga a través del derecho es secundario. No es la finalidad de la justicia el administrar el

⁴ IGLESIAS DIAZ, Angel “Calo”, Educar para la paz desde el conflicto, Homo Sapiens Ediciones, Rosario 1999, págs. 106/7.

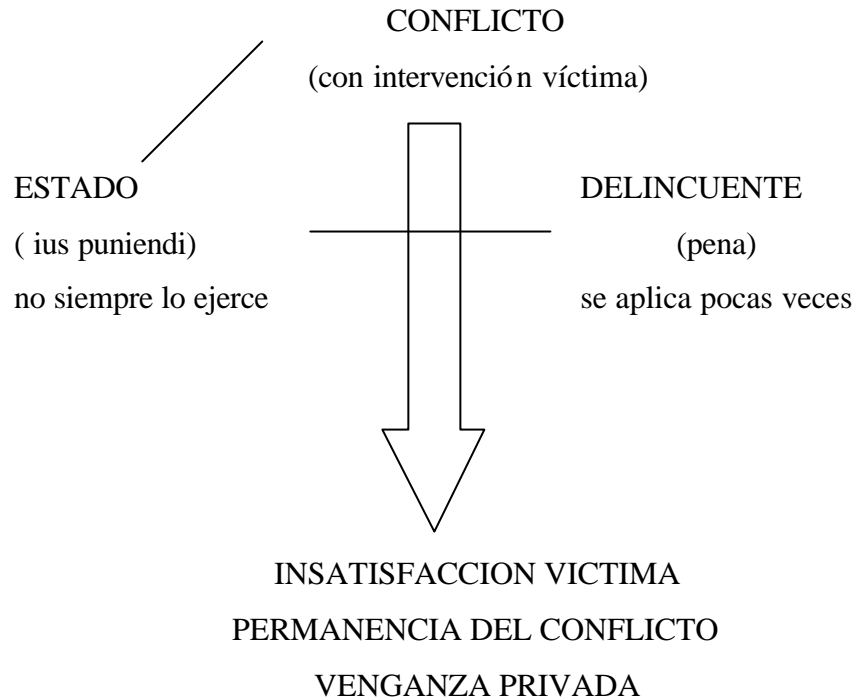
derecho; la finalidad de la justicia es construir la paz”⁵, por ello al recuperar protagonismo los participantes en el mismo, se transversaliza la solución.

A diferencia de lo que ocurre con el sistema tradicional, que a continuación desarrollaremos en un esquema.



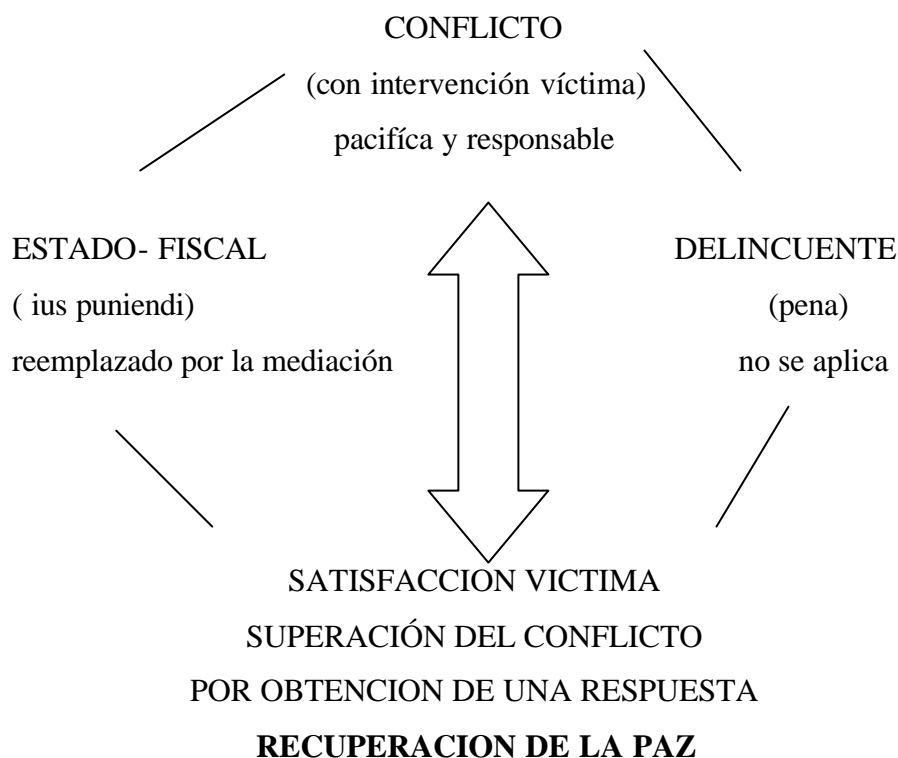
Como fácilmente podremos comprobar recorriendo estos tres esquemas que hemos realizado, la propuesta que llevamos adelante es mucho más rica como forma de abordaje del conflicto, ya que el anterior esquema y el que sigue no presentan mayores diferencias.

⁵ BINDER, Alberto, Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, pag. 166.

SOLUCIONES PARTICIPATIVAS VIOLENTAS

La participación de la víctima, sea imponiéndole una responsabilidad en lo ocurrido o bien transformándola en un martir de la situación, deja insatisfecha a la víctima, pues no supera el conflicto, reimplantando la vieja solución de la venganza privada, que sólo podrá ser llevada a cabo con “éxito”, si así puede llamarsele, por aquellas personas con muchos recursos económicos, que podrán contratar un abogado que las represente y obtenga ese éxito.

La solución que proponemos debe enmarcarse en una nueva forma de Política criminal del Estado Democrático Constitucional de Derecho, abarcativa de la victimología y de la víctimodogmática, pero sin llegar a ninguna de las posiciones extremas que se han desarrollado en los últimos tiempos.

SOLUCIÓN PARTICIPATIVA NO VIOLENTAMEDIACIÓN PENAL PARA LA PAZ

Hacemos incapié en la superación del conflicto y en la recuperación de la paz, “ya que la mediación puede transformar a las personas que en ella participan” ⁶, acostumbrándolas al dialogo, no al intercambio de mensajes aislados, sino a entablar una comunicación. “La comunicación no debe entenderse como un intercambio de mensajes, sino como un proceso de construcción social. La finalidad primaria de la mediación, no es llegar a un acuerdo sino el cultivo de la capacidad de los participantes para recuperar su poder, reconocer y reconocerse, y desarrollar su capacidad de concientización”.⁷

⁶ SHAILOR, JONATHAN G.; Desarrollo de un enfoque transformador para la mediación: Consideraciones teóricas y práctica”, en Nuevos Paradigmas en la resolución de conflictos, Ediciones Granica S.A., Buenos Aires 2000, pág. 205.

⁷ SHAILOR, JONATHAN G.; op. cit. pág. 205.

Es lo que ya hemos denominado una de las formas de abordaje del conflicto, constituyendo la otra forma –imprescindible–, la educación para la paz.

Que inclusive nos permitirá cambiar el sentido que tiene el ordenamiento jurídico, ya que al relacionar el derecho y la paz, “en el marco de un estudio orgánico de la problemática axiológica e indagando desde hace ya tiempo acerca del sentido propio y el marco de funcionamiento de un ordenamiento jurídico, y teniendo que optar a la vez por distintas posibilidades finalistas que pueden ser vertebradas, como ser la paz, la seguridad, la justicia, la igualdad y la libertad, elegimos sin hesitaciones la paz. Persuadidos de que el orden jurídico es el orden de la paz, ya que siempre el derecho fue el sustituto de la violencia y de la guerra y la defensa incondicionada de la vida”.⁸

Es por ello que el rol del Fiscal en un Proceso Acusatorio, va de la mano del Principio de Oportunidad y consiste básicamente en una comunicación directa del Fiscal con la Víctima, en diferentes casos que por su modalidad deberá determinar personalmente o bien a través de un equipo interdisciplinario de colaboradores, a fin de seleccionar los casos que podrán derivarse a Mediadores profesionales.

1.3 Esta propuesta se esta implementando.

No podemos dejar de traer a colación que en el Departamento Judicial de Mercedes en la Provincia de Buenos Aires, se esta implementando desde Noviembre de 1999, un plan piloto de Mediación en materia penal, y que los delitos que son enviados por la Unidad Fiscal de Investigación, a mediación son Amenazas simples, Abuso de armas, Hurto simple, Defraudación, Usurpación, Retención Indebida, Estafa, Daños, Ley 24.270 y Ley 13.944; obteniendo un 75 % de acuerdos en las mediaciones realizadas y un cumplimiento de los mismos cercano al 96 %, y lo que es mas importante solucionando el conflicto que dio origen a la denuncia con 0% de reincidencia,

luego volveremos sobre esta magnífica experiencia, que no invalida para nada nuestra propuesta, sino que viene a confirmarla, ya que no tienen un catálogo de delitos estricto.

En el departamento referido, el Dr. Ricardo Gerónimo Uncal, Fiscal General del mismo, interesó al Colegio de Abogados, en la búsqueda de una vía que permitiera llevar a la práctica los postulados de la legislación vigente, (Código Procesal Penal de Buenos Aires –ley 11.922-, y Ley n° 12.061 de Ministerio Público), para encontrar una rápida solución o morigeración de los conflictos originarios o la conciliación entre sus protagonistas, basándose en lo normado en el art. 86 del citado ordenamiento procesal y en procurar la armonía de la convivencia mediante la solución pacífica de los conflictos y la asistencia a la víctima basado en los artículos 1, 2, 13 inc. 22, 16 inc. 7, 35, 38, y 39 inc. 5 de la ley de Ministerio Público.

Obtuvo la respuesta positiva del Colegio de Abogados, poniendo manos a la obra a través del Centro de Mediación del mismo, suscribiendo un Convenio con la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, mediante el cual pusieron en funcionamiento la tan anhelada Mediación Penal.

Con la intervención de 19 mediadores ya formados y con práctica en mediación, pusieron manos a la obra desarrollando las primeras audiencias el lunes 29 de Noviembre de 1999.

El director del Centro de Mediación Penal del Colegio de Abogados de Mercedes, el Dr. Marcelo Gabriel Mendiola, a quien tuvimos el honor y el placer de conocer, es una persona por demás amable, que nos brindó toda la información sobre este importantísimo proyecto, que nos sorprendió gratamente por su eficiencia, ya que sobre las mediaciones realizadas, tienen un resultado positivo en la solución o morigeración del conflicto del 75 %, medidos desde el 29 de Noviembre de 1999 al 31 de Marzo del 2002.

⁸ ALVAREZ GARDIOL, Ariel; “Manual de Filosofía del Derecho”, Editorial Juris, Rosario 1998, págs. 414/5.

La UFI –fiscalía-, es el lugar de donde salen sobre unos 600 casos ingresados por mes, entre 100 y 150 que van a mediación o al Centro de Asistencia a la Víctima.

En los casos efectivamente mediados, la UFI dispone un Archivo de las actuaciones, que no impide su reapertura, mientras el delito investigado no haya prescrito. Archivo que al no causar estado deja sin argumentos a los que critican esta implementación piloto, constituyendo por otra parte un sinceramiento del sistema, ya que esas causas no hubieran recibido respuesta alguna y se hubieran prescrito, pero sin haber resuelto el conflicto original, cosa que ahora sí se ha logrado.

Dar una respuesta a los conflictos, disminuye la espiral de violencia, *“requiere empatía, no violencia, un abordaje creativo: comprender a las partes en conflicto desde el interior, sentir su lógica, identificar los objetivos válidos y los abordajes no-violentos para lograrlos, estimular la creatividad de todas las partes a fin de encontrar modos de superar las incompatibilidades”*.⁹

Si recordamos las distintas orientaciones que se siguen en los Estados Unidos de Norteamérica, respecto a los objetivos del mediador:

- En la escuela de la Universidad de Harvard, el mediador debe lograr un acuerdo.
- En la escuela de la Universidad de Virginia, el mediador si puede llega al acuerdo.
- En la escuela de la Universidad de San Francisco, el mediador tiene objetivos solamente transformativos de la conducta futura.

Por supuesto que a todos nos tienta el objetivo fijado por Harvard, pero creemos que más que optar por una de esas corrientes se debería establecer una suerte de jerarquía de objetivos del mediador en el mismo orden en que fueron explicados, ya que incluso con los objetivos propuestos por la Universidad de

⁹ GALTUNG, Johan, La Transformación de Conflictos por Medios Pacíficos, Manual preparado por la Iniciativa para la Formación en el Contexto de Situaciones de Crisis y el Programa de Capacitación en Gestión de Desastres de la Naciones Unidas, Publicado por las Naciones Unidas 1998, pág. 6.

San Francisco, se lograría restablecer la paz social o de no lograrlo, habituar a las partes a canalizar sus conflictos por medios no violentos.

En el Departamento Judicial de Mercedes, nos comentaban que lo que buscan es morigerar el conflicto, reestablecer la paz social.

En forma coincidente el Profesor Galtung, sostiene: “*La tarea consiste en transformar el conflicto de manera positiva, encontrando objetivos positivos para todas las partes, modos imaginativos de combinarlas sin recurrir a la violencia. Lo que lleva a la violencia es el fracaso en transformar conflictos. Cada acto de violencia puede considerarse un monumento al fracaso humano*”.¹⁰

Es menester aclarar que no se reemplaza al Servicio de de Justicia prestado por el Estado, se lo mejora.

Por otra parte esta propuesta debe ir complementada con un Centro de Asistencia a la víctima, que permita contener a la misma.

Y también estamos pensando en sugerir a las partes la realización de un curso de *educación para la paz*, que complementaría este abordaje de la problemática.

1.4 La mediación y los Derechos Humanos.

Los derechos humanos consagran entre otros, el acceso a la Justicia, que implica *el Derecho de toda persona, a una respuesta por parte del Servicio de Justicia frente a un conflicto*.

Claramente podemos deducir que no dar una respuesta a un conflicto, constituye una violación a los Derechos Humanos, esa no respuesta que significa la prescripción en Argentina, es violatoria a los derechos humanos. Tampoco pretendemos caer en la utopía de que el Servicio de Justicia de respuesta a todos los conflictos, pues como explicáramos es imposible, aún en los países que destinan un presupuesto razonable a la Justicia –el nuestro no es

¹⁰ GALTUNG, Johan, op. cit. pág. 10.

uno de ellos-, por lo tanto la mediación penal, constituye una respuesta y se enmarca en un espíritu de respeto a los derechos humanos.

Lo que imprescindiblemente se requiere es una Sociedad imbuida del respeto a los derechos humanos, “concretamente, el interés en las culturas pacíficas puede centrarse en la tradicción de derechos humanos, y el interés en las estructuras de paz requiere la tradición democrática. ¹¹

Las Naciones Unidas desde 1948 en adelante han llevado a cabo una permanente tarea en pro del reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos, con respecto a quienes debe aplicar la ley, dicen : “*La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley...en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible*”. ¹²

Al ser **obligatorio para el Estado** el cumplimiento de los Derechos Humanos y estando consagrado el acceso a la Justicia, en todos los Pactos Internacionales de derechos humanos, se impone una respuesta a los conflictos, respuesta que no necesariamente debe ser punitiva –y que además por la gran cantidad no puede serlo-, imponiéndose por ello como salida la mediación penal.

No sólo el Derecho de acceso a la Justicia, se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna y los pactos a ella incorporados, sino también el derecho a obtener una respuesta del Servicio de Justicia.

Caso contrario la garantía de acceso a la justicia, sería inoperante y utópica como es hoy en todos los casos que el sistema penal prescribe.

¹¹ GALTUNG, Johan, op. cit., pág. 11.

¹² Declaración y Programa de Acción de Viena (Parte I, párr. 27), en Serie de Capacitación Profesional N° 5, Derechos Humanos y aplicación de la ley, Manual de capacitación en derechos humanos para la policía del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Ginebra 1997, Publicación de las Naciones Unidas N° de venta : S.96.XIV.5; ISSN 1020-301X; pág. iii.

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

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

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

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

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

igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 inciso 1, dice: *“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, establecido 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 de cualquier otro carácter.”*

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

También se viola el principio constitucional de igualdad, ya que no todas las personas tienen asegurado el acceso al servicio de justicia y a una respuesta del mismo, que se complica además con un reparto inequitativo de la victimización, ya que *“si analizamos cuales son los sectores más victimizados, por delitos violentos, por delitos contra la propiedad, etc., nos damos cuenta que los segmentos más victimizados son aquellos en los cuales hay más criminalizados”*¹³, con lo cual estamos frente a un doble proceso de victimización, cuando padecen el delito y cuando no se les brinda una respuesta por parte del Estado.

Los derechos de los participantes del conflicto, tanto la o las víctimas, como el o los imputados, son violados diariamente cuando los distintos tribunales por el abarrotamiento de trabajo existente no dan una respuesta a ese

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El Sistema Penal y el Discurso Jurídico, op. cit. pág. 45.

conflicto, respuesta que perfectamente puede dar la mediación, que reiteramos no reemplaza al sistema de justicia sino que lo complementa y permitirá respetar esos derechos que reseñamos más arriba y dar esa anhelada respuesta que espera la sociedad en su conjunto.

1.5 Recepción legislativa de la mediación.

La ley 24. 573 que ha instituido en el país la mediación civil y comercial, en su artículo 2º dispone: *“El procedimiento de Mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1 Causas penales...”*

Esta disposición ha sido criticada por el Dr. Victor Jaef, que en su comentario a dicha ley, dice: *“Es más, de hecho se aplica exitosamente en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica y en países como Inglaterra y Colombia, y se estaría intentando en Francia. En lo que se refiere a la Argentina, nada obsta a que pueda ser aplicada en nuestro país, ni siquiera siendo necesaria una reforma de la legislación penal, ya que tanto para la fijación de la pena, como para la evaluación de la posibilidad de excarcelación, o la aplicación de de la recientemente incorporada “probation”, la Mediación sería una herramienta de gran utilidad para ayudar al juez de la causa en cualquiera de esos supuestos.”*¹⁴

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

Esta receptada la mediación en la audiencia de conciliación en las querellas por calumnias e injurias en los diferentes ordenamientos procesales, por ejemplo art. 518 del C.p.p. Santa Fe, art. 424 del C.p.p. de la Nación, art. 388 del c.p.p. de la Prov. de Buenos Aires y 432 del c.p.p de la provincia de Córdoba.

No obstante como crítica a esta audiencia de conciliación debe ponerse de manifiesto que la misma es llevada adelante en presencia del juez y no de un mediador, por eso fracasa la mayoría.

Si debemos destacar su obligatoriedad, que no obsta a su realización, por lo que perfectamente puede ser obligatoria en cualquier otro injusto.

También se puede aplicar y de hecho la ley lo sugeriría en la nueva redacción del art. 132 en cuanto al avenimiento que puede proponer la víctima, al magistrado, avenimiento que perfectamente puede ser trabajado previamente por un proceso de mediación.

O sea que a las ya propuestas soluciones de los conflictos para evitar la reaparición de las disputas podemos sumarle la utilización de la mediación en materia penal en institutos de la parte general, como una suerte de auxilio a la labor interpretativa del magistrado que de esta forma contaría con mayores elementos a la hora de evaluar su decisión y con elementos de origen genuino por la actuación de las partes en el conflicto, que legitimaría inclusive aún más la actuación de la agencia estatal, y permitiría dar una mayor participación a la víctima en el desarrollo y solución del conflicto.

El actual Código Procesal de Menores de la Provincia de Santa Fe, la recepta en dos supuestos, uno para los menores no punibles –hasta los 16 años- y otro para los menores relativamente punibles –16 a 18 años-.

En su Sección Segunda, titulada Del Menor No Punible, en el Artículo 58, dispone específicamente, el “*Archivo o remisión de la causa para mediación.* - Si no hubiere razones tutelares de intervención se ordenará el archivo de las actuaciones o se remitirá la causa para Mediación al funcionario designado a tal fin rigiendo lo dispuesto en la Sub- Sección Segunda de este Capítulo. La medida se notificará al Asesor de Menores”.

Ha sido recepcionada, como conciliación, en el Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley N° 7594, del 10 de Abril de 1996, que comenzara a regir el 1° de Enero de 1998, en su artículo 36.

¹⁴ JAEF, Victor Jorge; Ley 24.573, Mediación y conciliación civil y comercial. Analisis

1.6 Conclusiones.

Al proponer esta forma de abordaje de los conflictos penales, pretendemos darle nuevamente participación a la víctima del injusto, con la idea no sólo de solucionar la disputa, sino también de descongestionar el sobrecargado sistema penal y permitir que la sociedad a través de ONG, voluntarios, estudiantes, pasantes, etc, participe del restablecimiento de la paz social y recupere la confianza en la Justicia y en el sistema Republicano y Democrático de gobierno.

Esta reforma al derecho penal se enlista en las modernas corrientes de mínima intervención o derecho penal mínimo –Ferrajoli- y va a encontrar como escollo lo que el profesor catalán Silva Sánchez, denomina “*La función de satisfacción de necesidades de psicología social*”, esta función es atribuida al derecho penal parte de estudios de psicología profunda y el psicoanálisis. Y consiste en la necesidad psicológica social del castigo del delincuente.

Por ello hasta que se entiendan las bondades de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en particular la mediación; serán atacados con frases, como “moda académica” y otras peores.

No obstante el proceso penal constitucional nos marca claramente el camino, el principio de oportunidad, el juicio oral por jurados y la necesaria participación del Fiscal, en todas las respuestas que el Estado de a los conflictos penales, a fin de evitar la creación de una Justicia Privada para los más ricos.

Para concluir podemos afirmar que nuestra propuesta se enmarca en lo que Silva Sánchez, llama *la racionalización plena de la intervención punitiva*, ya que buscamos los horizontes que nunca debió abandonar el derecho penal, la búsqueda de la paz social, la personalización del conflicto y la reinserción de la víctima en el mismo.

exegético, Editorial Juris, Rosario 1997, pág. 4.