

MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y SISTEMA PENAL

Por MARÍA DOLORES FINOCHIETTI¹

SUMARIO: I. Sistema penal y Víctima del delito. II. Sistema penal y solución del conflicto. III. Mediación y conciliación. Nuevas formas de resolver el conflicto penal. IV. Aplicación de sistemas de Mediación- Conciliación en materia penal en nuestro país. V. Ventajas de este tipo de sistemas en el proceso penal de adulto: a) Ventajas para la víctima. b) Para imputados adultos. VI. Programas de mediación para delitos cometidos por jóvenes: a) Situación en nuestro país. b) Situación en la Justicia Penal Juvenil de la Provincia de Neuquén.

I. Sistema penal y víctima del delito

Una de las características fundamentales del sistema penal actual es la atribución de la persecución penal en exclusividad al Estado, diferenciándose en ello de lo que sucede con las otras ramas del derecho en las que el servicio de justicia se limita a decidir respecto de un conflicto que se plantea entre partes.

El Estado al hacerse cargo totalmente del poder penal, tomó en sus manos el elemento más poderoso en materia de control social. La víctima real y concreta fue reemplazada por otra abstracta y simbólica, representada por la comunidad institucionalizada, en un momento histórico en el que al derecho le interesaba poco y nada el individuo como tal.

Una vez que el Estado ocupa su lugar, no sólo le quita todos sus derechos sino que asume la posibilidad de ir más allá del daño real sufrido, incluso en contra de sus deseos.

El delito deja de tener significado como conflicto y pasa a ser considerado infracción, una desobediencia al soberano que debe ser castigada para restablecer su autoridad y disuadir a otros de conductas similares.

No obstante, no siempre existió este modelo de la víctima despojada de toda facultad en orden al delito que la tuvo como coprotagonista, a quien se le expropia su rol, quitándole eficacia a su voluntad dentro del enjuiciamiento penal.

Dice la Dra. MARÍA DE LA LUZ LIMA (Presidenta de la Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas) en *El Derecho victimal* que este sistema convierte a la víctima de delito en un *No sujeto de derecho*. Eso hace que hoy esté en amplio debate la relación *Estado/ víctima de delito* y de qué modo ésta debe modificarse para establecer un marco jurídico de verdadero respeto por sus derechos, que vaya más allá de la expresión retórica y se concrete en la vigencia de instituciones que le den real valor a la expresión de su voluntad dentro del proceso penal.

II. Sistema penal y solución del conflicto

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 dar².

¹ Fiscal titular de la Agencia Fiscal de Delitos Juveniles de la ciudad de Neuquén. Abogada con especialización de postgrado en victimología, mediación y mediación penal. Redactora del Programa de Mediación Penal Juvenil que hoy se aplica en la Provincia de Neuquén. Dirección de e-mail: finocm@jusneuquen.gov.ar

El principio de legalidad y la inexistencia de soluciones alternativas que permitan despenalizar situaciones que no ameritan la coerción penal, anquilosan este sistema que - como señala ZAFFARONI- es la única coerción jurídica que no busca la reparación.

Para mencionar algunas de las “fallas” del sistema penal vale señalar:

El Derecho penal está para regular las normas básicas de convivencia social. Sin embargo, muchos de los hechos hoy calificados como delitos no responden a esta premisa y consecuentemente el conflicto que se genera a partir de ellos podría ser solucionado por otras ramas del ordenamiento jurídico.

El fenómeno de la “cifra negra” (delitos que no se denuncian), muchas veces se debe a razones culturales que hacen que en una sociedad o una región determinada, ciertos hechos no se denuncien por considerarlos “triviales” o por entender que la respuesta adecuada no será la imposición de una pena. Este es uno de los modos en que la víctima expresa su voluntad, pero también su desconfianza en el sistema penal estatal.

Por el contrario, se denuncian hechos esperando que este sistema dé una respuesta que no es la que le es propia. Esto se ve muy claro en las usurpaciones, donde lo que busca el denunciante es que se le restituya su propiedad y poco le importa que luego el infractor sea condenado o cumpla una pena.

Dada la complejidad de las interacciones que existen en la trama social, hay infinidad de 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 anticipa el fracaso inexorable del proceso penal.

En estas situaciones, si la víctima acude al sistema y realiza una denuncia, una vez ingresado en la maquinaria judicial, su problema será procesado en forma totalmente inadecuada y terminará simplemente siendo expulsado (archivado, reservado, desestimado, prescripto) sin que la persona afectada haya logrado ninguna respuesta.

Sabemos también 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.

En este esquema, tiene más probabilidades de llegar rápidamente a juicio un hurto en flagrancia que un grave homicidio. No hablemos de los delitos contra la administración pública o estafas con algún grado de complejidad, cuyo destino más seguro es la prescripción.

Este tipo de situaciones, reiteradas a diario, provocan una sensación de frustración en la víctima y de impunidad en toda de la comunidad que ha llevado progresivamente al desprestigio y a la deslegitimación del sistema y de la justicia penal.

Una más rigurosa medición de la criminalidad, mejor conocimiento de la “cifra negra”, así como un mayor acercamiento a la interacción víctima- victimario –y en esto han sido muy importantes los aportes realizados por la victimología- han llevado a pensar y aceptar nuevas formas de resolución del conflicto que surge del fenómeno delictual, como la mediación y la conciliación.

III- Mediación y conciliación. Nuevas formas de resolver el conflicto penal

Hoy las víctimas – y los individuos que componen la sociedad en su conjunto, como víctimas potenciales del delito – sienten que el sistema penal no da una respuesta acorde con el incremento de la criminalidad y existe en todo el tejido social una sensación generalizada de inseguridad.

² “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, Pag. 226

Si las víctimas se sienten desamparadas, es una reacción natural que pidan aumento de las penas y de las conductas penalizadas, una mayor represión, o que decidan ser ellas mismas las que “impartan justicia” por propia mano.

No obstante, prestar atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos concluyendo que, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente.

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 lograr la paz social. Es en este marco que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena para lograr la solución del conflicto generado por el delito³.

En gran medida es por eso que la idea de reparación a las víctimas se ha ido extendiendo internacionalmente, tanto dentro del Derecho Penal al incluirse como sanción o junto a ella; como con el objeto de hacer retroceder al Derecho penal a través la conciliación víctima-delincuente, en una etapa prejudicial⁴.

Si bien la conciliación y la mediación penal arrancan del movimiento en torno a la atención y preocupación por la víctima del delito, se han ido diferenciando de éste y hoy apuntan a establecer un proceso dinámico interactivo entre víctima y delincuente, que logre una respuesta diferente que resulte satisfactoria para ambos.

Todo indica que en 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 el interés público⁵.

La intervención de la víctima en la resolución del conflicto del cual fue co-protagonista, no pretende volver a la venganza ni es una privatización del sistema. Simplemente, como apunta Rossner, se abre una tercera vía, la de la reparación y se ha comprobado que esta reparación contribuye en gran medida a una mejora del clima social⁶.

No hablamos de suprimir el sistema penal, ni de renegar de los avances hechos en materia de legalidad y respeto por las garantías, sino de ver que en muchos casos, puede no ser ésta la respuesta adecuada y si víctima e imputado están de acuerdo y no existe en ello grave perjuicio al interés público, se les debe dar la posibilidad de solucionar su problema por otros medios.

IV- Aplicación de sistemas de Mediación- Conciliación en materia penal en nuestro país

Si bien no está pacíficamente aceptada, poco a poco se va admitiendo tal posibilidad como modo de resolver el conflicto causado por el delito. Esta forma de resolución produce una mayor satisfacción en los receptores del sistema (imputado, víctima y comunidad).

Por ser nuevos, los sistemas de consenso víctima- victimario se encuentran con la dificultad de que ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el problema; por lo

³ “Las investigaciones transculturales demuestran la existencia de diferencias en la percepción individual de la conducta. Una gran proporción de robos o asaltos “triviales” pueden ser reportados en un país y no en otro”. RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *Victimología*, p. 53

⁴ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER, *La conciliación víctima- delincuente como alternativa a la justicia penal* (material bibliográfico 3 del Curso de Victimología II- Universidad de Córdoba- Año 2001)

⁵ “...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 merma alguna.” ROXIN, CLAUDIUS, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 155, en *De los delitos y de las víctimas* - AD HOC, 1992

⁶ “...en un derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido” MAIHOFER, citado por ROXIN, CLAUDIUS, op. cit, pag. 141.

que el mediador, además de convencerlos de participar en el programa, debe estar preparado para formular posibles modos de reparación que a las partes por sí no se les ocurrirían. Basados en las definiciones conceptuales que adopta Fundación Libra –que, si bien no universalmente aceptadas, nos brindan un marco teórico adecuado para comprender el proceso- debemos aclarar que, aún cuando generalmente se hable de “mediación penal”, lo cierto es que en esta materia se usan tanto técnicas de mediación como de conciliación⁷.

V- Ventajas de este tipo de sistemas en el proceso penal de adultos

a) *Ventajas para la víctima*

Es indudable que este sistema tiene para ella considerables ventajas. El vigente, históricamente la ha usado como testigo principal de lo sucedido, la ha revictimizado y no ha tenido en cuenta su opinión, sus deseos, sus temores o expectativas al momento de decidir sobre el delito que ha padecido. Al contrario, la solución restaurativa:

Le da la oportunidad de *ser oída* al momento de resolver con relación a *su conflicto*.

Le da la ocasión de *decidir* respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario.

Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores.

Le da la posibilidad de lograr una *reparación*, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico –que también puede darse- sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc.).

b) *¿Qué ventaja obtiene el imputado adulto en un sistema con principio de legalidad?*

Este es uno de los puntos más críticos de la mediación penal ya que se debe aventar el riesgo de que la mediación funcione como un *plus* en perjuicio del imputado o como una *pena añadida*.

El punto de inflexión ideal sería la existencia de *criterios de oportunidad* que permitieran evitar el uso del poder penal estatal cuando éste no fuera totalmente imprescindible, relegándolo al lugar de *ultima ratio* que le está asignado en un verdadero estado de derecho. Sin embargo, aún cuando éstos no existan, ciertos mecanismos hoy vigentes hacen que una mediación en materia penal pueda aplicarse y tener ciertos efectos sobre el proceso y la imposición de una pena.

Suspensión del proceso a prueba: El resultado favorable de una mediación que haya logrado la composición del conflicto podría ser utilizado en la suspensión del proceso a prueba (art. 76 bis) ya que este instituto está supeditado, entre otros, al compromiso del imputado de “*hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible*”; particularmente podría tenerse en cuenta para fundar la extinción de la acción, ya que el juez al declararla debe valorar este extremo (art. 76 ter, 4º párr.).

Si se lograra complementar la mediación en estos casos con el criterio amplio de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, teniendo en cuenta la pena en concreto, muchos de los casos que hoy procesa mal el sistema penal, podrían ser resueltos de un

⁷ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER, op. cit.

modo más satisfactorio para la víctima, para el imputado y para la comunidad en su conjunto.

Determinación de la pena y condena de ejecución condicional: Aún en casos en que haya imposición de pena, el haber arribado a una solución consensuada con la víctima podría tenerse en cuenta para la determinación de la pena (art. 41 C. Penal) y para conceder una condena de ejecución condicional (art. 26 del C. Penal).

Criterios de oportunidad: La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad reglados en los casos de delitos imputados a mayores de 18 años, autorizaría a resolver fuera del sistema muchos casos que hoy van a la justicia penal, dándoles un tratamiento más adecuado y acorde con las expectativas que tuvo en miras la víctima al hacer la denuncia.

De este modo, los involucrados en el conflicto, ayudados por la presencia del mediador, llegarían a la solución que ellos consideraran más adecuada, *en una etapa prejudicial*, pero con un tipo de intervención que implique algún grado de seguimiento y contralor del cumplimiento de lo acordado, *prescindiendo del ingreso del caso al sistema penal*.

Este tipo de soluciones permitirían descongestionar los tribunales penales, reservando su actuación para los casos graves, de mayor complejidad y con más alto grado de repercusión social.

VI- Programas de mediación para delitos cometidos por jóvenes

Desde que en 1974 un juez resolvió el conocido caso “Elmira” acogiendo la propuesta de reparación a las víctimas que efectuaron dos jóvenes que, encontrándose drogados, habían dañado 22 autos en una noche en una localidad de Canadá, en países tanto del sistema jurídico anglosajón como basados en el continental europeo, se ha ido aceptando la posibilidad de mediación en materia penal.

Generalmente se ha implementado este sistema para delitos juveniles, ampliándolo algunos países a la justicia penal de adultos, mientras que la mayoría lo mantiene sólo para niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

En esta materia, la *Convención de los derechos del niño*, parte integrante de nuestro texto constitucional según lo dispuesto desde 1994 por el art. 75 inc. 22, establece en su art. 40, punto 3, inc. b) que "3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables ...b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de *medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales*, ..."

Las *Reglas de Beijing* en su punto 11.2 determinan que: "La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos *discrecionalmente*, ..." y el 11.4 expresa que "Para facilitar la tramitación *discrecional* de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de ... *restitución y compensación de las víctimas*."

Las *Directrices de Riad* para prevención de la delincuencia juvenil, prevén planes que contemplen la "Participación de los jóvenes en ... la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de *indemnización y asistencia a las víctimas*;" (Regla nº 9, inc. h) a- Situación en nuestro país

La vigencia en nuestro país de la legislación internacional de Derechos Humanos con rango constitucional (art. 75 inc. 22), debió producir un cambio que aún no se advierte en materia de legislación orientada a niños y jóvenes. El uso del pretexto de la "protección" para privar de libertad a un joven en un establecimiento cerrado, fundado en la comisión de un delito penal, se da actualmente en casi todo el país.

El encierro se aplica tanto a jóvenes punibles como a no punibles -según la escala establecida en el art. 1º de la ley 22278 (modificada por la 22803), agravado ello porque se impone *sin determinación temporal*, lo que hace que la situación de muchos jóvenes *no punibles* sea peor que la de un adulto que haya cometido la misma infracción a la ley penal. Por el contrario, no se aplican medidas alternativas que permitan la desjudicialización de situaciones que tienen a los niños como protagonistas, como la Mediación-conciliación penal.

Reconocer que el niño o el adolescente no son “objeto de protección” sino “sujetos de derecho” con todo lo que ello implica, es uno de los paradigmas de la Convención sobre los derechos del niño.

En su art. 12, ésta le reconoce al niño el derecho *a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo* que lo afecte y el 29 inc. d) obliga a los Estados parte a prepararlo para “... *asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia*”.

El art. 40 establece que todo niño a quien se acuse de haber infringido las leyes penales debe ser tratado de un modo que “*fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros*” para “*promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad*”.

La mediación penal aplicada a niños y jóvenes es un medio más que apropiado para cumplir con el mandato constitucional.

b- Situación en la Justicia Penal Juvenil de la Provincia de Neuquén

En diciembre de 2000 se puso en marcha en Neuquén la Justicia Penal Juvenil prevista en la ley provincial 2302, Ley de protección integral de la niñez y adolescencia que establece en materia penal un *sistema acusatorio* con la investigación a cargo de la fiscalía, disponiendo que *la promoción de la acción por parte del Fiscal es condición de validez del proceso penal en contra de un joven*.

En consonancia con este principio, se faculta al Fiscal a hacer uso de un *criterio de oportunidad* (art. 64) autorizándolo, bajo ciertas condiciones, a optar por promover la acción o solicitar el archivo de las actuaciones, pudiendo invocar para ello *el resultado favorable de una mediación que haya logrado una composición del conflicto*.

La existencia de una delegación del Centro de Atención a la Víctima del Delito dentro de las Agencias Fiscales de nuestra provincia, y de una herramienta legal como la ley 2302, así como las particulares características del proceso penal con relación a infractores juveniles, llevó a plantear la necesidad de establecer un Programa de Mediación en el ámbito de la Fiscalía de Delitos Juveniles, a cargo de profesionales de dicho Centro.

Desde mayo de 2002, fecha en que se inició el Programa, se ha logrado la firma de más de 100 acuerdos víctima-victimario, en casos en los que se atribuía a un niño o adolescente la infracción a una norma penal, participando de los mismos los padres de los menores involucrados y en ocasiones alguna institución (por ej. un representante del centro educativo cuando el conflicto tuvo origen o vinculación con una cuestión del ámbito escolar).

Los casos sometidos a mediación son de delitos leves, sin violencia grave sobre las personas: daños, amenazas, lesiones leves y culposas, robos y hurtos, incluyendo ocasionalmente algún otro caso que ameritó por sus características ser tratado por este medio.

A lo largo de estos meses se ha mantenido un promedio de un *70 % de los casos sometidos a esta instancia en los que se arribó a acuerdo* y un *30 % en el que no lo hubo*.

La participación en el programa es voluntaria, la asistencia letrada no es obligatoria pero tanto el imputado como la víctima si también es menor, concurren a la mediación asistidos por sus padres que también firman el acuerdo.

El incumplimiento del acuerdo debe ser informado al Programa por la víctima, el imputado o la institución que haya participado (sólo en tres casos se han comunicado violaciones posteriores a la firma del acuerdo).

Tanto el promedio de acuerdos como la casi nula reincidencia nos lleva a afirmar que la experiencia llevada a cabo por el Programa de Mediación Penal para Delitos Juveniles hasta la fecha ha dado resultados satisfactorios, más allá de que siempre aspiraremos a mejorarla. Por otra parte, *si en adultos la mediación penal es posible, en jóvenes es imprescindible para cumplir con el mandato constitucional que impone la desjudicialización*, pero de un modo que permita la *reintegración del joven a su medio*, fortaleciendo sus valores de *respeto por los derechos y libertades de terceros*, enseñándole a convivir con *responsabilidad, tolerancia y en paz*.