

TEMA : Mediación Penal

PRESENTANTE: Cátedra de Derecho Constitucional y Procesal Penal.

UNIVERSIDAD: San Pablo de Tucumán (USPT)

EXPOSITOR : Dra. Ana Laura Ayusa.

CARÁCTER: Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra de “Derecho Constitucional y Procesal Penal”.

CAPACITACION EN EL TEMA: CURSOS INTRODUCTORIOS DE MEDIACIÓN- ENTRENAMIENTO Y PASANTIA EN MEDIACION aprobados en la UNSTA y expedidos por LA Habilitación N° 136 Del Registro de Instituciones Formadoras en Mediación de la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.-

Introducción al tema

Hablar de Mediación Penal , desde la premisa que existe la propuesta de legislarla como Medio alternativo de solución de conflicto, en la reforma del sistema procesal de la provincia de Tucumán, lleva aunque sea brevemente referirse a la justicia retributiva que hoy rige y al nuevo paradigma como es considerada la justicia restaurativa o también reparadora.-

Justicia retributiva vs. Justicia restaurativa:

La justicia retributiva, está regida por el principio de legalidad imperante en nuestro sistema penal y si bien pretende reparar el daño, esa reparación aparece como abstracta por que no considera, ni mucho menos escucha, a quien realmente ha sufrido el daño,

De allí que la graduación de la sanción también resulta abstracta por que, la cuantificación del daño es abstracto.- Y en definitiva no se satisface el interés particular, principal lesionado en algunos delitos, como a veces el interés social en otros.-

Daño que, por otra parte es valorado, también por un sujeto distinto al que lo sufrió y de manera abstracta, cosificando el delito.- Téngase en cuenta que quien cuantifica el daño es el Juez y no la víctima.-

Mientras que, la Justicia Restaurativa o restauradora, tiende a lograr una justicia más humana y acorde a las demandas de una sociedad moralmente más evolucionada.-

Este tipo de justicia responde al principio de oportunidad, y plantea que el delito es fundamentalmente un daño, en contra de una persona concreta y también un daño a las relaciones interpersonales.-

En esta justicia la víctima tiene un papel fundamental en la forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del delito, de allí que se habla en estos casos de ofensor como concepto alternativo a delincuente, pues esta justicia evita estigmatizar a la persona que cometió un delito.-

Un ejemplo puede servir para marcar las diferencias entre una y otra justicia de la que se viene expresando. A si ,por ejemplo si el delito de estafa causó un daño económico a un sujeto llamado víctima, pues bien ese daño debe ser reparado y en ese sentido nos preguntamos.-

Quien gradúa actualmente la intensidad del perjuicio o daño?.- La víctima o perjudicado? No .un tercero llamado Fiscal o Juez según sea la etapa del proceso.- Y así el daño ficticiamente se repara con un monto de pena.-

En ese caso es de preguntarse ¿ Esapena repara el año patrimonial a la víctima? No.

Pues bien la Justicia restaurativa, llamada también reparadora, desde una óptica amplia y de manera concreta, reconoce que el conflicto o delito ocasionó un daño a una persona perfectamente individualizada y que ese daño puede ser cuantificado de manera concreta por esa persona ,además de estar en condiciones se señalar el daño que el mismo causó en las relaciones interpersonales.-

En el ejemplo dado, la víctima habrá de estar con el ofensor y le dirá el monto del perjuicio, acordando con aquél ,su reparación ella podrá determinar si su reparación será total, parcial etc. la víctima ha de decidirlo.-

En esta justicia reparadora, la víctima juega un papel más que importante NECESARIO, pues será ella quien:

a.- dará a conocer la magnitud del daño que sufrió .-

b.- participará activamente en el “... como ..” y “...cuanto...”, necesitará del ofensor para reparar el daño causado.-

Son esas , entre otras, las razones por las cuales la justicia restaurativa, constituye hoy un nuevo paradigma, tanto en el derecho comparado como en algunas legislaciones provinciales de este paísejm. Bs As; Chubut; Santa Fe; Mendoza; Chaco .-

Al respecto, ha de señalarse que en el Consejo Económica y Social de Naciones Unidas en el año 2002, oportunidad en que se reunieron expertos sobre Justicia restaurativa, se señaló entre otras cuestiones que “....*por programa de justicia restaurativa, se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.....que es todo proceso en la que víctima y*

victimario y cuando proceda cualquier otra persona o miembros de la comunidad afectado por un delito....de participar con juntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.- entre los procesos restaurativos, se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones (ONU Principios Básicos del uso de programa de justicia reparatoria en materia penal....en (www.uno.dc.org))

Estudiar y resolver desde la óptica legislativa, si este nuevo paradigma de justicia restaurativa, es posible implementar en el sistema procesal de una provincia y en este caso en la ley procesal de la provincia de Tucumán, cual objetivo de la Comisión, lleva a referenciar aunque someramente dos principios: el de oportunidad y el de legalidad, sobre cuyos conceptos; diferencias y bondades de cada uno, no corresponde referirse en esta oportunidad pues ya lo hicieron ponencias anteriores.-

Sí, ha de expresarse que desde la docencia se apoya ,como necesidad, la de adoptar el principio de oportunidad reglada, desde que su debate y resolución se instaló en el último movimiento reformista procesal en Argentina, como tema primordial a toda nueva ley procesal, cuyo objetivo entre otros sea:

- a.- buscar la razonabilidad del castigo
- b.-, buscar eficacia de la justicia penal
- c.- buscar justicia en las decisiones
- d.- buscar respuesta rápida a los justiciables.

En ese orden de ideas ,debe decirse que la mediación debe concebirse dentro del principio de oportunidad reglada,es decir, que la propia legislación debe contemplar en que supuestos corresponde:

- a.- acudir a la mediación,

b.-bajo que presupuestos

c.- cuales son sus consecuencias

Medios de resolución que se ubican dentro de la justicia Restaurativa.-

Entre los medios reconocidos como alternativos de conflictos, la doctrina señala:

a.-Conciliación

b.-Mediación.-

c.-Suspensión del Juicio a Prueba.-

En esta oportunidad ,y cual objeto de este trabajo que es, la Mediación y posibilidad de legislarla en la nueva ley procesal de Tucumán,las referencias doctrinarias y sus ventajas han de ser de corta redacción,a fin de hacer referencia a algunos temas puntuales o extremos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador, en este caso la Comisión al elaborar el anteproyecto de ley.-

Una buena legislación a los temas puntuales que han de señalarse, permitirá que ,una vez puesta en práctica y practicada la mediación en el fuero penal, al momento de su evaluación sin lugar a dudas ha de recogerse el éxito de esta nueva solución en materia penal,

Ordenado los tema de exposición, ha de expresarse que suele definirse a La Mediación como

“.....aquel procedimiento de interacción entre el ofensor y la víctima, a través del cual se persigue una solución al conflicto, que pasa por el perdón del ofendido y la

reparación del daño, con la participación de un tercero que aproxima a las partes.....”

Algunos autores como Heyke y Marshall, reconocen que la proyección internacional de la mediación responde a los siguientes factores:

1.-Permitir a las personas participar más directamente a controlar las infracciones, es decir, acercar la justicia a la población.-

2.-Satisfacer las necesidades de las víctimas en el ámbito material y en su estado psicológico.-

3.-Crear espacios e instituciones comunitarias para tratar los enfrentamientos surgidos en la comunidad.-

4.- Hacer partícipes a la población en la regulación de las infracciones penales.-

5.-Reducir el número de delitos, animando a la responsabilidad social de los delincuentes.-

6.-Encontrar métodos menos costosos y que tengan como objetivo, tratar la criminalidad.-

7.- Conseguir soluciones más eficaces.-

(Heikey Marshall “La Mediacion”1997)

Siguiendo el orden de exposición, los temas puntuales a tener en cuenta al momento de legislar serían:

a.-Legislar la mediación desde una oportunidad reglada

Que la mediación o conciliación, se encuentre señalada como medio alternativo de manera expresa respondiendo al principio de oportunidad reglada, y que además de regirse por los principios propios de ella

que son: confidencialidad; voluntariedad; flexibilidad; celeridad; neutralidad e imparcialidad de los mediadores, responda también a principios propios del proceso penal como la inmediatez que conlleva a la no delegación, economía procesal que conlleva a un plazo razonable.-

Esta exigencia, se encuentra íntimamente relacionada con la naturaleza restaurativa de la mediación y su carácter de medio alternativo, con lo que se busca en primer lugar la “desjudicialización “ de una gran parte de los conflictos que llegan al fuero penal , y por otro lado se busca la respuesta rápida a quien sufrió el daño.-

A modo de ejm. Y respecto de la desjudicialización, basta pensar en el número de causas que hoy se tramitan por lesiones leves, y ejercicio de la acción civil en ese proceso ,pretendiendo el resarcimiento de los bienes dañados, como en el pago de los gastos por curación, operación etc.-, otro claro ejemplo y no es menor el número de casos que llega a la justicia penal, son las denuncias por daños y/ o amenazas simples, originados por conflictos familiares y vecinales, cuya respuesta rápida lleva a evitar quizás un daño mayor.-

Otro ejm son los delitos, cuyo daño es solo patrimonial, tal como es la estafa. A modo de ejm. En un juicio oral luego declarando la víctima en calidad de testigo a preguntas que le formuló el fiscal sobre el monto del dinero que había perdido, la víctima le preguntó.- Ahora me lo devuelven?.- En el caso , los imputados fueron condenados a tres meses de prisión de ejecución condicional, y la víctima, empleada doméstica, se fue a su casa con una nueva frustración después de cuatro años ,regresó con el daño a cuesta, y los condenados también a su casa sin restituir el daño patrimonial.-

b.-Legislar de manera clara su sustanciación, a fin de evitar cuestiones las que se iran señalando:

La mediación reconoce importante la participación de la víctima en la solución de su conflicto y así le otorga participación, esté o no constituida en querellante, resguardándose con esa participación el “acceso a la justicia”, obligación del estado conforme tratados internacionales.-

Ahora bien:

1.- Pueden las partes no concurrir a las audiencias, cual será el límite de las ausencias y sus consecuencias?

2.- las audiencias a celebrar pueden arrojar dos resultados: a) que las partes acuerden las obligaciones o reparación del daño en cuyo caso se homologará el acuerdo y b) que el imputado ofrezca reparar el daño obligarse de otra manera etc y la víctima no acepte el ofrecimiento.

En este último caso, corresponde legislar la solución, de no hacerlo la solución del caso quedaría en manos de la víctima, debiéndose recordar que aún cuando se trate de una mediación, el estado no se desobliga de su función jurisdiccional ya que él determinó el modo de solucionar el conflicto y debe respetar las garantías constitucionales que le asisten al imputado.-

En ese caso ha de tenerse en cuenta si la víctima se constituyó o no en querellante, deberá resolver si constituida en querellante la acción a perseguir se convierte en querrelanteo que aún en ese caso es el Juez en resguardo de las garantías debe resolver sobre la razonabilidad del ofrecimiento del imputado analizando los fundamentos de la negativa de la víctima, cuya exigencia debe estar en la norma.- Solución idéntica se encuentra en la Suspensión del Juicio a Prueba (art. 76 bis del C.P.)

3.- el plazo a fijar, para el cumplimiento de las obligaciones acordadas.-

Lo fijarán las partes? o lo fijará la ley?.- En la suspensión del juicio a pruebas lo fija la ley.

Cumplido el mismo,-

4.-¿ qué ocurre en caso de incumplimiento del acuerdo por parte del imputado?

En esta cuestión debe tenerse en cuenta que el acuerdo es homologado, en consecuencia una vez firme adquiere fuerza de cosa juzgada, entonces si no cumplió y venció el plazo fijado en el mismo : a) ha de tenerse en cuenta la actividad de la víctima respecto del incumplimiento para dictar el sobreseimiento? b) habrá de estarse a los plazos de la prescripción? c).- si frente al incumplimiento la víctima ejecuta el acuerdo, la ejecución interrumpe la prescripción?

c.-LEGISLAR SOBRE LA CALIDAD DEL MEDIADOR Y UBICACIÓN ORGANIZACIONAL DEL MISMO

Bajo este título, se considera como tema puntual a legislar, si la Mediación Penal ha de contar con un staf de Mediadores que además de estar especializados en conflictos de naturaleza penal, sea permanente y pertenezcan al Poder Judicial, o si los mediadores a intervenir serán sorteados dentro de los inscriptos en la lista que lleva el Poder Judicial.-

Legislar en este tema obliga, a tener en cuenta que es el estado quien adopta este medio, como modo de solucionar los conflictos penales que a él le corresponde solucionar en el ejercicio del poder –deber como lo es la jurisdicción.- Razón por la que debe garantizar la gratuidad, a fin de no hacer lírico el acceso a la justicia de la víctima, controlar el respeto de garantías constitucionales que le asisten al imputado, como el plazo razonable para tener resuelta su situación jurídica,

Que la mediación es otra forma de brindar el servicio de justicia penal, que por su naturaleza de pública es indelegable.-

Si con la mediación se brinda acceso a la justicia, y atento que la víctima constituida o no en querellante debe concurrir con patrocinio letrado, el estado le debe brindar gratuitamente ese patrocinio, con lo que se hace necesario que la ley prevea quien será el Defensor Oficial que le acompañará en las audiencias.- de igual manera que ocurre con el imputado cuando no cuenta con defensor particular.-

6.- También prever en el caso de los menores entre los 16 a 18 años, si estos han de concurrir con la representación legal (padre, tutor, guardador, etc) o basta la sola presencia del defensor.- Ocurre que acordar puede significar un pago económico o alguna obligación a cumplir en horario que no se compadece con su minoridad y en esos casos deberían estar sus responsables.- Desde que el acuerdo conlleva asumir obligaciones que en tanto pretendan resarcir el daño,

Debe legislarse, si en caso de apoderar al defensor basta el apud. Acta o es necesario un poder especial o basta la designación de defensor.-

7.- Igualmente se considera importante, el órgano jurisdiccional que ha de tener competencia en la ejecución del acuerdo, será el Juez de ejecución o el Juez de la Investigación? .- bueno es reconocer que introducir la Mediación Penal ya es óptimo para nuestro fuero penal,.-

Seguramente quedan algunos extremos necesarios de considerarlos, aún así, y a modo de conclusión puede decirse que se reafirma y apoya la decisión de legislar sobre el principio de oportunidad, ya que este permite adoptar la Mediación como medio alternativo para solucionar los conflictos y va de suyo la inclusión de la misma en el sentido que se expuso.

De otro lado, ha de señalarse que a la fecha en la Facultad de Derecho, existe la idea de preparar al alumno hacia la composición antes que al conflicto como era tradición, por lo que de alguna manera los nuevos profesionales sin lugar a duda han de compartir que se legisle el instituto de la mediación, tal fue considerado.

Ana Laura Ayusa

J.T.P. Cat. Derecho Constitucional Procesal

U.S.P.T