



**MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:
LA MEDIACIÓN, UNA ALTERNATIVA AL
PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE
CÓRDOBA.**

ALUMNO: Blardone, Cinthya Isabel

TRABAJO FINAL DE GRADO

Abogacía

- 2017 -

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el conflicto intersubjetivo que se produce entre dos personas, agresor y víctima, y en la necesidad de ofrecer una solución tanto al propio conflicto como a los implicados en él, a través de la introducción en el ordenamiento jurídico cordobés, de métodos alternativos al sistema de justicia tradicional, más precisamente, con la incorporación de la mediación en materia penal.

PALABRAS CLAVE: Mediación penal, Conflicto, Justicia Restaurativa.

ABSTRACT

This work deals with the intersubjective conflict that occurs between two people, aggressor and victim, and in the need to offer a solution for both the conflict itself and those involved in it, through the introduction in the legal system Cordovan, Alternative methods to the traditional justice system, more precisely with the incorporation of mediation in criminal matters.

KEYWORDS: Penal mediation, conflict, restorative justice

Índice

INTRODUCCION.....	7
--------------------------	----------

MARCO TEORICO

CAPITULO I

1.-Derecho Procesal Penal	
1.1.- Definición.....	13
1.2.- El Proceso Penal	
1.2.1.- Definición.....	14
1.3.- Paradigma Procesales	
1.3.1.- Definición.....	15
1.3.2.- Distintos modelos	
1.3.2.1.- Acusatorio.....	16
1.3.2.2.- Inquisitivo.....	18
1.3.2.3.- Mixto.....	19
1.3.2.4.- Acusatorio Garantista.....	20
1.3.3.- Cambio de Paradigma: “Del modelo mixto al acusatorio garantista”	21
1.4.- La Pena	
1.4.1.- Definición y distintas teorías.....	24
1.5. – La Reparación como tercera vía.....	26

CAPITULO II 1

2.- Justicia Restaurativa	
2.1.- Orígenes.....	31
2.2.- Definición.....	34
2.3.- Objetivos.....	37
2.4.- Diferencias: (Justicia Retributiva Vs Justicia Restaurativa)	38

CAPITULO III

3.- Métodos de Resolución Alternativa de Conflicto	
3.1.- El conflicto	
3.1.1.- Definición.....	42
3.1.2.- Etapas del Conflicto.....	43

3.2.- Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos	
3.2.1.- “Los M.A.R.C”	
3.2.2.- Distintas Opciones.....	44
3.2.2.1.- La Negociación.....	46
3.2.2.2.- La Conciliación.....	47
3.2.2.3.- La Mediación.....	47
3.2.2.4.- El Arbitraje.....	47
3.3.- La Mediación como Método Alternativo para Resolver Conflictos	
3.3.1.- Definición.....	48
3.3.2.- Antecedentes.....	50
3.3.3.- Características Esenciales.....	53
3.3.4.- Etapas de la Mediación.....	54
3.4.- MARCO NORMATIVO	
3.4.1.- Ley Provincial N° 8.858.....	58

CAPITULO IV

4.- La Mediación Penal	
4.1.- Definición.....	68
4.1.2.- Características Específicas.....	69
4.1.3.- Objetivos.....	71
4.2.- Principios Procesales	
4.2.1.- Legalidad vs. Oportunidad.....	72
4.3.- La Mediación como Criterio de Oportunidad en el Ordenamiento Jurídico Penal de la provincia de Córdoba.....	79

CONCLUSIÓN.....	91
------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	93
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Ineludiblemente, el sistema penal actual, fuertemente impactado por el crecimiento delictivo, se encuentra atravesando una profunda crisis, ello, se debe a que se muestra incapacitado para atender todas las denuncias, tramitarlas, y hacerlas concluir en una sentencia condenatoria o absolutoria. Además, la práctica evidencia que solo un pequeño porcentaje de las causas penales que ingresan a la vía judicial, logran arribar a un pronunciamiento definitivo.

Por otro lado, no puede desconocerse la realidad del sistema carcelario caracterizado por la carencia de recursos materiales y humanos, hacinamiento, sistema de salud débil, sobrepoblación, etcétera. Todo lo cual, determina que la tan anhelada resocialización del delincuente no se logre en dichos establecimientos, por el contrario, en la mayoría de los casos, el encierro, por más breve que sea, se convierte en un factor que no solo empeora la conducta de los internos, sino que una vez que recuperan su libertad, la reinserción social se vuelve prácticamente imposible, ya que se encuentran “estigmatizados”, en una situación de exclusión social, total.

De ahí, que surja la imperiosa necesidad de buscar otros caminos para la resolución pacífica de conflictos, a los fines de satisfacer y dar respuesta a un mayor número de damnificados, atenuando los efectos nocivos que produce la actividad delictiva, todo ello, con la menor intervención posible de los sistemas de justicia penal.

Dentro de esas alternativas se encuentra la mediación penal, que persigue como principal finalidad, alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un hecho delictivo, mediante la reparación del daño causado a la víctima, en lugar del castigo al autor del hecho, como sucede en el actual régimen penal vigente. Es decir, se trata de un procedimiento que permite la aplicación de principios propios de la justicia restaurativa, donde las partes intervinientes en el conflicto sean también partícipes en la búsqueda de la solución al mismo.

Frente a la situación previamente descrita, y a los fines de comenzar a abordar la temática elegida se parte del siguiente interrogante: ¿Es posible jurídica y fácticamente la aplicación del procedimiento de mediación como respuesta alternativa al delito, en el ordenamiento penal de la Provincia de Córdoba?

A los fines de responder al mismo se plantea la siguiente premisa:

La figura de la mediación en materia penal constituye una vía idónea, rápida y eficaz de resolución de conflictos, que permite devolverle a los implicados el rol que el Estado les expropió, para que sean ellos quienes arriben a la solución del mismo, satisfaciendo las exigencias de justicia para restablecimiento de la paz y el orden social, como también, contribuyendo a la descongestión del sistema judicial.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, y para el logro de tal cometido se formularon los siguientes objetivos:

Objetivo General: Incorporar el procedimiento de mediación en el ordenamiento jurídico penal de la Provincia de Córdoba, para la resolución de conflictos derivados del delito.

Objetivos Específicos:

- Conceptualizar el proceso penal y los distintos paradigmas procesales existentes.
- Definir la pena en sus contextos históricos, alcances y limitaciones.
- Analizar la reparación como “tercera vía” del sistema penal

- Explicar las distintas opciones que presentan los métodos alternativos de resolución de conflictos
- Describirla mediación penal en el marco de la justicia restaurativa, como paradigma sobre el cual se estructura dicho mecanismo alternativo.
- Desarrollar el método de la mediación, sus etapas, reglas básicas, y principios, etc.
- Examinar el principio de legalidad y oportunidad procesal.
- Analizar las recientes modificaciones legislativas operadas tanto a nivel nacional como provincial.
- Justificar la incorporación de la mediación en el ordenamiento jurídico penal de la provincia de Córdoba.

Por otra parte, desde la perspectiva metodológica, para el desarrollo de este proyecto de investigación se utilizará una estrategia de tipo cualitativa mixta, ya que no se pretende exhaustividad estadística sino, que se intenta a través de un estudio exploratorio descriptivo de los datos obtenidos por medio de la observación, realizar una profundización de los aspectos teóricos y conceptuales, a los fines de ampliar el conocimiento sobre la temática bajo estudio. (Yuni, J.A. y Urbano, C.A., 2006).

En suma, a todas estas cuestiones se dedicarán las líneas que siguen, donde se abordará en principio y de manera general, lo referido al proceso penal en su concepción clásica, los distintos paradigmas procesales, como también, lo referente a la pena y sus fines; haciendo hincapié en la reparación como tercera vía del sistema penal. Seguidamente, se analizará la justicia restaurativa como prototipo fundante sobre el cual se estructuran los distintos métodos de resolución de conflictos, y dentro de ellos, la mediación penal, como respuesta idónea frente al conflicto delictivo.

Finalmente, se considerará lo relativo a la crisis del principio de legalidad y consecuentemente, el surgimiento de criterios de disponibilidad de la acción, lo que deja las puertas abiertas a la incorporación de la mediación en materia penal en nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO I:

Proceso penal, paradigmas procesales y la pena.

“La mejor reforma del derecho penal no sería sustituirlo por un mejor derecho penal sino por algo mejor al derecho penal”

Baratta A.

1.- Derecho procesal penal

1.1.- Definición:

El derecho procesal penal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él (Maier, 1996, p. 76).

En el mismo sentido se lo conceptualiza como:

Ciencia que estudia en forma sistemática al conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal, organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal (Claría Olmedo, 1998, p. 37).

Por su parte, Vázquez Rossi (1995) expresa que se trata del conjunto de normativas que organizan el poder penal del Estado para la realización de las disposiciones del ordenamiento punitivo. Para lo cual, estructura normativamente el aparato de investigación y juzgamiento y los procedimientos seguidos desde que se tiene noticia sobre la comisión de un hecho presuntamente delictivo hasta el dictado de la sentencia y posterior ejecución de lo dispuesto en ella.

De los conceptos precedentes se desprende que, el derecho procesal penal se ocupa, por un lado, de la organización judicial y de la acusación estatal; y, por el otro, de los sujetos que actuarán y de los actos que deberán llevar a cabo para la imposición de una pena al culpable por la comisión de un delito.

Es decir, se confiere al derecho procesal penal una función de realización, de aplicación del derecho penal de fondo, y de reconstrucción del orden jurídico dañado por la conducta ilícita.

En una posición contraria se encuentra Binder (1999) quien critica estas posturas, en cuanto propone una visión abarcativa y no acotada del derecho penal, aseverando que derecho penal y derecho procesal penal deben responder ambos a una uniforme política criminal, a los efectos de sistematizar el ordenamiento penal sin entender a una rama como instrumento de aplicación de la otra, sino propendiendo ambas a un mismo fin que define dicha política legislativa.

1.2.- El Proceso Penal

1.2.1.- Definición:

Desde un punto de vista objetivo, externo y estático, el proceso penal puede definirse como:

Serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva (Vélez Mariconde, 1986, p. 114).

En otras palabras, éste se presenta en la realidad, como un conjunto de actos efectuados por determinados sujetos de manera coordinada y sucesiva, los cuales están orientados a una finalidad específica, que es la de verificar la existencia de los presupuestos

que habilitan la imposición de una pena, o la no existencia del mismo, sobreseyendo al imputado como presunto autor del ilícito objeto de ella.

Por ello, se sostiene que el proceso penal debe tutelar, por un lado, los derechos de la sociedad, que requiere la punición de las conductas típicas antijurídicas y culpables, para así no quedar a merced de los delitos; y, por otro lado, los derechos de los individuos inmersos en dicho proceso, quienes desean no ser oprimidos por las normas penales en forma injusta, lo que requiere un reconocimiento de garantías, contra los abusos que puedan originarse con ellos.

En este sentido, es importante mencionar que nuestra Constitución, a través de su art. 75 inc. 12, legitima el poder penal del Estado, al autorizar al Congreso Nacional el dictado del Código Penal, el cual definirá en abstracto las conductas susceptibles de pena. Pero al mismo tiempo, establece como límite y en beneficio de los ciudadanos que el Poder Judicial, como autoridad pública, y a través de sus tribunales competentes, independientes e imparciales, será el encargado de decidir sobre la legitimidad de la aplicación en el caso concreto.

Del mismo modo, la Carta Magna establece en su art. 18, que para la imposición de una pena por la comisión de un delito antes, necesariamente debe sustanciarse un juicio. Lo que implica la consagración del proceso como instrumento inevitable e insustituible para la imposición de una sanción penal a una persona, en cualquier caso.

No obstante, este carácter ineludiblemente instrumental, el proceso penal, no debe ser desnaturalizado ni comportarse en la realidad como una pena en sí mismo.

1.3.- Paradigmas Procesales

1.3.1.-Definición

El sistema procesal penal es el conjunto de principios que inspira un determinado ordenamiento jurídico, reflejando en él, las diversas ideologías políticas imperantes en las distintas etapas históricas.

Dichas concepciones políticas y culturales han influido siempre a través de diferentes escenarios históricos, en el proceso penal.

Dicho de otro modo, se trata de una distinta concepción del Estado y del individuo, en la administración de justicia. A través de los cuales, se expresa un aspecto del conflicto entre el Estado y el individuo, entre el interés colectivo y el interés individual, entre el principio de autoridad y la libertad individual (Maier, 1996).

1.3.2.- Distintos Paradigmas Procesales

En la mayoría de las naciones se comenzó con la forma acusatoria, pasando luego al sistema inquisitivo y posteriormente, a lo largo del siglo XIX, al sistema mixto.

1.3.2.1.- Acusatorio

Este sistema de enjuiciamiento se sustentaba bajo el principio de la preeminencia del individuo y la pasividad del Estado.

El mismo se desarrolla designando y delimitando claramente las funciones de cada sujeto procesal. Así tenemos, por un lado, al acusador, quien era el único encargado de perseguir el delito y ejercer el poder; por el otro, al imputado, que disponía de amplias

posibilidades para refutar la acusación a través del reconocimiento de su derecho de defensa; y, por último, el tribunal, que ejercía el poder decisorio. Tres sujetos y tres funciones diferentes, con la característica que, este tipo de proceso se ve dominado por las partes. Sin embargo, la esencia de este sistema acusatorio reside no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa, presentada y sostenida por una persona diferente del juzgador.

La acusación, imputación pública y formal, constituía la única forma aceptada de iniciar un proceso y la base del mismo. Además, esta determinaba los límites de la decisión del tribunal.

El procedimiento estaba constituido básicamente por el debate, el mismo que reunía las características de publicidad, oralidad, continuidad y contradictoriedad.

El acusado era considerado como un sujeto de derechos, y su posición respecto al acusador era de igualdad.

Asimismo, mientras que la libertad era la regla, la detención era la excepción.

Rigió el principio de la libertad de la prueba, la misma que era valorada según el sistema de la íntima convicción, lo que concedía al tribunal plena libertad para decidir, sin la obligación de fundamentar sus fallos, que tenían a su vez, el carácter de ser irrevocables, otorgándole pleno valor a la cosa juzgada.

Finalmente, la jurisdicción estaba a cargo de un juez que no era un representante del Estado, ni un juez elegido por el pueblo. El juez era el pueblo mismo, los que se organizaban a modo de asambleas populares o jurados.

1.3.2.2.- Inquisitivo

Este modelo de enjuiciamiento se desarrolla durante la baja Edad Media, pero tuvo sus inicios en el Derecho Romano imperial, afirmándose con la Iglesia Católica y con la formación de los Estados nacionales, bajo el régimen de monarquía absoluta, imponiéndose desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII.

Quizás el principal motivo que contribuyó al surgimiento de este sistema, además de la instauración de un régimen despótico, fue la inactividad de los particulares para acusar y perseguir el delito. Esta situación determinó en gran medida que muchos delitos quedaran impunes. Así se produjo la transferencia de la función acusatoria, de manera paulatina y progresiva, ya que a partir de esa época los delitos sobre los cuales no existía acusación fueron perseguidos de oficio.

La jurisdicción era un poder intrínseco al monarca, el mismo que delegaba ese poder a sus funcionarios organizados jerárquicamente, y lo reasumía cuando era necesario.

La acción penal era ejercida en virtud de una denuncia secreta y estaba en manos de la persona que ostentaba la capacidad de juzgar, el inquisidor.

El acusado se convertía en un mero objeto de investigación, sin derecho de defensa, y, lo que es aún más grave, obligado a auto incriminarse. Por lo que no resulta extraño, que, en tal contexto, las medidas preventivas como la detención se constituyeran en la regla, mientras que la libertad era la excepción.

El procedimiento estaba basado en una investigación secreta, caracterizada por ser escrita, discontinua y con falta de debate.

El juez poseía iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar, como así también tenía facultades exclusivas respecto de la prueba.

Finalmente, la decisión adoptada, no lo era sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales, por el cual, la misma ley les concedía eficacia probatoria a distintos elementos de prueba de manera previa.

1.3.2.3.-Mixto

De la inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: la persecución penal pública de los delitos y la averiguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final.

El triunfo del iluminismo, a partir de la Revolución Francesa y, consecuentemente, la creación de un nuevo orden social y jurídico no lograron eliminar esos postulados, que representan el legado de la inquisición al enjuiciamiento penal actual.

A pesar de que en los comienzos de la Revolución la idea de República postuló como consecuencia el regreso al sistema acusatorio con acusación popular, la solución que se impuso fue, en realidad, un compromiso, ya que siguieron rigiendo ciertas reglas de la inquisición, en especial, los principios mencionados, pero aparecieron otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias que fueron condicionando la significación de aquéllos.

En otras palabras, la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, entendidas como metas absolutas en el enjuiciamiento inquisitivo, al punto de tolerar la utilización de cualquier medio para alcanzar sus fines, se transformaron en valores relativos, superados por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos y

condicionaban los medios a través de los cuales podían ser alcanzadas aquellas metas. Esos atributos se traducían en reglas de garantías y derechos individuales, que imponían el tratamiento como inocente de una persona hasta que los tribunales designados por ley no dictaran una sentencia firme de condena, para lo que resultaba imprescindible un juicio previo, en el cual se garantizara la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción para obligarlo a declarar en su contra.

En suma, de lo que se trató es de equiparar ambos intereses, tanto el que correspondía al acusado como sujeto de derechos y el que se le asigna al orden social como condición fundamental de la vida en sociedad y uno de los fines del Estado, y conciliar los sistemas antagónicos desarrollando sus implicancias en etapas diferentes de un mismo proceso. Así tenemos que, como rezago del sistema inquisitivo, se aplican sus máximas en la primera etapa del proceso, en la investigación, ya que esta reúne las características de ser escrita, reservada y no contradictoria, mientras que durante el desarrollo del juicio oral priman los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración propios de un sistema acusatorio.

1.3.2.4.- Acusatorio Garantista

A diferencia de lo que ocurrió con el sistema de enjuiciamiento mixto, este modelo potencia el sistema acusatorio tradicional, al que le adiciona un completo marco de garantías para la protección tanto de la víctima como del imputado, evitando los abusos de poder.

Su particularidad, reside en la estricta separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Las que al hallarse delimitadas con precisión y tener operadores jurídicos

distintos, otorgan las garantías de objetividad e imparcialidad que plasma en la racionalidad que se exige al proceso penal.

Dicho de otro modo, este sistema centra el momento de la investigación en manos del Fiscal Penal, al cual le otorga una serie de facultades y capacidades para archivar las actuaciones o abstenerse de ejercitar acción penal y pedir el sobreseimiento del imputado cuando advierta razones de atipicidad, no antijuridicidad o falta de pruebas.

Por otro lado, revaloriza los roles que juegan las partes, otorgando a la víctima un nuevo estatus jurídico, y confiriendo a la defensa una serie de garantías imprescindibles para en el desarrollo del proceso acusatorio.

Además, prevé mecanismos alternativos al proceso común para la solución de los conflictos con menores costos de tiempo, dinero y economía procesal.

Asimismo, propugna el respeto y el aseguramiento de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, erigiéndolos como los cimientos sobre los cuales descansa el derecho procesal penal.

1.3.3.- Cambio de Paradigma: Del modelo mixto al acusatorio adversarial y garantista

Con la sanción de la Ley 27.063 se modifica el Código Procesal Penal de la Nación, adoptando un sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio y garantista, colocando al país a la vanguardia en los estándares procesales del mundo, y abandonando de manera definitivamente el modelo inquisitivo que, pese a las reformas del año 90, al incorporar la oralidad y adaptarse a un sistema mixto, todavía seguía vigente en nuestro país.

Este cambio de paradigma implica profundas transformaciones en la administración de justicia, en las funciones y roles de cada uno de los sujetos intervinientes como también, en las etapas del propio proceso penal.

Por modelo acusatorio debe entenderse, según sostiene (Ferrajoli, 1995), como aquel sistema que piensa al juez como un sujeto pasivo, separado de las partes y al juicio como una disputa entre iguales, la cual se inicia con la acusación, quien tiene la carga de la prueba, y enfrentada a la defensa en un proceso contradictorio, oral y público, que el juez resuelve según su libre convicción.

Dentro de las principales características que presenta este nuevo código, pueden mencionarse las siguientes:

- **Separación de funciones:** los fiscales llevan a cabo la investigación y el impulso de la persecución penal; y los jueces serán los encargados de juzgar adoptando las decisiones finales.
- **Autonomía procesal de la víctima:** La víctima adquiere la potestad de participar en el proceso penal en forma autónoma. Pudiendo requerir la revisión de resoluciones que afectan sus intereses, tales como el pedido de sobreseimiento del imputado por parte del Ministerio Público Fiscal.
- **Principio de oportunidad:** Se introduce el principio de oportunidad procesal, que habilita al Ministerio Público Fiscal a desistir de la acción pública por insignificancia y pena natural, entre otras causales. Lo que tiende a descomprimir el sistema judicial y racionalizar la respuesta punitiva.
- **Conciliación como método alternativo de resolución del conflicto:** La víctima y el imputado pueden concluir un acuerdo conciliatorio en

determinados casos; como, por ejemplo, en causas de delitos con contenido patrimonial y cometidos sin grave violencia.

- **Oralidad:** La oralidad asegura mayor eficiencia y celeridad, aplicable para el juicio oral y público y para todas las incidencias y recursos que se susciten durante la investigación.

- **Plazos del proceso:** Se prevé que la investigación no podrá durar más de un año desde que ella se formaliza, y todo el proceso no puede durar más de tres años, previendo sanciones para el caso de incumplimiento.

- **Juicio por jurados:** Se incorpora la participación de la ciudadanía en el proceso de administración de justicia a través de jurados (que tendrán que ser regulados mediante una ley especial).

- **Medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva:** Tales como la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, vigilancia del imputado mediante dispositivos electrónicos de rastreo y el arresto domiciliario, entre otros.

- **Legajo de investigación:** En pos de la celeridad, se abandona el tradicional expediente secreto y formal característico de la instrucción, adoptándose la figura del legajo de investigación. El que contendrá la enumeración de documentos y elementos recogidos, como también un resumen sumario de todas las diligencias practicadas.

- **Acento en la etapa de debate:** Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado. Es decir, como principio general, la sentencia debe fundarse en las pruebas producidas durante el juicio oral y público.

- **Etapas del juicio oral:** El proyecto prevé que el juicio oral estará dividido en dos etapas: una primera etapa de determinación de la existencia del hecho, calificación legal y responsabilidad del imputado y una segunda en la cual se

determinará, en caso de corresponder, la culpabilidad del imputado, como la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento.

En suma, si bien el proceso de implementación de este nuevo paradigma no resulta ajeno a los desafíos, ya que requiere, no solo de una modificación legislativa sino, y fundamentalmente, de una transformación cultural, los beneficios y ventajas que proporcionan para todas las partes intervinientes en el proceso son innumerables¹.

1.4.- La Pena

1.4.1.- Definición y distintas teorías

La pena constituye el principal instrumento del que dispone el Estado como reacción frente al delito. Según sostiene Righi (2001), se trata de una restricción de derechos impuesta coactivamente al responsable por parte de los órganos del Estado encargados del control social.

Nuestro ordenamiento jurídico penal ha adoptado tradicionalmente un modelo dualista de respuesta ante el delito, conformado por penas y medidas de seguridad.

¹ Borinsky, M. (2014) Todo lo que cambia con el nuevo Código Procesal Penal. Infobae. Extraído de: <https://www.infobae.com/2014/11/11/1607949-todo-lo-que-cambiara-el-nuevo-codigo-procesal-penal/>

Álvarez, J. (2014) El nuevo Código Procesal Penal de la Nación: los cambios y los principales desafíos que se avecinan. MicroJuris.com. Extraído de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2014/12/18/el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-los-cambios-y-los-principales-desafios-que-se-avecinan/>

La necesidad de determinar la legitimidad del *ius punendi* del Estado ha llevado al desarrollo de diversas teorías, entre las que se encuentran, las teorías absolutas o retributivas, las relativas o de prevención.

- **Absolutas o retributivas**

Estas teorías que encuentran sus máximos representantes en pensadores como Kant y Hegel parten de la idea de justicia y sostienen que el fin de la pena es la mera retribución. Es decir, que ésta se impone como un mal necesario que debe sufrir el delincuente para compensar el mal que ha causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del talión. En consecuencia, la individualización de la misma depende de la gravedad del hecho como de la culpabilidad del autor.

- **Relativas o preventivas**

- **Prevención general Negativa:** Estas corrientes entienden a la pena como un instrumento de motivación del Estado, un remedio para impedir el delito. Su finalidad consiste en disuadir a potenciales infractores de la ley penal.

Es decir, la pena se traduce en una amenaza o intimidación por medio de la ley dirigida a toda la comunidad con el fin de exterminar el peligro de la delincuencia oculta en su seno.

Esta coacción se hace efectiva con la imposición de la sentencia de condena por parte del juez, con lo cual se refuerza la prevención anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan las mismas conductas (Penas Ejemplares).

- **Prevención General Positiva:** Parten de la premisa de que el delito desestabiliza el sistema social y destruye la confianza de los miembros de la comunidad en el derecho, por lo que la función de la pena sería afirmar y restablecer las normas básicas indispensables en cada sociedad para la convivencia pacífica.

- **Prevención especial:** El fin de la pena es evitar la reincidencia. Es decir, está dirigida al propio autor y procura evitar que cometa nuevos delitos, a través de la reeducación y re sociabilización del mismo.

Nuestro sistema constitucional establece con claridad en su art. 18, que las cárceles no serán para castigo, sino para la seguridad de los detenidos, y que la ejecución de las penas privativas de la libertad tendrá, como finalidad primordial, la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH; art. 75 inc. 2, CN), con lo cual se recoge la teoría de la prevención especial.

Ahora bien, en lo que respecta a su imposición, esta pena solo se podrá aplicar cuando un juez natural e imparcial, declare por sentencia firme la culpabilidad del acusado por el delito, luego de la realización de un proceso respetuoso de todos los derechos y garantías otorgadas por el orden jurídico, fundadas en legítimas pruebas aportadas por la acusación y recibidas en juicio oral y público con vigencia de la inmediación, el contradictorio y la identidad física de los jueces.

1.5.- La reparación del daño como tercera vía

Como consecuencia de la crisis del fundamento de la pena, se han ido desarrollando nuevos caminos que consideran necesario incluir como respuesta frente al delito, la reparación de la víctima y la resocialización del victimario. Lo cual, permitirá asignarle al derecho penal, una función social distinta a la punitiva.

Además, esta reparación tiene como fundamento una concepción que ve en el delito, más un conflicto que una infracción y, por ende, busca priorizar la armonización de dicho conflicto entre las partes, por sobre el castigo a la violación de la ley. Es decir, se prefiere la reparación del daño, antes que su represión, otorgándole al ofendido, un protagonismo mayor en la resolución del caso.

Reparar, para la Justicia Restaurativa, no es solo la idea de enmendar materialmente a la víctima y a los tribunales de justicia. Entendido de esta manera, se limitaría enormemente su aplicación ya que, en sentido estricto, no todos los delitos pueden ser reparados, ni todas las víctimas desean esta clase de reparación.

En realidad, este término se refiere, no ya a la violación de las normas escritas creadas por el estado, sino a la restauración de las relaciones entre los individuos que han sido dañadas o vulneradas como consecuencia de la comisión del hecho delicto.

Es en este sentido, que este tipo de justicia juega un papel muy importante transformando la forma de relacionarnos unos con otros. De ahí, que la reparación tenga una visión más trascendental, ya que, procura atender las necesidades de todas las víctimas, reintegrar al infractor de nuevo en la sociedad y conseguir así una sociedad más segura y pacífica, en definitiva, un lugar mejor donde vivir.

Por lo tanto, este concepto transformador de reparación comprende, no sólo la material sino la emocional. Al respecto, Domingo de la Fuente (2015) sostiene, que la víctima necesita superar

el trauma que le ha ocasionado el delito, y para ello es necesario que pueda “reconstruir” la historia, incorporando el delito como una parte más de su vida.

Es a partir de estos procesos restaurativos, que la reparación del daño obtiene un enfoque más humano. Precisamente, la importancia de los mismos radica en que, esta actividad reparadora no es impuesta por un tercero ajeno al delito (el juez) sino, que es asumida por el infractor de forma totalmente voluntaria. Esto conlleva a que, el querer reparar implique para el infractor, haber asumido su responsabilidad, identificando el daño causado y aceptando esta obligación como algo normal y consecuente.

La reparación así concebida, acaba siendo, no ya una obligación o un deber del infractor para con la víctima, sino una actividad educativa que se ofrece como consecuencia lógica de sus acciones ya que, si se cometió un daño, lo lógico es que se haga lo necesario para remediar, aminorar y/o compensar el mismo.

CAPITULO II:

La Justicia Restaurativa.

“Si cometemos alguna forma de injusticia con otro, y la compensamos dando nuestra mano a la víctima, no vamos más allá de la justicia, sino que, más bien, restauramos la justicia”.

(Agnes Heller 1994)

2.- La Justicia Restaurativa

2.1.- Orígenes

Sostiene Domingo de la Fuente (2012), que resulta muy difícil determinar exactamente el momento o el lugar en que se originó. Lo cierto es que, esta justicia existió siempre desde el inicio de los tiempos, pero se fue perdiendo con la evolución de la sociedad y de los sistemas jurídicos y políticos.

En la antigüedad, las formas tradicionales y autóctonas de justicia consideraban que el delito era un daño que se hacía a las personas, y que la justicia contribuía a restablecer la armonía social, ayudando a víctimas, delincuentes y comunidades a cicatrizar sus heridas. Al respecto, la autora menciona como ejemplo, el código de Hammurabi, en el cual se establecía como sanción a los delitos contra la propiedad, la restitución de lo sustraído.

De esta manera, se puede observar que, la idea de la Justicia Restaurativa no es algo novedoso, sino que está enraizada en nuestra cultura y tradiciones así, como también, en las religiones. De hecho, la Biblia está repleta de referencias indirectas a esta forma de ver la justicia; y lo mismo se puede decir de otras religiones y culturas.

Asimismo, existen tradiciones de los pueblos indígenas de Norteamérica, Nueva Zelanda, Australia y Canadá inspirados en este tipo de justicia, cuyas prácticas se basaban en la reparación del daño y la sanación de heridas, a través de la discusión e interacción entre víctima, ofensor y comunidad.

Ya en el siglo XX, Albert Eglash, psicólogo estadounidense, siguiendo este concepto de justicia desde el punto de vista de la victimología, elaboró el concepto de restitución creativa, este autor decía que esta restitución es una técnica de rehabilitación por la cual se ayuda al infractor, a

encontrar alguna manera de compensar a las personas que ha dañado (Eglash, 1958). Más tarde, Nils Christie (1977) publicó en el diario de Criminología británico un artículo en el que afirmaba que el Estado les había robado el conflicto a los ciudadanos. El conflicto, y los problemas sociales son partes inevitables de la vida y por lo tanto no pueden ser dejados solamente en manos de los profesionales. En el mismo sentido (Wright, 1977) proponía que la víctima fuera ayudada por el delincuente o la comunidad, y que el infractor debía reparar a ambos. Esto permitiría demostrar el respeto por los sentimientos de las víctimas y, asimismo, ofrecería a los infractores una posibilidad para que no se aislen aún más de la sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, en 1974 se registra el primer antecedente, donde la Corte ordenó por primera vez una sentencia de Justicia Restaurativa, ésta tuvo lugar en Kitchener Ontario, donde dos jóvenes capturados tras un accionar vandálico que dejó 22 propiedades dañadas, lograron gradualmente restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa en la zona, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores.

Proyectos similares están funcionando actualmente en Inglaterra, Alemania, España Holanda, Noruega, Finlandia, Italia, Francia, Bélgica y Austria, que han incorporado dentro del modelo de justicia restaurativa, programas de mediación entre víctimas e infractores.

En la misma línea, la Declaración de Viena del décimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente², planteó la búsqueda de alternativas a la pena de prisión a través de la reconciliación de los actores del conflicto, la

² Organización de Naciones Unidas (2001) *Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo XXI*. Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente. Décimo Congreso de las Naciones Unidas. Austria.

restauración de la armonía y la paz de la comunidad. Todo ello, expresa una clara promoción a este modelo de justicia.

Otro caso para destacar es el de Nueva Zelanda, donde a partir del año 1989, la justicia restaurativa constituye el eje central sobre el que se construye todo el sistema nacional de justicia juvenil. Existen, además, en Europa y Norteamérica distintos programas, evidencian la notoria mejoría que se produce en la relación de las partes, a partir del acercamiento que estas prácticas permiten, contribuyendo así, a reducir la sensación de inseguridad que tiene la comunidad.

A nivel Latinoamericano, Battola (2014) señala, que existen igualmente países que han acogido este modelo, tal es el caso de Guatemala o Costa Rica, donde se realizan movimientos populares, juntas vecinales, movimientos de grupos vulnerables, para tratar aquellos reclamos que no han podido ser resueltos por los mecanismos tradicionales, originando de esta manera, mecanismos restitutivos, con base comunitaria y permitiendo la inclusión de toda la sociedad.

Es en este contexto, que numerosos países americanos, se han visto motivados a incorporar diferentes prácticas restaurativas en sus legislaciones.

En el ámbito nacional, se puede mencionar la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, que establece en su artículo 65 que “[...] *se promueve la utilización, difusión y desarrollo de las instancias no adversariales de resolución de conflictos, especialmente a través de la mediación, negociación, conciliación, facilitación y arbitraje*”. La incorporación de este precepto en el estatuto fundamental provincial ocasiona un fuerte impacto en lo que refiere a la utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Ello contribuye sin duda, a una mejora en el sistema de administración de justicia e implica la adopción de un modelo de justicia restaurativa, sustentada en una cultura de paz social.

Continuando con la línea de la recepción legislativa, es posible mencionar la Ley N° 3987 de la Provincia de Río Negro, que en su artículo 1° , establece el procedimiento de mediación para aquellos delitos de instancia privada cuya pena máxima sea de 15 años de prisión, excepto si la víctima es menor de 16 años; y para los delitos de acción pública cuya pena máxima sea de 15 años de prisión.

Por su parte la Ley N° 13.433 de la Provincia de Buenos Aires contempla la mediación penal, estableciendo en su artículo 6° el mecanismo de la mediación para causas correccionales, familia, vecindad, patrimoniales y para aquellos delitos cuya escala penal prevea una pena máxima de 6 años de prisión.

En el caso de la Provincia del Chaco, la Ley N°4989, establece la mediación en conflictos penales en esa provincia. El artículo 4° de dicha ley dispone “*La mediación podrá proceder especialmente en aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa. También podrá aplicarse en aquellos hechos previstos como contravenciones*”.

2.2.- Definición

Actualmente, nos encontramos atravesando un momento histórico de profunda crisis del proceso penal. Cada vez que se comete un delito grave, se abre en la sociedad un nuevo debate acerca de la necesidad de endurecer las penas, como si esto constituyese el único remedio para todos los problemas. El castigo al culpable se ha convertido en una verdadera obsesión para la sociedad.

Sin embargo, a pesar del aumento en la dureza y severidad de las sanciones penales, la realidad demuestra que la situación no ha variado, los delincuentes no se encuentran contenidos, además las víctimas experimentan una frecuente desilusión con el sistema de justicia penal.

El modelo de justicia retributiva, parte de la base de que el delito supone una violación a la norma, la justicia representa al gobierno y castiga al delincuente por el delito, y la víctima no es más que un mero testigo. Pocas personas se preocupan de si la víctima se siente amparada por el sistema penal o de si el castigo es la necesidad fundamental de la persona que sufre el delito. En este sentido, el proceso penal no solo no respeta estas necesidades, sino que supone, en algunos casos, una experiencia dolorosa para las víctimas, lo que se conoce como “victimización secundaria”. Al respecto, Nils Christie (1977) sostiene que la víctima en un proceso penal es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al estado, quien se apodera del conflicto, dejándola excluida de cualquier participación en el mismo (Domingo de la Fuente, V., 20015).

Frente a esto surge un nuevo modelo de justicia, la Restaurativa o Reparadora, que propugna la solución de los conflictos, involucrando a todas las partes que hayan participado en él.

En principio, es posible definirla como: la filosofía, y el método de resolver los conflictos, que se ocupa de manera prioritaria de la protección de la víctima y el restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer efectivamente las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles la disponibilidad sobre el proceso y sus soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas causadas por el delito (Ríos Martín, Rodríguez, Guillén y Segovia Bernabé, 2008).

También se alude a ella como: una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Podría decirse, que la filosofía de este modelo se resume en las tres R (responsabilidad,

restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder libremente por sus conductas; restauración de la víctima que debe ser reparada, y lograr así, salir de su posición; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad, que también se ha visto dañada por el ilícito (Kelmelmajer de Carlucci, 2004).

Naciones Unidas, la define como: una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, desarrolla el entendimiento y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, ofensores y comunidades. Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes; un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional; un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto³.

Por su parte, Highton, Álvarez, y Gregorio (1998) sostienen, que la nota característica de este nuevo paradigma es que, por un lado, centra la atención en la víctima, y en sus necesidades, y por el otro, en el infractor y en su verdadera rehabilitación. Se pretende así, que víctima y agresor participen activamente en la resolución del conflicto y que, a través del diálogo equilibrado, establezcan las bases para lograr la reparación del perjuicio causado por el ilícito.

Es decir, este modelo de justicia plantea, que, al cometerse un crimen, el ofensor incurre en la obligación de restaurar no sólo a la víctima, y a la comunidad; sino también debe procurar restablecer el estado de bienestar que preexistía a la ofensa. Todo ello, en

³ Manual sobre programas de justicia restaurativa, United Nations, (2006) Office on drugs and crimes (Viena), Nueva York, p.7, disponible en http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

armonía con la seguridad, la rendición de cuentas y la posterior reinserción del delincuente en la sociedad.

2.3.- Objetivos de la Justicia Restaurativa

El objetivo primordial de este nuevo modelo de justicia es el resarcimiento. Es decir, la reparación del daño causado, a través de una resolución menos violenta del conflicto, antes que su represión.

Se pretende, de esta manera, contribuir a una justicia penal menos retributiva, que otorgue protagonismo a los verdaderos involucrados, ubicándolos en el centro del proceso. Ello permite, ofrecer a la víctima la posibilidad de un ambiente seguro en el cual pueda hacer preguntas y obtener respuestas por parte del infractor; además, donde pueda expresar sus sentimientos respecto del acto delictivo y los daños que le ha provocado el mismo, como también, en qué forma podría ser reparado. En cuanto al infractor, es apoyado para que rinda cuentas directamente frente a la persona perjudicada por su acción delictiva, y además se le proporciona un espacio en el cual podrá disculparse, expresar su opinión, sentimientos acerca del hecho dañoso, indagar en las causas que lo llevaron a cometerlo; como también, comprender sus efectos y asumir su responsabilidad.

Dicho de otro modo, es a través de la justicia restaurativa que se procura una verdadera rehabilitación del ofensor por medio de la disculpa y la reparación, en lugar de una pena represiva, que tiene efectos devastadores para el infractor, ya que no logra la reinserción o rehabilitación, como también para la víctima, que queda reducida a un mero espectador del proceso, que no obtiene la satisfacción a sus necesidades.

2.4.- Diferencias entre Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa

Si bien se plantea esta distinción como algo radicalmente opuesto, lo cierto es que no es así, ya que ambas poseen un objetivo en común: reequilibrar las consecuencias del delito. La diferencia radica, sin embargo, en cómo hacerlo. Mientras que la justicia restaurativa lo aborda de una manera constructiva, la retributiva lo realiza de un modo menos positivo.

En el actual sistema de justicia, se impone al infractor como castigo, un dolor o sufrimiento que se corresponde con el daño causado por el delito, ello fundado, en la creencia de que este castigo evitará que vuelva a delinquir y disuadirá a otros potenciales delincuentes de cometer el crimen.

Por su parte, la justicia restaurativa busca responsabilizar al infractor por el daño cometido, es decir, éste debe asumir que ha provocado un perjuicio a otra persona y, por lo tanto, es su deber hacer lo necesario para mitigar o reparar a la víctima y a la comunidad por las consecuencias que su conducta delictiva les ha provocado.

En otras palabras, esta justicia procura que el infractor no vuelva a delinquir, no por miedo a la pena que se le pueda aplicar sino, por que ha comprendido las consecuencias de su conducta.

En resumen, se pueden mencionar como diferencias entre ambos modelos, las siguientes:

- La Justicia Retributiva centra su análisis en la violación de la norma.

La Justicia Restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se las ha causado.

- La Justicia Retributiva en línea con lo que decía Nils Christie al afirmar que el estado se queda con la propiedad del conflicto, intenta defender la norma vulnerada y de acuerdo con esto, decidir el castigo y la culpa. El estado asume como propio el delito y deja al margen a la víctima, considerando el hecho como algo de él, frente al infractor.

La Justicia Restaurativa por el contrario trata de defender a la víctima al determinar qué daño ha sufrido y qué debe hacer el infractor para compensar el perjuicio ocasionado.

- Con la Justicia Retributiva, el estado busca castigar la vulneración de la norma creada por él mismo y también que el infractor sea separado de la comunidad a través de la privación de libertad.

La Justicia Restaurativa busca alternativas a la prisión o al menos la disminución de la estancia en ella, cuando se posible, y en todo caso trata de atender las necesidades de las personas que sufren el delito a través de la reconciliación, restauración de la convivencia humana y la paz.

- La Justicia Retributiva debe defender la autoridad de la ley y castigar a los infractores.

La Justicia Restaurativa reúne a víctimas e infractores en una búsqueda de soluciones que beneficien a ambos.

- La Justicia Retributiva mide cuanto castigo fue infringido.

La Justicia Restaurativa mide cuantos daños son reparados o prevenidos.

CAPITULO III:

Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos “M.A.R.C”

“Desaconseje el pleito e intente el compromiso con sus vecinos. Advértales que el vencedor es a menudo el perdedor... por los gastos que supone y el tiempo perdido.”

Abraham Lincoln.

3.- Los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos

3.1.- El Conflicto.

Cada individuo posee necesidades y puntos de vista diferentes, por lo que resulta inevitable que surjan enfrentamientos. El conflicto forma parte de las características esenciales del hombre y de su vida en sociedad. Toda unión o relación entre individuos puede generar situaciones de conflicto, pudiéndolo definir, como “... *aquella situación u colisión ocasionada por la divergencia de intereses incompatibles entre las partes...*” (Fisher, Ury y Patton, 2003).

Ahora bien, el modo que se emplee al abordarlo estará estrechamente ligado con nuestra experiencia cultural. Por lo que, se debe diferenciar entre resolver o gestionar un conflicto. En el primer caso, se refiere a la superación o desaparición de dicho conflicto, mientras que, en el segundo, se pretende adoptar las medidas o estrategias necesarias para minimizar los daños que pueda ocasionar o encauzarlo para su resolución.

Ineludiblemente, el desarrollo y avance de las sociedades produce un aumento de las disputas, lo que exige que los mecanismos resolutivos que se empleen deban ir adaptándose a cada momento, situación y tipo de conflicto, ofreciendo así, al ciudadano un mayor número de posibilidades para su solución.

Aunque la palabra conflicto genera en sí misma una visión negativa, lo cierto es que son considerados necesarios para el propio desarrollo de la persona. Es decir, si bien estas situaciones generan una sensación de tensión y ansiedad, ello no implica una connotación perjudicial para el sujeto, ya que en muchos casos suele promover cambios y soluciones creativas; es por ello por lo

que, la idea no es tanto evitarlos, sino más bien manejarlos de manera adecuada para lograr un uso constructivo de los mismos orientado al desarrollo personal o grupal.

3.1.1.- Etapas del Conflicto

Para Redorta (2007), a pesar de la complejidad y variedad que presentan los conflictos, todos siguen una dinámica básica que suele estructurarse en distintas fases.

- Fase Temprana: Es la oportunidad ideal para pensar en la resolución del mismo ya que todavía no ha estallado, es una etapa de poco enfrentamiento, casi nulo. Si en esta instancia se pudiera encauzar el conflicto por algún mecanismo de resolución, generando el dialogo respetuoso, la escucha activa, y evitar que se profundice el desgaste de la relación entre las partes, las posibilidades de éxito seguramente serían muy altas.

- Fase de Escalada: Se produce cuando el conflicto no pudo ser canalizado correctamente para su resolución, lo que lleva a que cada parte comience a realizar acciones que son caracterizadas según su grado de intensidad y que, a mayor intensidad, mayor será la escalada del conflicto. Si bien constituye un momento más crítico que el anterior, las posibilidades de adoptar una resolución práctica para el problema aún son importantes.

- Fase de Crisis: Si se avanza en la escalada sin resolución, llegaremos a la etapa más compleja, dura y de mayor violencia en el conflicto. Aquí el diálogo se corta, y los actos o conductas de las partes pretenden plantear el conflicto en términos de poder.

- Fase de Desescalada: En esta etapa suelen plantearse dos situaciones: puede ocurrir, que las partes cesen en las actitudes violentas, y abran una puerta al diálogo y resolución, con lo que se produce un desescalamiento del conflicto; o que el conflicto resurja y retome el estadio de crisis, produciéndose el estancamiento del mismo.

- Fase de Diálogo: Finalmente, en el momento en que las partes entran en un proceso de negociación, asistida por un tercero o no, es el momento de diálogo, donde el conflicto se encamina hacia su resolución.

3.2.-Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos: “M.A.R.C”

Previo a la aparición de este movimiento, ya se vislumbraban métodos distintos al litigio para resolver las disputas.

Culturalmente, la intervención de terceros en la búsqueda de soluciones a los problemas data desde tiempos muy tempranos y se ha venido produciendo en diversas culturas del mundo. Por ello, no existe la pretensión de haber inventado algo totalmente nuevo, sino más bien, de tomar entre lo existente y por medio del análisis y la sistematización lograr adaptar su utilización a los contextos actuales.

Sin embargo, ocurre, que la realidad evoca una contraposición fuerte ya que, en la mayoría de las sociedades particularmente la nuestra, predomina la cultura del litigio. Es decir, se posee la creencia de que los problemas solo encontrarán solución dentro del ámbito judicial a través de un juicio o no se resolverán.

Dentro de las principales razones, se plantea que no se trata de cuestiones trascendentales para el sistema, o que no se tienen los recursos necesarios para acceder al servicio de justicia, lo que resulta una de las desigualdades e injusticias más grandes.

Aún, aquellos que logran acceder al sistema, se encuentran con que el objetivo que persigue el mismo es abstracto. La búsqueda de la verdad, hacer justicia, lo que no significa, precisamente, la solución del problema. Esto ocurre principalmente, porque el juez al resolver utiliza un sistema de adjudicación; esto es, las partes presentan sus pretensiones, y acompañan las pruebas que las sustentan, pero será un tercero quien decida como se resuelve la controversia, ajustándose a lo que la norma establece.

Todo ello, sumado a que el sistema se encuentra totalmente saturado y desbordado por la gran cantidad de causas que ingresan a los estrados judiciales, trae como consecuencia que la resolución de algunos procesos judiciales se extienda por años, y, como se ha sostenido siempre, el viejo refrán: *“justicia tardía, no es justicia”*.

Al analizar esta situación, es evidente que el sistema de justicia es ineficaz, pero lo que es aún más grave, es que no resulta creíble ni fiable para los ciudadanos.

Se considera una obligación de todo Estado democrático y moderno preocupado por el bienestar social, el proveer un servicio heterogéneo de justicia a la comunidad. En otras palabras, éste tiene el deber de tutelar los derechos de los ciudadanos que se vean amenazados, lo que no se satisface solamente con la organización del Poder judicial, sino que, además exige, que se ofrezcan otras formas para resolver los conflictos, que resulten más económicas, eficaces, breves y fundamentalmente justas.

La necesidad de pensar en formas alternativas de resolución de conflictos surge en el ámbito internacional, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ya que la

humanidad no podía permitir que la violencia y la guerra fueran las únicas formas para solucionar sus diferencias. Fue en este contexto, que se comenzó a trabajar en los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (M.A.R.C.), desarrollándose modelos como la Negociación, la Mediación, la Conciliación, el Arbitraje, entre otros. etc.

Estos mecanismos, tal como enseñan (Highton y Álvarez, 2004), ocupan un lugar relevante en la reforma y modernización de la justicia, que no implica la privatización, ni mucho menos el reemplazo del sistema judicial, por el contrario, se complementan con él, logrando un sistema de resolución de conflictos eficiente, que se inicie con instancias a su más bajo nivel, en forma descentralizada, y luego, a medida que sea necesario, ir avanzando a métodos de mayor nivel, quedando reservado el proceso judicial como *última ratio*, esto es lo que se conoce como principio de Subsidiariedad.

3.2.1.- Distintas Opciones

Dentro de los métodos alternativos, existen numerosas opciones que se pueden implementar, a los fines de buscar una respuesta distinta a la que brinda el proceso judicial para solucionar los conflictos. Entre las más comunes, se destacan las siguientes:

3.2.1.1 . - Negociación:

La negociación, se refiere a un método de abordaje que realizan directamente las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y que no implica necesariamente una disputa previa. Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Si bien existen diferentes escuelas de negociación, la que resulta sumamente útil a los fines de la resolución de conflictos es la Negociación Colaborativa que sistematizó la escuela de Harvard.

3.2.1.2 - Conciliación:

Consiste en un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en el que puede ayudar un tercero, que interviene de manera oficiosa y no estructurada, dirigiendo la discusión, pero sin un rol activo. En América Latina este vocablo se utiliza para nombrar la facilitación de un acuerdo presidido por un juez. En este sentido, en la mayoría de los códigos Procesales se regula la conciliación para permitir que el juez convoque a las partes en litigio a fin de intentar que lleguen a un acuerdo (Alvarado Velloso, 1997).

3.2.1.3 . - Mediación:

Es un procedimiento informal, no adversarial, en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. El mediador no impone una decisión, sino que ayuda, colabora con las partes para identificar los puntos en controversia y así, explorar las posibles bases de un pacto para su solución.

3.2.1.4.- Arbitraje:

Se trata de un método por el cual se somete una controversia, ya sea por acuerdo de partes o por impero de la ley, a un árbitro o tribunal de varios árbitros que dictan una decisión (LAUDO) sobre dicha controversia que resulta obligatoria para las partes.

Sobre este punto, es importante mencionar que, si bien la decisión final surge de un tercero neutral las partes, al optar por esta vía acuerdan someterse a un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales. Por ello, parte de la doctrina sostiene que no obstante tratarse de un método heterocompositivo requiere un principio de autocomposición, cuando las partes voluntariamente aceptan el arbitraje como método para solucionar sus diferendos y así lograr el dictado de un laudo favorable a sus intereses (Caivano,1993).

3.3.- La Mediación como Método Alternativo para Resolver Conflictos

3.3.1 Definición

El instituto de la Mediación, como se expresó en párrafos precedentes, puede ser definido como: *“aquel método no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes para que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto”* (Highton, E. y Álvarez, G., 2004).

En otras palabras, se trata de una vía pacífica, en la cual los sujetos intervinientes en la disputa, a través del diálogo y la negociación, con la presencia activa de un mediador, buscarán encontrar una solución de mutuo beneficio, que ponga fin a sus diferencias.

Este tercero imparcial, mediador, cumple un rol protagónico en el proceso, aunque nunca será él, quien determine la solución al conflicto. Más bien, actúa como un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr acuerdos convenientes, por medio de herramientas, técnicas y estrategias, con las que se ha capacitado profesionalmente para ese fin.

En el manual de mediación preparado por la fundación Libra, Joseph Stulberg (1989) expresa, que la tarea del mediador consiste en inducir a las partes a identificar los puntos de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a los fines de explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa, y así obtener una visión productiva del conflicto para ambas.

En cuanto al procedimiento, este es informal por lo que el mediador no está obligado por reglas procesales. Los contendientes deben llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, y el mediador debe estar en condiciones de poder plasmarlo por escrito, de modo tal que pueda ser ejecutado con posterioridad en caso de ser necesario. Como se trata de un acuerdo que ha sido mutuo y voluntario, los contendientes cumplen espontáneamente y con mayor frecuencia que en los casos de sentencia final en juicio.

Uno de los objetivos centrales de este procedimiento, tiene que ver con la idea de que los ciudadanos se ocupen y comprometan con sus conflictos y sus soluciones. La sociedad debe comprender que resulta más productivo para la convivencia en comunidad, si los problemas se resuelven en su nivel más bajo de intensidad, y entre los mismos involucrados, ya que, de esta manera es posible reconstruir las relaciones sociales afectadas, o al menos evitar que el impacto en ellas sea aún más fuerte y negativo. Por el contrario, si la solución al conflicto llega por imposición de la decisión de un tercero, la misma será bajo el paradigma de ganar-perder, y de esta manera la relación social se destruye, siendo muy difícil, y hasta a veces imposible, enmendarla.

De este modo, la mediación como modo alternativo de resolución de conflictos, persigue la finalidad de preservar o evitar el deterioro de las relaciones afectadas por un conflicto, y es en consecuencia, un elemento de pacificación social en las comunidades modernas, que se caracterizan por altos niveles de violencia y agresión.

No obstante, ello, autores como Bush y Folger (2006) expresan que la mediación puede hacer mucho más que resolver conflictos, lograr acuerdos y mejorar las relaciones. Ellos sostienen que el procedimiento permite, asimismo, demostrar el potencial de cambio que posee cada persona inmersa en un conflicto, descubriendo sus propias habilidades, virtudes y con ello, lograr la revalorización personal, además, faculta el desarrollo de una mayor apertura y aceptación respecto de los sujetos que se ubican en el extremo opuesto, lo que implica el reconocimiento del otro.

Dicho de otro modo, el acuerdo arribado entre las partes constituye un aspecto colateral del procedimiento ya que, aún si no se logra alcanzar el mismo, sino hay reconciliación, de todos modos, debe entenderse que la mediación ha sido exitosa, si permite el reconocimiento y la revalorización de la persona humana.

3.3.2 Antecedentes

A nivel nacional, a partir de la década del noventa se comenzó a evidenciar en nuestro país un creciente interés por el sistema integral de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC). Hasta entonces, a pesar de que existían algunos métodos como la conciliación y el arbitraje, no se advertía su real potencial. La conciliación intraprocesal estaba reducida a un trámite formal a cumplir como un paso más dentro del proceso judicial.

El primer antecedente lo constituye el Decreto N° 1480 de 1992, que declaró de “interés nacional” a la mediación e implementó el Programa Nacional de Mediación. A partir de dicha normativa, se creó el primer Centro de Mediación dependiente del entonces Ministerio de Justicia y se instrumentó la “Experiencia Piloto de Mediación”, por la cual diez Juzgados Civiles patrimoniales y de familia (luego fueron veinte) comenzaron a derivar causas a este centro.

En el año 1995 Argentina adoptó, con la Ley 24.753, el sistema de mediación previa obligatoria en el ámbito de la justicia nacional. Experiencia, que fue inicialmente concebida como un régimen provisorio con una duración de cinco años, aplicándose a la totalidad de los procesos civiles tramitados ante todos los juzgados competentes en dicha materia.

En 2010 se sancionó la Ley 26.589, por la cual este mecanismo compulsivo de autocomposición dejó de estar regulado como un instrumento experimental y se transformó en un sistema legal definitivo para la Justicia Nacional de Capital Federal, previéndose también su extensión a la totalidad de los órganos que componen la Justicia Federal.

El sistema de mediación adoptado es “conectado con el tribunal”, es decir que el Poder Judicial participa, pero no administra. La administración queda a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que es responsable de la capacitación de los mediadores, de las instituciones habilitadas para formarlos, etc.

La nueva Ley 26.589 mantiene, en lo sustancial, el criterio y caracteres del procedimiento de mediación previa establecidos en 1995, introduciendo algunas innovaciones destinadas a mejorar el sistema, a partir de la experiencia acumulada a la luz de la Ley 24.753.

La mediación continúa siendo obligatoria y a cargo exclusivo de profesionales de la abogacía, con tres años de experiencia, que aprueben los requisitos de capacitación establecidos reglamentariamente, superen el examen pertinente y estén inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia. Los profesionales que no sean abogados sólo podrán intervenir como técnicos asistentes en la negociación.

En cuanto al carácter “previo”, la Ley 26.589 innovó respecto del régimen anterior, permitiendo que, durante la tramitación del proceso, y por única vez, el juez pueda derivar el expediente al procedimiento de mediación.

Respecto de las controversias que son susceptibles de mediación en general, la ley incluye a la totalidad de los procesos judiciales, con las siguientes excepciones: acciones penales; acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción; causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; medidas cautelares; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios; juicios de desalojo; concursos preventivos y quiebras.

En Argentina, como consecuencia de la vigencia del sistema de gobierno republicano y federal, existen jurisdicciones provinciales en la que se ha establecido la mediación obligatoria previa al inicio del proceso judicial en materias civil y de familia. En las restantes jurisdicciones provinciales, la mediación prejudicial constituye una alternativa “voluntaria” de las partes.

En muchas de ellas el sistema de mediación responde a un modelo diferente al implementado en la jurisdicción nacional y federal: el denominado “anexo a los tribunales”, es decir que el sistema es administrado por el Poder Judicial, quedando a su cargo la capacitación de los mediadores, la calidad del servicio de mediación, el monitoreo y la evaluación del sistema.

La justicia nacional del trabajo también cuenta con un régimen de conciliación laboral obligatoria administrativa (SECLO), establecido por la Ley 24.635 del año 1996, cuya diferencia central respecto del sistema de mediación civil y comercial radica en las facultades del conciliador, que en este caso tiene atribuciones para aportar fórmulas de acuerdo. Los acuerdos a los que arriban las partes ante los conciliadores son sometidos al contralor del área legal del SECLO, en atención

a los principios de orden público e irrenunciabilidad de los derechos que nutren la normativa laboral.

Es importante señalar que la gestación y el desarrollo de la mediación prejudicial en Argentina responde a un estado de emergencia de la justicia, a una amenaza de colapso del sistema, tal como surge del mensaje de elevación al Congreso del primer proyecto de ley de mediación prejudicial obligatoria en 1994.

Al respecto, corresponde alertar que estos instrumentos de descongestión no eximen al Estado de su obligación principal de garantizar la tutela judicial efectiva a través de un proceso económicamente accesible, rápido y justo.

Los mecanismos de RAC deben ser concebidos como herramientas de negociación bilateral a disposición de los interesados de las que éstos puedan echar mano sabiendo que cuentan, fundamentalmente, con un sistema judicial apto para remediar sus conflictos (Díaz, M. A., 2015).

3.3.3 Características Esenciales:

Este procedimiento posee las siguientes características específicas:

4 Rapidez: Contrariamente a lo que ocurre con el proceso judicial, que puede tardar años en arribar a una solución, este procedimiento permite terminar con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces incluso hasta en una sola audiencia.

5 Confidencialidad: Constituye una de las características más importantes del proceso de mediación. No existe mayor obligación para el mediador que preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en las audiencias. Sin este

deber la mediación no funcionaría, ya que las partes no se sentirían libres de manifestar todos los aspectos de su disputa y los posibles caminos para su solución. Éstas deben tener la seguridad de que nada de los que se diga será usado, por ninguno de los participantes del proceso, en una instancia posterior.

6 Voluntariedad: Son las partes quienes deciden participar o no el proceso de Mediación y ponerle fin al mismo, en cualquier momento. Además, no están obligadas a llegar a un acuerdo.

7 Neutralidad: Está estrictamente vinculada a la actitud del mediador en el proceso, es una característica en el rol del tercero que no puede estar ausente bajo ningún punto de vista.

8 Flexibilidad: Si bien existe una mínima estructura, el procedimiento es absolutamente flexible y puede ser adaptado según las necesidades del proceso, ya sea por decisión del mediador o de las partes, siempre que ello, contribuya a facilitar el desarrollo de la instancia.

9 Exitosa: Una vez en marcha el proceso, según la experiencia de países que han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

10 Economía: La contribución a estos servicios es mínima, especialmente si se la relaciona con el costo del litigar dentro del sistema de tribunales formales.

11 Justa: Como las partes son las encargadas de encontrar la solución, ésta se adapta perfectamente a las necesidades comunes de ambas.

3.3.5 Etapas de la Mediación

El procedimiento de mediación se identifica con cuatro etapas bien claras:

Etapa 1: Organización de la Mediación

En esta primera etapa se apunta a preparar el clima necesario para que las partes se sientan cómodas. El ambiente debe ser confortable pero neutral, asimismo, debe asegurarse el buen contacto visual y auditivo de las partes que posibilite la intercomunicación entre las mismas.

Normalmente, la primera sesión se realiza de manera conjunta entre ambos intervinientes. En esta oportunidad, el mediador pronunciará el discurso de apertura, en el cual, indicará a las partes todo lo relativo al procedimiento, reglas básicas, pasos a seguir, como también, lo referente a su rol en el proceso que se inicia.

Atendiendo a estas consideraciones, resulta importante en esta primera etapa, dejar en claro tres aspectos. En primer lugar, es necesario que el mediador informe a las partes, su imparcialidad en la resolución del conflicto. Ello, a los fines de lograr la confianza de éstas y obtener información acerca de la disputa y las personas involucradas en ella.

Luego, debe manifestar el carácter voluntario del procedimiento, en el sentido de que las partes no están obligadas a permanecer en él, ni mucho menos a arribar a un acuerdo, pudiendo retirarse cuando estimen conveniente. No obstante, ello, la tarea del mediador siempre se orientará a lograr que las partes realicen el máximo esfuerzo, a los fines de solucionar el conflicto.

Por último, está lo referido a la regla de confidencialidad. En virtud de la cual, el mediador invitará a los participantes, a suscribir el convenio correspondiente. Esta confidencialidad, tal como está planteada, presenta varios aspectos, a saber:

Primeramente, el mediador no deberá divulgar a la otra parte, la información que una de ellas le hubiere confiado en una sesión privada; del mismo modo, tampoco podrá divulgar lo que ambas partes le manifiesten durante el proceso;

Por otra parte, el mediador no podrá ser testigo de ninguno de los intervinientes en un proceso judicial posterior;

Finalmente, las partes estarán obligadas a guardar reserva de todo lo manifestado en las audiencias de mediación. Sin embargo, esta regla no es absoluta. Sucede, que en ciertos supuestos este principio cede, por ejemplo, cuando se tomare conocimiento durante el procedimiento, de la comisión de un delito contra un menor en cuyo caso, se deberá realizar la denuncia correspondiente.

El incumplimiento de este deber por parte del mediador, sin estar justificado, lo hará incurrir en un delito y se le aplicarán las penas que cada legislación contemple al respecto.

Etapas 2: Comprensión del conflicto y Clarificación de Intereses y Necesidades.

Aquí, es el turno de las partes de exponer sus posiciones, para lo cual se otorgará tiempos similares a cada una.

El mediador, deberá escuchar atentamente lo relatado, y podrá realizar todas las preguntas que estime necesarias, a los fines de empezar a indagar acerca de las necesidades y sentimientos que subyacen a las mismas.

Este relato directo y personal por parte de los interesados, posee una serie de ventajas:

En primer lugar, permite que las partes puedan expresarse y ser escuchadas, lo que implica un avance en el apoderamiento del conflicto y, además, implica el reconocimiento del otro y sus pretensiones;

Por otra parte, al ser presentadas ante un tercero, permite también evaluar las fortalezas y debilidades que cada uno posee.

Transcurrido ello, el mediador hará un breve resumen de las posturas esgrimidas por las partes, identificando los puntos centrales del conflicto. Luego, se dará inicio al diálogo en el que todos participarán, generando de esta manera una instancia de cooperación y entendimiento entre las mismas, que resultará propicio para un mayor acercamiento de sus posiciones.

Etapa 3: Replanteo y Generación de Opciones

Una vez que el mediador ha identificado los verdaderos intereses de cada una de las partes, comienza la fase de generación de opciones, comúnmente denominada “Torbellino de ideas”. A través de ella se pretende que, las partes expongan todas aquellas propuestas que consideren útiles, a los fines de arribar a la solución del conflicto, satisfaciendo las necesidades de ambas.

Es menester destacar que, lo trascendental en esta fase, es la generación de propuestas, no se efectúa calificación o clasificación alguna sobre ellas, ya que, se trata de una etapa cuantitativa y no cualitativa. La valoración será realizada posteriormente por medio de criterios objetivos y teniendo en cuenta las alternativas que cada parte posee, para determinar cuál será la opción más favorable.

Etapa 4: Lograr un acuerdo

Concluida la fase anterior, donde el único propósito era generar la mayor cantidad de opciones e ideas posibles. El paso siguiente consiste en analizarlas, y así, determinar cuál resulta más idónea para convertirse en la solución al conflicto planteado. Para ello, se hace uso de distintos criterios objetivos y personales. Los primeros, son independientes y ajenos a las partes; los segundos, por el contrario, pertenecen a cada una de ellas, con total independencia de la otra y están compuestos por todas aquellas alternativas que cada uno posee fuera de la mesa de mediación, y que le permitirán compararlos y así, determinar si

es conveniente o no el acuerdo al que han arribado. Estas alternativas generan lo que se denomina en mediación, el M.A.A.N. o P.A.A.N., esto es, Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado o Peor Alternativa al Acuerdo Negociado.

3.4.-Marco Normativo:

3.4.1.- Ley Provincial de Mediación N° 8.858

Como se expresó en párrafos precedentes, el procedimiento de mediación a nivel nacional ha sido regulado por la Ley N°24.573, y su modificatoria Ley N° 26.589; mientras que, a nivel provincial, la Ley N°8.858 establece la regulación de este instituto para el ámbito de la Provincia de Córdoba.

A continuación, se analizarán los aspectos más importantes de ésta última, por referirse concretamente a nuestro objeto de estudio.

En este sentido, la mencionada Ley N° 8.858, definió en términos generales dos tipos de mediación en la Provincia de Córdoba: La Judicial y La Extrajudicial ello, porque si bien, la mediación sirve como auxilio a la labor judicial, también constituye un método de pacificación social, del que pueden hacer uso los particulares.

Concretamente, si se remite al texto de la misma, se observa, en su artículo primero declara de Interés Público Provincial, la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación. Lo cual implica, un compromiso superior del poder político, que no se satisface solamente con reconocer el derecho de los particulares de poder recurrir a este método alternativo, sino que existe una obligación por parte del Estado de difundir, promocionar y desarrollar el mecanismo en toda la Provincia.

Artículo 1: *“Institúyase en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la presente Ley”*.

Continuando con el análisis, el referido artículo también reconoce expresamente el carácter voluntario del procedimiento, estableciendo así, una clara diferencia con el proceso judicial. No obstante, ello, más adelante el mismo texto, establece excepciones a este principio, determinando en que supuestos la mediación será obligatoria.

Como se expresó anteriormente, esa obligatoriedad solo se limita a concurrir a la primera audiencia, previendo una multa para quien no cumpla. Transcurrida la misma, cualquiera de las partes o el mediador pueden dar por concluida la instancia, incluso retirarse o no asistir a ninguna de las audiencias posteriores. Y en ningún caso esa obligatoriedad se aplicará a la necesidad de arribar a un acuerdo.

Seguidamente, el Artículo 2, establece los supuestos de exclusión. *“Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos:*

a). En contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos (204 jus);

b). En todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos;

c). Cuando el Juez por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación”.

El establecimiento de la instancia de mediación como obligatoria para determinadas causas, debido a su monto, naturaleza o complejidad, se funda en dos razones centrales:

Por un lado, permite establecer para estos casos una forma más ágil, rápida y efectiva para resolver los conflictos con lo cual, se evitan procesos judiciales que puedan tardar años. Y, por otro lado, le otorga mayor valor a este mecanismo de resolución alternativa de conflictos, al favorecer su promoción y difusión para que la sociedad vaya familiarizándose con estas instituciones.

Asimismo, la norma establece cuales son las cuestiones susceptibles de ser mediadas, y expresa como principio general, que todo lo que entre en la órbita privada de las personas y sobre las que posean facultad de disposición, podrán ser sometidas en caso de conflicto, a mediación. Por el contrario, todo aquello que afecte el orden público o sea de interés general, no podrá ser decidido por las partes, debiendo irremediablemente recurrirse a la instancia judicial.

Al respecto el Artículo 3 prescribe: *“Quedan excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas:*

a). Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno;

b). Acciones de divorcio vincular o personal, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de: las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas;

C. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación;

d). Amparo, hábeas corpus e interdictos;

e). Medidas preparatorias y prueba anticipada;

f). Medidas cautelares;

g). Juicios sucesorios y voluntarios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos;

h). Concursos y quiebras;

I). En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares”.

De lo expuesto, y vinculado con nuestra temática, se advierte que todos los procesos penales por delitos que dan lugar a la acción privada quedan incluidos en el ámbito de la mediación, ya que solamente se excluye los delitos de acción pública. Sin embargo, resulta posible mediar lo referido a las acciones civiles derivadas de los mismos, aun cuando se tramiten en sede penal.

Por otro lado, la citada normativa refiere a los principios y garantías del proceso de mediación, los cuales se encuentran expresamente consagrados en la misma.

En relación con ello, el Artículo 4, dispone: *“El procedimiento de mediación deberá asegurar:*

a). Neutralidad;

b). Confidencialidad de las actuaciones;

C. Comunicación directa de las partes;

d). Satisfactoria composición de intereses;

e). Consentimiento informado”.

Estos principios y garantías deben ser informados y explicados a las partes que concurran al procedimiento en la primera audiencia, a través del discurso inicial.

La neutralidad consagrada en el primer inciso está dirigida al mediador, y refiere a la falta de compromiso que lo acerque a algunas de las partes. Éste, no podrá emitir opiniones o valoraciones acerca de lo dicho por aquellas, o adoptar cualquier posición que implique incidir en la forma o en el contenido del acuerdo.

Como consecuencia de la voluntariedad que gobierna el procedimiento, cualquiera de las partes puede en cualquier momento, desistir del procedimiento y, precisamente una de las causas desencadenantes puede ser la falta de neutralidad manifiesta por parte del mediador. Por ello, éste no puede en ningún momento, ni bajo ningún punto de vista, perder dicha neutralidad, y si ocurriese, debe apartarse del procedimiento, a los fines de no afectar su credibilidad.

A continuación, el inciso b, consagra el principio de la confidencialidad, por el cual, todo lo dicho en una mesa de mediación, debe permanecer allí, y no podrá ser trasladado fuera de la misma, ni utilizado por ninguno de los participantes, en una instancia posterior.

Esta garantía es fundamental en el procedimiento y abarca a todos lo que hubieran intervenido en el mismo. El Artículo 5 lo recepta expresamente. *“El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás*

profesionales o peritos, y todo aquél que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de mediación mediante la suscripción del compromiso.

No deberán dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes ni podrán éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos y todo aquél que haya intervenido en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación”.

De conformidad con lo expuesto, el Decreto Reglamentario N° 1773/00, establece los requisitos que deberá contener el acuerdo de confidencialidad, a saber:

Artículo 5: “El compromiso de confidencialidad deberá incluir: a) Nombre y apellido de las partes y número de causa; b) Fecha de suscripción del compromiso; c) Expresión clara y precisa de que nada de lo dicho, conocido, ocurrido o información obtenida por medio de la documentación aportada, deberá ser revelada, excepto casos en que se ejerza o se haya ejercido violencia contra un menor, o se hubiere transgredido lo dispuesto en las convenciones sobre derechos del niño ratificadas por la República Argentina.

d) Firma, aclaración y número de documento de identidad de todos los intervinientes en el proceso de mediación; e) Se deberán confeccionar tantas copias como participantes haya en el procedimiento de mediación, debiendo entregar a cada uno una copia autorizada”.

Sobre este punto, es preciso destacar que el inciso c del mencionado decreto, incorpora una excepción al principio, no previsto en la Ley. El mismo refiere que, el deber de confidencialidad no será aplicable cuando se tuviera conocimiento de situaciones de

violencia que afecten a menores, o se hubieran violado las convenciones sobre los derechos del niño ratificadas por nuestro país.

Esta excepción, se limita solamente al ámbito de protección legal de la minoridad, ello, en virtud de los convenios internacionales que en nuestro sistema jurídico adquieren supremacía frente a las normas nacionales (Arts. 31 y 75 inc. 22 CN).

Cabe aclarar, que el mediador podrá meritar en cada caso concreto, si la gravedad del delito llegado a su conocimiento amerita omitir su deber de confidencialidad, en resguardo de otros bienes jurídicos que merezcan mayor protección.

Por otra parte, al comenzar a desarrollar esta temática se expresó que la Ley 8858 estableció dos tipos de mediación en la Provincia de Córdoba, la Judicial y la Extrajudicial. Con relación a esta última, el artículo 37 establece que: *“Habrá mediación en sede extrajudicial cuando las partes, sin instar proceso judicial previo, adhieran voluntariamente al proceso de mediación para la resolución de un conflicto, ante un mediador, centro de mediación público o privado habilitado a tal fin”*.

A diferencia de lo previsto para la mediación judicial, el artículo 39, establece: *“el acuerdo al que se arribe tendrá el mismo efecto de un convenio entre partes, e igual validez independientemente del centro público, privado o mediador habilitado interviniente”*.

Seguidamente, el artículo 40 prescribe: *“Cualquiera de las partes podrá solicitar la homologación del acuerdo ante el juez de turno con competencia en la materia, con las previsiones del Artículo 80 de la Ley N°8465 y el Artículo 4 de la Ley N° 8226. El trámite de homologación estará exento de tasa de justicia, aportes y todo oro gasto”*.

Por último, y concluyendo con el análisis del marco legal deben considerarse algunos aspectos de importancia. En ese sentido, el artículo 43 dispone que la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC), dependiente del Ministerio de Justicia, será la autoridad encargada de aplicar la presente Ley.

Por su parte, el artículo 55 establece la creación de un Tribunal de Disciplina, el que tendrá a su cargo el conocimiento y juzgamiento de las infracciones a los regímenes éticos y disciplinario cometidas por los mediadores de la Provincia.

Finalmente, el artículo 56 reconoce a los jueces de paz legos como mediadores en sus respectivas jurisdicciones, lo que implica una poderosa herramienta para acercar la mediación a todos los rincones de la Provincia de Córdoba y sobre todo a las pequeñas comunidades del interior. Sin embargo, ello no tiene aún, ni el desarrollo, ni la promoción suficiente.

CAPITULO IV

Mediación Penal

“Ayudar que la sociedad construya la paz: esa es la función de la justicia”.

Alberto Binder

4.- Mediación Penal

4.1.- Definición:

Siguiendo los lineamientos de Barmat, la mediación en conflictos penales puede definirse como *“aquel procedimiento institucional, en el cual un mediador colabora par que los actores del conflicto derivado de un hecho delictivo busquen solucionar sus diferencias a través de una negociación”* (Barmat, N., 2000, p. 29)

Asimismo, puede conceptualizarse como *“...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 quién resulte culpable”* (Caram, María E., 2000, p. 1).

Dicho de otro modo, el procedimiento de mediación consiste, en la participación voluntaria del imputado por un delito y de la víctima, en un proceso de diálogo, conducido por un tercero imparcial, con el objetivo de conseguir la solución del conflicto y la reparación del daño.

Es decir, la principal finalidad que persigue este método es alcanzar la solución más justa posible a un conflicto derivado de la comisión de un delito, mediante el resarcimiento del daño causado a la víctima, en lugar del castigo al autor del hecho, como sucede en el vigente sistema de justicia penal.

4.1.2.-Características Específicas:

Este mecanismo de resolución alternativa de conflictos en materia penal, si bien comparte, por un lado, los caracteres que enunciáramos *ut supra* respecto a la mediación en general posee, además, características particulares, entre las que se mencionan las siguientes:

- Estatalidad: se trata de una herramienta que debe ser implementada desde la esfera oficial, incorporándose como una función del Estado. Ello, porque la comisión de un hecho delictivo interesa a toda la comunidad.

- Estructuración: de igual manera como ocurre con el proceso en general, el cual se organiza en una serie de actos concatenados, destinados a cumplir un fin, cuyas etapas deben ser cumplidas con la regularidad propia de un proceso; la mediación, si bien se desarrolla a través de un procedimiento flexible, también, debe estructurarse en etapas y bajo condiciones que deben ser respetadas por los participantes para poder arribar a una solución.

- Informalidad: las reglas del proceso se flexibilizan a los fines también de acercar el lenguaje a las personas involucradas, lenguaje que no puede ser el tecnicismo

propio del derecho pues lo que se persigue es que las personas sean protagonistas de la mediación y puedan ser escuchadas tanto en el reclamo de sus derechos como en la solución de sus inquietudes.

- Reparación: el principal objetivo de este tipo de procedimiento, como se expresó precedentemente, es lograr la reparación del daño producido por el conflicto, utilizando así, una modalidad de autocomposición como forma alternativa a la resolución de conflictos.

- Limitaciones: se pretende su utilización para determinados delitos, es decir, circunscribiéndola a aquellos conflictos que solo son trascendentes para las personas directamente damnificadas por el hecho delictivo e impidiéndolos en casos de gravedad que aconsejen la no utilización de este mecanismo. No obstante, lo cual, algunos autores plantean la inconveniencia de limitar a priori el objeto de la mediación, más allá de reconocer la dificultad de su implementación en tales casos (Guglielmelli, D., 2013).

- Voluntariedad: la intervención de los sujetos debe ser libre, de tal manera que no se vean obligados a intentar una resolución no adversarial si así no lo desean.

- Revalorización de la Víctima: En el sistema de justicia penal tradicional, el papel de la víctima se ve realmente reducido, ya que no tiene intervención en el desarrollo del proceso más allá de su declaración y de su facultad de ser querellante. En este sentido, la mediación pretende realzar el papel de la víctima, quien tendrá una activa intervención en la búsqueda de una solución al perjuicio sufrido. Este aspecto es clave en los Derechos Humanos, en efecto, el acceso a la tutela judicial efectiva está expresamente previsto no sólo en el artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José

de Costa Rica, sino también en otros instrumentos y convenciones reconocidas por nuestro -país⁴.

- Confidencialidad: en la mediación, y para el resguardo de las personas e intereses en juego, debe guardarse especial reserva de todo lo actuado que forma parte del acuerdo. De esta manera, las partes saben que pueden actuar con libertad y que no se verán sometidas a riesgos o peligros por sus propios dichos.

- Solución definitiva: el cumplimiento del acuerdo deberá ser asimilado a la cosa juzgada de cualquier otro procedimiento judicial para alcanzar el grado de obligatoriedad requerido, así como también para garantizar el principio de *non bis in ídem*.

4.1.3.- Objetivos

El procedimiento de mediación en materia penal posee los siguientes objetivos:

- Generar que los protagonistas se comprometan activamente en el tratamiento del conflicto: Se pretende que las personas involucradas en el mismo mantengan un protagonismo activo en su tratamiento y resolución, abandonado así, el rol pasivo que les asigna el proceso penal.

⁴ Art. 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; el art. 14 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Provocar el contacto recíproco entre los intervinientes: El encuentro entre los protagonistas del conflicto permite su acercamiento, que deberá efectuarse siempre con la ayuda del mediador, quien será el responsable de merituar esta posibilidad, a los fines de que el encuentro resulte positivo para las partes, evitando que se produzcan situaciones agraviantes que generen la revictimización de las partes involucradas.

- Inducir a la toma de conciencia de cada una de las partes sobre los efectos del conflicto del que son protagonistas: implica que ambas partes logren comprender las razones y móviles de su accionar y el grado de responsabilidad que a cada una de ellas le corresponde dentro del conflicto en el que están involucradas.

- Integrar la percepción que la otra parte posee sobre el conflicto.

- Alentar la búsqueda de soluciones conjuntas y completas: Este procedimiento tiende al encuentro de posibles soluciones, pensadas y meditadas por las mismas partes involucradas, que permitan resolver el conflicto del que son protagonistas.

-

4.2.- Principios Procesales

4.2.1.- Legalidad Vs. Oportunidad

En el sistema de justicia penal, la ley describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurre en ella. Así, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, no basta con que la conducta esté reprimida, sino que es necesario un procedimiento para que el Estado a través de sus órganos persecutorios impulse la investigación, a los fines de verificar la existencia del hecho, la participación del imputado y, de comprobarse la misma, aplique la sanción que corresponde al responsable. Esto es lo que se conoce como principio de legalidad.

Al respecto y siguiendo a Maier (1999) éste puede ser definido como, aquel deber de los órganos del Ministerio Público de promover la persecución ante la noticia de un hecho punible en procura de una decisión judicial.

En el mismo orden, se ha conceptualizado como: la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predispuestos, para que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, comiencen a investigarlo, reclamen su juzgamiento y posteriormente, y si corresponde, el castigo del delito que se hubiere logrado comprobar (Cafferata Nores, 2004, p 78).

Vinculado con este mandato, el art. 274 del CP. Amenaza penalmente al funcionario público competente que no ejerza ni promueva la acción.

Refiere el mismo autor, que dicho principio, no tiene recepción en nuestra Constitución Nacional ya que, si bien, el art. 18 de la C.N. prescribe que “*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”, no establece que ante la *notis criminis* deba surgir de manera imperiosa el deber de iniciar un proceso y aplicar una pena. A su vez, indica que a pesar de que el art. 60 de la C.N., reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio (acusación, juicio y castigo), no ordena que aquella se produzca en todos los casos.

El mencionado principio, está regulado en el art. 71 del C.P. que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 27.147 se lo receptaba en forma amplia. Sin embargo, éste fue perdiendo toda su efectividad al llevarlo campo de la realidad, ya que ningún sistema judicial puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometen en la sociedad, quedando una gran cantidad de delitos sin ser investigados.

Sobre ese punto, De la Rúa sostiene que: No hay Estado en el mundo contemporáneo que pueda admitir una regla que someta a juzgamiento y condena a todos los autores de todos los delitos que se cometen en el ámbito de ese Estado, la regla de que a todo delito debe juzgársele y aplicársele una pena no aparece

como el desideratum de un sistema jurídico, sino que debe examinarse qué casos, por su insignificancia, por su falta de efecto de prevención especial o por su perjudicialidad, ameritan que no se realice el proceso (De la Rúa, J., Año II, N°9, p. 242 y 243).

En el mismo sentido, se afirma: que la realidad muestra con dureza la crisis de vigencia práctica del principio de legalidad, la existencia de un inevitable, arbitrario y extendido fenómeno de selección de casos, por lo que cabe preguntarse, ya no solo de la teoría, sino también desde lo operativo, si no es aconsejable buscar el modo de evitar que 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. (Cafferata Nores, J., 1998, p. 32).

Lo expuesto, permite evidenciar, que existe una impotencia u imposibilidad material por parte de los órganos públicos para dar a basto, frente a la gran cantidad de delitos que se cometen a diario. Así, como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado, ni sancionado, el proceso de selección se realiza de manera informal e irracional, lo que resulta inadmisibles.

En ese contexto, y con el objetivo de dar respuesta a esta problemática, varias provincias fueron marcando una impronta e incorporaron en sus ordenamientos, distintos criterios de política criminal intentando priorizar la investigación de algunos delitos frente a otros, como también, introdujeron distintas formas de resolución de conflictos, en lugar de la imposición de una pena.

A raíz de ello, surgió una amplia discusión doctrinaria respecto de si esa facultad legislativa local, contrariaba principios constitucionales. Al respecto, hubo corrientes contrapuestas que, por un lado, defendían el poder local aduciendo que se trataba de la regulación de cuestiones procesales no delegadas por las provincias en la formación constitucional; y, por otro lado, los que consideran que se trataba de temas sustantivos propios de la ley penal de fondo. Una de las críticas a la regulación provincial ha sido la afectación a la igualdad ante

la ley derivada de que ciertas conductas tipificadas por la ley penal con pena son reprimidas en algunas jurisdicciones y en otras pueden no ser perseguidas.

Sobre este punto es importante señalar, el fallo de la sala segunda de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, “Sosa Morán”⁵, donde se reconoce la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 26 del código ritual local, es decir, la competencia del legislador provincial de administrar el *ius perseguendi* con criterios de discrecionalidad propios de un poder político.

El citado fallo, refiere a un caso de delito de daño agravado, en razón de haber escrito una leyenda en la pared de una escuela, importando un daño equivalente a la suma de cien pesos, con lo cual, resulta evidente, la necesidad de incorporar criterios de oportunidad para evitar el agotamiento de los recursos judiciales en delitos insignificantes o en aquellos casos de afectación mínima, como el mencionado, pero principalmente por la urgencia de dar racionalidad a la selectividad punitiva.

En este sentido, se ha dicho que, cuando los mecanismos de selección revisten carácter formal y operan en virtud de facultades expresas o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal se está frente al principio de oportunidad (Guariglia, F., 1993).

Asimismo, se alude a él, como aquella atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción pública o de suspenderla, o delimitarla en su extensión, o de hacerla cesar

⁵SCJ de Mendoza, sala 2da, “Fiscal C/ Sosa Moran, Juan R. y otros” 2006- 216, (2005)

definitivamente antes de la sentencia, aun cuando existan las razones para perseguirla y penarla (Cafferata Nores, 2005).

Al respecto, se reconocen dos sistemas de instrumentación del referido principio: oportunidad *libre* y oportunidad *reglada*. La primera, se advierte en el derecho anglosajón y se funda en la premisa de que el fiscal sólo lleva a juicio aquellas causas en las que puede lograr una condena, consecuentemente, sino existe tal posibilidad, no hay acusación.

Es decir, se trata de una concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, por parte de su titular, el fiscal, quien puede iniciarla o no hacerlo; una vez iniciada desistirla; asimismo, puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir la pena en la medida que éste acepte la responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante, lo cual puede llevar a su impunidad parcial o de otros cometidos, cuando ello sea útil para el descubrimiento de otro delito más grave.

La segunda, oportunidad reglada, responde a los parámetros del sistema continental-europeo. Es decir que, sobre la base del principio de legalidad, se admiten excepciones que se encuentran previstas en la legislación, cuya aplicación en un caso concreto es responsabilidad de los funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima, y que requiere control del órgano jurisdiccional respecto a su procedencia (Cafferata Nores, 2005). Ésta última, es la que predomina en nuestra doctrina, en las legislaciones provinciales y ahora en la nacional, tal como se verá a seguidamente.

En suma, con la reforma operada por la ley 27.147, el Congreso Nacional convirtió en ley sustantiva el principio de oportunidad reglada, modificando el art. 59 del CP. Que ahora prevé como causales de extinción de la acción penal la aplicación de un criterio de oportunidad, la conciliación, la reparación integral del perjuicio y la suspensión del proceso a prueba. Pero dejó la operatividad de dicha reforma “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”, con lo cual puede subsistir la crítica de la desigualdad.

De todas formas, la desigualdad por jurisdicciones está en la esencia del sistema federal, desde que en general y por regla las provincias regulan las más diversas cuestiones de manera distintas. Precisamente eso nos diferencia de un estado unitario. De allí que no hay que temer a las diferencias legislativas entre los estados, porque cuanto más existan, mayor federalismo habrá, siempre teniendo presente, claro está, los límites constitucionales sobre los poderes delegados.

Por todo ello, resulta acertada la reforma del art. 59 del CP., ya que el Congreso de la Nación incorporó el principio de oportunidad, dejando su reglamentación librada a las provincias, otorgándoles un buen margen para ello, y haciéndole perder fuerza, a la polémica acerca de quién debe legislar sobre dicha materia.

Sin embargo, la deficiente técnica legislativa utilizada por la mencionada norma trajo como consecuencia una sensación de incertidumbre respecto de la operatividad de dichos preceptos en nuestra provincia.

En ese sentido, Lascano (2016), en concordancia con la línea de pensamiento de la Cámara en lo Criminal de 9ª Nom. en la causa “Caminada Rossetti”, atacó de inadmisibile la operatividad del precepto. Expresando, que la causal no es aplicable en la provincia de Córdoba, hasta tanto el legislador local no establezca “en qué casos y bajo qué requisitos o condiciones es procedente la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio”. Además, agrega, que debido a que las reformas incorporadas por la mentada ley son de carácter procesal de acuerdo con la Constitución Nacional, corresponde a las provincias su regulación⁶.

⁶ Cámara en lo Criminal de 9ª Nominación de Córdoba, Secretaría Nª 18. (2015). Caminada Rossetti Ignacio p.s.a homicidio, Nª de Sentencia 65. (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba).

No obstante, ello, y teniendo presente la necesidad de contar con válvulas de escape para hacer frente a la fuerte presión que ejercen sobre el sistema la inmensa masa de causas que ingresan y se acumulan, sumado al fuerte respaldo normativo que significó la reforma al art. 59 de CP., y la lentitud de la provincia para reglamentarlo en la ley procesal, confluyeron para que algunos operadores del sistema se animaran a aplicarlo aun sin la transformación normativa a la que remitía la ley de fondo. Práctica que inclusive recibió el respaldo del Tribunal Superior de Justicia. (Hairabedián, Jaime, Gorgas, Romero y Cafure, 2017).

Así, en la causa “Reynoso”⁷, el Alto Cuerpo estableció, que si bien no procedía la solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio solicitada por el imputado por tratarse de un caso de violencia de género que determina la inviolabilidad convencional de esta salida; reconoció la constitucionalidad del art. 59 del CP y destacó su validez a pesar de las tensiones generadas por las remisiones que hace esa ley nacional a los ordenamientos procesales penales (provinciales y federal) para que determinen sus propios contenidos y requisitos materiales de procedencia.

Del mismo modo, se pronunció positivamente con relación a la vigencia y la aplicabilidad en el ámbito provincial, a pesar de no contarse aún con normativa procesal penal local que regule esos aspectos.

En cambio, el pronunciamiento de la Sala Penal del Alto Cuerpo no fue unánime con relación a la solución que debe darse para salvar esa laguna legal al aplicar esos institutos.

⁷ TSJ, Sala Penal. (2016). REYNOSO, Gabriel p.s.a lesiones graves calificadas, etc. -Recurso de Casación, N° de Sentencia 515 (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba).

Por un lado, la mayoría, sostuvo que ese vacío, con carácter excepcional y hasta tanto la Legislatura provincial dicte la ley procesal correspondiente, debe ser zanjado con instrucciones generales del Fiscal General de la Provincia (art. 16 incs. 6 y 7 Ley 7826), por tratarse de una ley de política criminal, materia cuya dirección está encargada al Fiscal General de la Provincia (art. 171 Constitución de la Provincia de Córdoba).

Sin embargo, la vocal Aída Tarditti, en su voto en discrepancia entendió, que esa tarea se encuentra fuera de las competencias legales y constitucionales del Ministerio Público Fiscal y que, por esa razón, ese vacío legal debe llenarse recurriendo a la aplicación analógica de otra ley, para lo cual se inclinó, con distintos argumentos, por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063).

Finalmente, a través de dicho fallo el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba con fundamento en la igualdad de trato ante la ley, la seguridad jurídica y en cumplimiento del principio de disponibilidad reglado, adoptado por el Código Penal y los códigos procesales provinciales, exhortó al Poder Legislativo provincial para que proceda a sancionar esa ley, que modifique el C.P.P., a los fines de su ayornamiento al nuevo paradigma y así cumplir con el mandato legal del artículo 59 Código Penal.

4.2.2.- La mediación Penal como criterio de oportunidad en el ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba.

En el marco de este impulso de recepción de criterios de disponibilidad de la acción penal, la legislatura provincial se puso a tono recientemente, al promulgar la Ley 10.457 sancionada el 16 de junio del año en curso, que reforma de manera parcial el Código Procesal Penal de Córdoba (Ley 8123), siguiendo el principio de oportunidad reglada receptado en el Código Procesal Penal de la Nación y en armonía con lo establecido en el art 59 del Código Penal.

Así, el ordenamiento procesal local en su nuevo art. 13 bis, bajo el título “Reglas de disponibilidad de la acción”, regula criterios de oportunidad y establece: “el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los siguientes casos”:

1).- Cuando se trate de un hecho insignificante; 2).- Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, una pena de ejecución condicional; 3).- Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena; 4).- Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos; 5).- Cuando exista conciliación entre las partes; 6).- Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

El análisis se detendrá especialmente en el inc. 5 del referido artículo por estar íntimamente relacionado con la temática en estudio. Al respecto, se define a la conciliación como un mecanismo por el cual dos o más personas que tienen un conflicto arriban a un acuerdo superando sus diferencias. El acuerdo puede ser logrado por sí mismas, por medio de sus abogados, con la ayuda de terceros, o bien con la intermediación de un mediador. Aquí, es importante mencionar que algunas legislaciones prevén la posibilidad de que los jueces o fiscales puedan mediar. Por lo tanto, y a falta de regla expresa, esa posibilidad no se descarta.

Asimismo, la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, según el acuerdo se haya logrado dentro o fuera del proceso, sin perjuicio de su ratificación posterior en el último supuesto. Hasta ahora no se han establecido formalidades especiales para los acuerdos, por lo que se entiende que hay libertad para la expresión de voluntad, siempre y cuando se dé certidumbre sobre la decisión de conciliar.

Por otro lado, la mencionada norma alude en su texto a la posibilidad de que haya un “acuerdo reparatorio”, como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño”. Ello, permite inferir, según sostiene la doctrina, que no se prevé la disponibilidad por reparación de manera autónoma en el supuesto analizado, sino que puede estar presente, junto con otros requisitos, en la suspensión del proceso a prueba. Es decir, el presupuesto central de procedencia es la conciliación que no necesariamente debe ir acompañada de la reparación, salvo pacto entre imputado y víctima en los casos que se haya producido un daño susceptible de cuantificación, supuesto en el que se deberá cumplir íntegramente con lo convenido a los fines de la extinción de la acción penal.

En otras palabras, si hay composición sin reparación, aun cuando se trate de un delito patrimonial, igualmente se podrá prescindir de la acción. Y, por el contrario, si hay reparación integral sin conciliación penal, no se podrá disponer de la acción penal.

Siguiendo la misma línea, se sostiene que no es necesario que la reparación sea total, mientras haya conciliación y resulte satisfactorio para el interesado. Sobre este punto, es importante señalar que si bien el art. 59 de CP., habla de “reparación integral”, al mismo tiempo deja librada su reglamentación a las provincias y el Código Procesal local no lo regula exactamente igual que el texto del CP., por lo que se insiste en que en el nuevo régimen puede haber conciliación sin reparación, o ambas como requisito para disponer de la acción.

Por otra parte, referido al tópico central de este trabajo, la doctrina entiende que es posible arribar a la conciliación mediante una instancia de mediación. Si bien, la ley que regula el procedimiento a nivel provincial (8858) lo excluye expresamente, lo cierto es que esta legislación se dictó en el año 2000, cuando aún no estaba prevista la posibilidad de conciliar, por lo tanto, la reciente reforma que la introdujo ha dejado desactualizada la ley de mediación, lo que de alguna manera genera, una inconsistencia o incoherencia en el sistema, desde

que se pueden conciliar personas enfrentadas por un conflicto penal, pero al mismo tiempo no se podrán emplear las herramientas para que ello suceda. De esta manera, se ha producido una modificación implícita de todas aquellas normas anteriores que vayan en contra del nuevo sistema. Es que la reforma al art. 59 del CP., y consecuentemente al Código Procesal Penal de Córdoba, no ha producido sólo un cambio puntual y aislado, sino que, por el contrario, ha establecido un cambio de sistema en lo que atañe al régimen de la acción penal. Por esto, la teoría del derecho que estudia los problemas dinámicos que se generan en los sistemas jurídicos que cambian como consecuencia de la adición o sustracción de normas, plantea que los mismos pueden ser superados con la aplicación de tres reglas: a). Cronológica (ley posterior deroga ley anterior; b). Jerárquica (ley superior deroga ley inferior); y c). Especial (Ley especial deroga ley general) (Bobbio, 2002 p. 184 y 192). Así, tenemos que el establecimiento de la conciliación por parte del CP. (ley superior) y de la nueva legislación local (ley posterior), se contraponen con la prohibición de la mediación en materia penal, que aparece dificultando la materialización de la reforma, y por ende le es inoponible. Y si bien el art. 59 del CP., al establecer las nuevas causales de disponibilidad de la acción no menciona a la mediación, hay que tener en cuenta que ésta constituye una importante vía para lograrla. Por ejemplo, el código procesal de Santa Fe dispone que “a los efectos de lograr la conciliación, se establecerán procesos de mediación entre los interesados según reglamentación respectiva, asegurando la dignidad de la víctima, del imputado y la igualdad de tratamiento entre ambos” (Hairabedián, Jaime, Gorgas, Romero y Cafure, 2017). En el mismo sentido, se ha señalado con razón que en la conciliación el imputado tiene, en general, la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que le permita el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior. (Frascaroli, 2010). En consecuencia, resulta aplicable la doctrina de la Corte según la cual “para que una ley derogue implícitamente

disposiciones de otra, es necesario que el orden de cosas establecido por ésta sea incompatible con el de aquella, porque la derogación no puede presumirse”⁸.

Asimismo, la mediación también puede ser implementada aun en los casos en que, sin lograrse primariamente una conciliación, el fiscal dispuso de la acción penal por otra causal y la acción penal pública se ha convertido en privada. Esta transformación se traduce en un empoderamiento de la víctima y de su capacidad de negociación con el victimario al poder él directamente disponer de esa acción penal, situación que abre plenamente las puertas para las instancias de mediación. (Buteler, 2017).

Por otro lado, retomando con el análisis de la reforma introducida por la Ley 10.457, el art. 13 ter establece los casos en que no corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción penal. Sobre este punto, llama la atención la amplitud de los impedimentos previstos que por su extensión constituyen un freno importante a la proclamada intención de imponer ampliamente el principio de oportunidad. Es que, si se respetaran a rajatabla estas prohibiciones, serían ineficaces prácticamente todas las causales de oportunidad, tornando en letra muerta la disponibilidad. De allí la necesidad de interpretar restrictivamente los obstáculos impuestos por el art. 13 ter. Dichas causales podrán ser interpretadas mediante instrucciones de carácter general del Fiscal General, en el marco de su atribución de fijar las políticas de persecución penal (Const. Prov., 171).

De acuerdo con lo regulado, las causales de exclusión son las siguientes:

⁸ (Fallos: 214:189; 221:102; 258:267) y (Fallos: 183:470) (citados en CSJN, 6/3/2007, “Organización Veraz S.A. c/ P.E.N. s/amparo ley 16.986).

1) En los casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo;

2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público. Este sólo se considerará afectado cuando en el caso concreto se pueda estimar que:

a) La pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de ejecución efectiva;

b) El delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, o

c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de esta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13 bis de este Código.

3) Cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito;

4) Cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina;

5) Cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves;

6) Cuando se tratare de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y

7) Cuando se tratare de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumarlos. El Fiscal General, con el fin de fijar las políticas de persecución penal -artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba-, podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante el dictado de instrucciones generales.

En lo que se refiere al procedimiento en principio, en todo lo que no esté regulado, habrá libertad de formas para hacerlo. Al respecto, el art. 13 quarter establece que: “la decisión que prescinda de la persecución penal determinará que el Juez de Control, a instancias del Fiscal de Instrucción, declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento”. De esta forma, la disponibilidad de la pretensión penal se ha sometido al control jurisdiccional, por lo que el juez puede discrepar bajo trámite ordinario (C.P.P., 359). No obstante, ello, en función del principio acusatorio, la discrepancia del juez no podrá basarse en el desacuerdo con las políticas de persecución del Ministerio Público, sino sobre el control de legalidad del requerimiento y su debida fundamentación. Sobre este punto, no debe perderse de vista que la acentuación del sistema acusatorio es una de las ideas que impulsaron la reforma.

Asimismo, el art. 13 quarter también prevé el trámite para declarar la extinción de la acción penal por aplicación de alguno de los criterios de oportunidad establecidos en el art. 13 bis del CP. (Para la suspensión del proceso a prueba se legisla un trámite autónomo en el 360 bis). Como todo sobreseimiento el fiscal de instrucción debe requerirlo al juez de control.

El mismo, una vez firme, cierra definitivamente el proceso y hace cosa juzgada dejando incólume el principio de inocencia, por lo que constituye una desincriminación sin juicio de culpabilidad.

Previo a solicitar el sobreseimiento, el representante del Ministerio Público debe notificar su decisión a la víctima, la que podrá en el plazo de cinco días, convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General para modificar o revocar la decisión del Fiscal de Instrucción.

En caso de oposición, el Fiscal General deberá resolver en el plazo de cinco días y su decisión no será impugnable. El plazo para la conversión de la acción es también de cinco días a contar desde la notificación a la víctima de la resolución confirmatoria por parte del Fiscal General. Para la conversión basta la manifestación expresa en tal sentido, realizada la misma, la víctima deberá presentar su querrela dentro de los sesenta días siguientes, vencido dicho plazo sin que esto ocurra, el sobreseimiento del imputado procede de pleno derecho.

En otras palabras, transcurso del término, provoca la caducidad de la facultad de la víctima para querellar y, una vez firme, la desincriminación es irreversible, no pudiendo perseguirse al imputado por el mismo hecho. En cambio, cuando el ofendido convierte la acción en privada y querrela en el plazo indicado, puede llevar adelante su pretensión penal, aun cuando el imputado haya sido sobreseído por aplicación del criterio de oportunidad, porque al ser acciones distintas, no hay afectación al non bis ídem, ya que no se da el requisito de la triple identidad.

Finalmente, en cuanto al momento procesal, las reglas de disponibilidad del art. 13 bis pueden aplicarse durante la investigación penal preparatoria, desde el inicio de la persecución penal y hasta el dictado del requerimiento fiscal de citación a juicio, salvo el caso del inciso 5) del artículo 13 bis (conciliación con acuerdo resarcitorio por la existencia de daño), en el cual el fiscal sólo puede prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido). En

este supuesto podrá aplicarse hasta cinco días de vencido el término para ofrecer prueba en el juicio (art. 13 quinqües). Si bien, en el art. 13 bis se faculta al fiscal de instrucción para disponer de la acción, si la causa ya se elevó a juicio corresponde que sea el Fiscal de Cámara quien lo solicite.

En relación a su vigencia en el tiempo, ésta puede ser aplicada retroactivamente a hechos anteriores porque, ya sea que se trate de sus aspectos sustanciales o formales, en ambos casos será posible: En el primero porque es una legislación penal más benigna, y en el segundo porque las modificaciones procesales operan sobre los procesos pendientes, salvo que se establezca lo contrario. Es más, el art. 51 de la Ley 10.457 de reforma, no sólo así lo dispone expresamente, sino que además permite extender esta posibilidad “incluso en aquellos casos en que se haya formulado requerimiento de elevación a juicio, siempre que no se haya iniciado la audiencia de debate”, caso en el que el sobreseimiento deberá ser dictado por el tribunal de juicio a pedido del fiscal de cámara. Se establece, además, que “en todos los casos el Fiscal de Cámara, previo a remitir la decisión al Tribunal, deberá notificar de ella a la víctima quien en el plazo de cinco días podrá ejercer las facultades previstas en el art. 13 quarter”.

En resumen, estas modificaciones introducidas en nuestra legislación implican un verdadero cambio de paradigma: la aplicación de una justicia restaurativa como alternativa a la tradicional justicia retributiva. Además, es en este contexto, donde la mediación en materia penal adquiere mayor auge ya que, este método alternativo, vinculado con el principio de oportunidad recientemente incorporado, constituye una vía idónea para obtener la conciliación y reparación integral del perjuicio, y consecuentemente la extinción de la acción, dado que por medio del diálogo los intervinientes en el conflicto podrán conocer cuáles son los intereses y necesidades del otro y así, llegar a una solución genuina de su conflicto. No obstante, ello, en aquellos casos donde no sea posible la aplicación de la mediación en materia penal, queda subsistente la obligación del Ministerio Público Fiscal

de accionar penalmente, en resguardo de la sociedad que representa y conforme el mandato constitucional.

Asimismo, siguiendo esta línea, resulta necesario mencionar que recientemente el Tribunal Superior Justicia de la Provincia implementó la mediación en el Fuero Penal Juvenil. Con ese fin fijó las pautas para determinar cuáles casos podrán ser derivados al Centro Judicial de Mediación (CJM) a través de la Unidad de Gestión Administrativa del Fuero Penal Juvenil.

La implementación de este mecanismo se produjo con el objetivo de sentar criterios, teniendo en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing receptan principios que suponen la búsqueda de alternativas cuando los conflictos con la ley penal involucran a niños.

Así, mediante el Acuerdo 848, serie “A”, el TSJ determinó que, para que la mediación sea procedente, el adolescente en cuestión no debe presentar una problemática grave de consumo de drogas, ni reiteración de delitos graves en los dos años inmediatamente anteriores.

Además, precisó que será viable cuando en la causa esté en juego cualquier tipo penal que posibilite la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de criterios de oportunidad o de disponibilidad (arts. 59 y 76 bis del Código Penal), y, especialmente aquellos casos en los que subsista un conflicto con otra persona, con familias o grupos.

En cuanto al procedimiento, indicó que el expediente puede ser remitido a mediación desde el inicio de las actuaciones hasta la clausura de la etapa de investigación penal preparatoria, por iniciativa del propio juez, siempre que cuente con la conformidad del encausado y su defensor.

También puede ser girada a pedido de las partes y, en tal supuesto, el magistrado deberá decidir por decreto.

Una vez que un caso sea derivado al CJM, si todas las partes prestan su conformidad, intervendrá un mediador, quien podrá contar con el acompañamiento de los cuerpos técnicos del Poder Judicial, con el objetivo de facilitar el enfoque interdisciplinario, si se considera adecuada tal cooperación.

En ese marco si las partes llegaran a un compromiso, o a una alternativa de composición o de carácter restaurativa, el mediador supervisará su cumplimiento durante el plazo de seis meses.

Si durante el proceso de mediación el adolescente quebrantara el compromiso que asumió, el CJM deberá informarlo de manera inmediata y fehaciente al tribunal jurisdiccional correspondiente.

Asimismo, contempló la posibilidad de que, una vez giradas las actuaciones al CJM, las partes no prestarán conformidad. En ese escenario, el mediador podrá llevar adelante el proceso siempre que entendiera que su actuación será beneficiosa en mérito al interés social en juego.

En esa hipótesis, éste quedará facultado para invitar a participar a alguna institución que pueda representar los intereses de la víctima.

Del mismo modo, se reguló que una vez que se haya iniciado formalmente el proceso de mediación cesarán las medidas cautelares que se hubieran dispuesto respecto del adolescente al que se le atribuye participación en algún hecho delictivo.

Por último, se indicó que, si el mediador diera por finalizado el seguimiento de la modalidad por considerar exitosa, el juez dictará el sobreseimiento, o dispondrá el archivo definitivo, según corresponda⁹.

Se advierte así, que el instituto de la mediación penal poco a poco va ganando mayor protagonismo en nuestro ordenamiento. Por lo que, su que su utilización ya no debe limitarse a los casos previstos en la ley 8858, sino que, además, y conjugado con el actual art. 59 del C.P., 13 bis y 13 ter del C.P.P.C., ésta puede aplicarse como instancia previa a la iniciación de un proceso penal, en los siguientes casos:

a). - Suspensión del juicio a prueba (probation): se puede emplear la mediación para que ofensor y ofendido lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño.

b). - En aquellos delitos que afectan a la persona o a sus derechos patrimoniales, en este sentido los conflictos que afectan de manera excluyente a víctima y victimario, y que la conducta incriminada carezca de expansión y peligrosidad social.

c). - En todos los delitos de instancia privada actuales se podría dar la oportunidad a la víctima y victimario, para que logren pactar mediante una adecuada instancia de mediación previa, al no poder el órgano estatal actuar de oficio por ser necesario instar la actuación de la ley penal o bien activar los mecanismos de una acción conciliatoria.

d). - En aquellas denuncias formuladas en donde no se diera cuenta de un hecho tipificado penalmente, como una instancia previa al receso o archivo, efectuando una invitación a las partes a utilizar este mecanismo para encontrar una respuesta satisfactoria.

⁹ Fuente: www.justiciacordoba.gob.ar

CONCLUSION:

En un Estado social y democrático de Derecho, la búsqueda de la paz social debe seguir siendo un pilar fundamental, tras ese objetivo, el derecho penal como regulador de la conducta humana, debe ir adaptándose a la cambiante realidad social.

Actualmente, nos encontramos ante una situación en la que los conflictos delictivos aumentan a un ritmo vertiginoso y, la administración de justicia se encuentra cada vez menos legitimada para hacerle frente.

La sociedad reclama una justicia penal, ágil, rápida, eficaz, que procure la satisfacción de sus necesidades. Estas exigencias, permiten advertir que el clásico sistema penal basado en la justicia retributiva, se encuentra hoy realmente superado. La imposición de penas cada vez más severas genera en muchas ocasiones, situaciones totalmente opuestas a los objetivos pretendidos, ya que, no logra la reinserción, ni la resocialización del agresor, ni muchos menos, satisface a la víctima por el delito. Por ello, resulta evidente que se debe procurar un modelo de justicia, que no se funde solamente en la imposición de penas y castigos al delincuente, generando más violencia, sino en la búsqueda de la pacificación social.

En otras palabras, se aspira a un modelo de justicia restaurativa, basado en la reparación del daño, donde se otorguen mayores prerrogativas a los sujetos implicados, permitiendo una mayor participación de la víctima en la solución del conflicto, y concediendo al agresor la posibilidad de que se responsabilice por el daño cometido, restableciendo sus relaciones, y logrando, de esta manera, la resociabilización del mismo.

La justicia Restaurativa, encara una alternativa con miras al futuro, donde no se niega u oculta la realidad, sino más bien se construye una realidad mucho mejor, más positiva, en base a lo

acontecido, donde infractores y víctimas destierren estereotipos, para luego poder reinsertarse en la comunidad como personas transformadas, pero sin perder su humanidad.

La sensibilidad, apertura, sanación, empatía, diálogo, respecto y por sobre todo responsabilidad, son valores que cimentan la Justicia Restaurativa y nutren las relaciones comunitarias, en pos del crecimiento como sociedad.

Dentro de ese marco, la mediación penal, concebida como el “alma” de la Justicia Restaurativa, viene adquiriendo desde hace años un gran protagonismo como método alternativo al proceso penal, caracterizándose por ser un sistema voluntario, neutral, flexible, y confidencial, en el cuál, las partes implicadas en un conflicto, de común acuerdo y con la dirección de un mediador imparcial, a través del dialogo, puedan arribar a un acuerdo que ponga fin a sus diferendos y fundamentalmente, logre la reparación del daño .

Del análisis realizado en el presente, se advierte la profunda crisis que atraviesa el principio de legalidad que, además de resultar irrealizable, por la imposibilidad empírica de perseguir todos los delitos, contribuye al desarrollo de prácticas de la justicia penal irracionales e ilegítimas. En ese contexto, aparece el principio de oportunidad como una forma de mitigar los criterios arbitrarios utilizados por el Estado para la selección de casos penales, aportando transparencia al sistema. Además, esta facultad significa en la práctica la posibilidad de administrar los limitados recursos, con los que cuentan los órganos encargados de la persecución penal, tornando así, más eficiente el funcionamiento de la justicia.

Como se refirió oportunamente, la Ley 27.147 modifica el Código Penal de la nación e introduce de manera expresa dicho principio en la legislación penal de fondo. Si bien, esta norma adecua la ley penal sustantiva a la realidad que imperaba en varias provincias, con lo cual, pierde razón de ser la discusión sobre las atribuciones de las mismas para fijar criterios de oportunidad, quedando formalmente reconocido su derecho; lo cierto es que, lo hace de un modo genérico, sin

limitaciones, dejando en sus manos la reglamentación de los mencionados criterios, lo que resulta sumamente criticado, ya que podría acarrear asimetrías a nivel local.

No obstante, ello, la aludida regulación a nivel provincial se produjo recientemente con la sanción de la Ley 10.457 que introduce, seguramente, la reforma más significativa y trascendental llevada a cabo sobre el código procesal penal provincial, que viene a saldar grandes deudas que Córdoba tenía en su haber. En otras palabras, la importancia de la misma deviene en realidad, de desobstruir una arteria tapada de este paciente crónicamente enfermo, que es el proceso penal.

Finalmente, y a la luz del desarrollo efectuado en el este trabajo, se puede concluir que la mediación en materia penal no solo resulta posible social y jurídicamente, sino que, deviene necesaria, en virtud del principio constitucional de igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y el principio de oportunidad reglado por ley, adoptado a nivel nacional. Ello, significa, que las puertas a la mediación penal, como método alternativo de resolución de conflictos, están abiertas en nuestra Provincia. Con lo cual, será cuestión de sancionar leyes al respecto y poner en marcha estos mecanismos, apostando a un verdadero cambio social, donde el proceso judicial sea la última ratio del sistema y se tengan en cuenta los derechos humanos que a todos asisten, abandonado métodos violentos en la medida de lo posible e instaurando métodos que contribuyan a la pacificación y armonía social.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

ALVARADO VELLOSO, A. (1997) “*Introducción al estudio del derecho procesal*”. Primera Parte. Reimp. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe

BARMAT, N. (2000); “*Mediación ante el delito. Una alternativa para resolver conflictos penales en el siglo XXI*”. Editorial Marcos Lerner, Córdoba

BATTOLA, K., (2014) “*Justicia Restaurativa: Nuevos procesos penales*”. Editorial Alverioni, Córdoba.

BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER, J. P. (2006). *La Promesa de Mediación*. 1ª ed. Granica. Buenos Aires.

BOBBIO, N. (2002) “*Teoría General del Derecho*”, Ed. Temis, Bogotá

BUTELER, E. R. (2017) “*Nuevos criterios reglados de disponibilidad de la acción penal (Ley 27.147). Naturaleza jurídica y competencia legislativa nacional*”, Cuadernos de Derecho Penal, N° 3, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

CAFFERRATA NORES, J., ET. AL (2004) *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ed., Editorial Ciencia derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba.

CAFFERRATA NORES, J., (2005) “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”, 3era Ed. Actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires.

CAIVANO, ROQUE J., (1993) *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires. Ad –Hoc.

CLARÍA OLMEDO, JORGE. A. (1998) *Derecho Procesal Penal*. Actualizado por Vázquez Rossi, J. E.; Chiara Días, C. A. y Montero J. R. Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

DE LA RÚA, J., “Disponibilidad de la acción penal”, en “Tribuno” (publicación bimestral del Colegio de Abogados de la ciudad de Córdoba), Año II, N° 9, sección doctrina, pág. 242 y 243.

DEL VAL, T. (2005) “*Mediación en Materia Penal*”. (3° Ed.), Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires:

FERRAJOLI, L. (1995), “*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*”. Editorial Trotta, Madrid, España.

FISHER, R; URY, W.; PATTON, B. (2003). *¡Si... de acuerdo! Como negociar sin ceder*. Editorial. Grupo Editorial Norma. Buenos Aires.

FRASCAROLI, S. (2010) “*¿Ilegalidad o disponibilidad de la acción penal en el derecho argentino? (Estado actual de la cuestión)*”, en *AAVV, Eficacia del sistema penal y garantías procesales*, José I. Cafferata Nores, compilador, 2° ed. Actualizada. Ed. Mediterránea, Córdoba.

GUARIGLIA, F., (1993) “Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación Preparatoria en AAVV, El Ministerio Público en el Proceso Penal, Editorial Ad Hoc, p. 87, Buenos Aires

HAIRABEDIÁN, M.; JAIME, M.; GORGAS, M.; ROMERO, S.; CAFURE, M. J., (2017) “*Comentarios a la Reforma del Código Procesal Penal, Ley 10.457.*” Ed. Advocatus, Córdoba.

HIGHTON, E.; ALVAREZ G. (2004). *Mediación para resolver conflictos*. 2° ed., 2° reimp. Editorial. Ad –Hoc, Buenos Aires.

HIGHTON, E., ÁLVAREZ, G. y GREGORIO, C. (1998) *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2004) “*Justicia Restaurativa*”, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires.

MAIER, J. (1999) *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires.

NUÑEZ, R. (2009). *Manual de Derecho penal*. 1° Ed. Lerner. Córdoba.

REDORTA, J. (2007) *Entender el conflicto*. Editorial Paidós, Barcelona

RIOS MARTIN, J.; PASCUAL RODRIGUEZ, E.; GUILLEN, A.; SEGOVIA BERNABE, J.L. (2008), “La Mediación penal y penitenciaria, experiencias de dialogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”, 2 ed., Editorial Colex.

RIGHI, E. (2001) “Teoría de la Pena”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

STULBERG, JOSEHP B. (1989) *Manual de mediación preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos, A Mediator’s Manual*. Florida. EE.UU.

VAZQUEZ ROSSI, J. (1995) *Derecho Procesal Penal*. Editorial Rubinzal – Culzoni. Santa Fe.

VELEZ MARICONDE, A. (1986) *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. 3era Ed. Actualizada por Ayán, M. y Cafferata Nores, J., Editorial Marcos Lerner. Córdoba.

YUNI, J.A.; URBANO, C.A. (2006) “*Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*”. 2da edición, Editorial Brujas, Córdoba

ZAFFARONI, E. (1987) “*Tratado de derecho penal. Parte general*”. Editorial Ediar. Buenos Aires.

Legislación:

- *Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430.*
- *Constitución de la Provincia de Córdoba. Comentada. Editorial Alveroni*
- *Código Penal de la Nación Argentina. Actualizado. Ley 11.179*
- *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8123*
- *Ley 24.573 Mediación y Conciliación. Actualizada. Honorable Congreso de la Nación Argentina.*
- *Ley 8858 Mediación. Legislatura de la Provincia de Córdoba.*

Otras fuentes consultadas:

BARMAT, N. (2011). *La provincia impulsa la mediación para aliviar a la justicia penal*. Extraído de <http://www.puntal.com.ar/v2/article.php?id=79057>

BARMAT, N. (2016) “*La Mediación de Conflictos Penales en la Provincia de Córdoba*”. Revista Comercio y Justicia. Opinión 12 (A).

BÁTTOLA, K. (2010). *Mediación vinculada al sistema de justicia del ámbito penal. Algunas menciones sobre el principio de oportunidad*. Extraído de <http://new.pensamientopenal.com.ar/16062010/doctrina03>

BORINSKY, M. (2014) *Todo lo que cambia con el nuevo Código Procesal Penal*. Infobae. Extraído de: <https://www.infobae.com/2014/11/11/1607949-todo-lo-que-cambiara-el-nuevo-codigo-procesal-penal/>

CARAM, M. (2000). *Hacia la mediación penal*. Revista La Ley, Suplemento resolución de conflictos. pág. 1. Buenos Aires. CAVAGNARO, M. V.; CAMPIÑA, C. (2015). *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Principio de Oportunidad: Nuevos caminos a la adopción de un sistema pacífico de resolución de conflictos en el sistema penal*. Ed. Infojus. Extraído de <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-justicia-restaurativa-mediación-penal-principio-oportunidad>

DÁVALOS, J. *La mediación penal como Método alternativo de Resolución de Conflictos: Resultaos Actuales en la República Argentina*. Trabajo de Derecho Cambio Social. Extraído de: http://www.derchoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.

DIAZ, MIGUEL A. (2015) *La Resolución Alternativa de Conflictos en Argentina: Historia y Desafíos de la Mediación Prejudicial*. Revista del Foro Jurídico Iberoamericano (FORJIB).

DOMINGO DE LA FUENTE, V. (2012) “*El origen de la Justicia Restaurativa*”. Blog de la Justicia Restaurativa. Extraído de <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.ar>

DOMINGO DE LA FUENTE, V. (2015) *¿Qué es la justicia restaurativa?* Blog de la Justicia Restaurativa. Extraído de <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.ar>

LASCANO, C., (2016) *“La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales”* Extraído de: DPYC 2016- 115, AR/DOC/ 1936/2016

POYRAZIANBUSOLINI, A. B. (2017, septiembre) *Conflicto y comunicación. La cuestión del art. 59 inc 6 ° C Penal (conf. Ley 27.147). Extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. La inserción de la mediación en materia penal.* Ponencia presentada en el XXIX CONGRESO DE DERECHO PROCESAL, Siglo XXI Nuevas Tendencias –Nueva Justicia, Termas de Rio Hondo, Provincia de Santiago del Estero.

VAZ FLORES, H. (1992) *“El Buen Mediador”*. Revista Fundación Libra N° 2.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	BLARDONE CINTHYA ISABEL
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32926611
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: “LA MEDIACIÓN PENAL COMO ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA”.

Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	cinthyablardone@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	-

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)¹⁰</i>	SI
--	----

¹⁰[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

<p>Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i></p>	<p>-</p>
---	----------

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y

fecha: Córdoba, de de 2017

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

