



Trabajo Final de Graduación PIA

La mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa
Una perspectiva según la Ley 10.543 de la Provincia de Córdoba

Meza Matías José
DNI: 32.100.041
Abogacía
Legajo: ABG 82970
Tutor: Germán Chiavassa

Julio 2019

Dedicatoria

A mi madre desde el cielo y a mi padre desde la tierra por iluminar mis sueños,
A mis familiares y amigos por acompañar mis pasos,
A Hernán Villagra por estar incondicionalmente,
A los profesores que me inspiraron en el mundo jurídico,
Y a los que luchan por un mundo más justo.

Resumen

El presente trabajo final de grado intentará describir los delitos susceptibles de mediación penal y analizar cual/es son los criterios que se deben tener en cuenta para poder lograr este objetivo, en un contexto de justicia restaurativa. Procedimiento novedoso en la provincia de Córdoba desde el punto de vista legislativo, novedad que llega de la mano de dos acontecimientos diferentes: por un lado, la reforma del código procesal penal en el año 2017, en el cual se incorporan criterios de oportunidad. Y, por otro lado, en el año 2018 la sanción de la nueva ley de mediación, ley 10.543, donde podemos encontrar elementos, interesantes en lo referido a la posibilidad de mediación en los procesos penales.

Para lograr conocer cuáles los criterios a considerar para enviar un conflicto penal a mediación, se realizará un análisis documental consistente en un estudio del contenido de los diferentes textos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. Es decir, un estudio de las normas, decisiones judiciales (jurisprudencia) y reflexiones jurídicas (doctrina) que se fueron emitiendo en el marco del tema.

Palabras claves: Mediación penal-Justicia restaurativa-Principio de oportunidad-Principio de legalidad.

ABSTRACT

The present final degree project will try to describe crimes susceptible to criminal mediation and analyze which are the criteria that must be taken into account in order to achieve this objective, in a context of restorative justice. New procedure in the province of Córdoba from the legislative point of view, a novelty that comes hand in hand with two different events: on the one hand, the reform of the criminal procedure code in 2017, which incorporates opportunity criteria, and, on the other hand, in 2018, the sanction of the new law of mediation, law 10.543, where we can find elements, interesting in what refers to the possibility of mediation in criminal proceedings.

In order to know which criteria to consider in order to send a criminal conflict to mediation, a documentary analysis consisting of a study of the content of the different legislative, doctrinal and jurisprudential texts will be carried out. That is, a study of the rules, judicial decisions (jurisprudence) and legal reflections (doctrine) that were issued within the framework of the topic.

Keywords: Criminal mediation - Restorative justice - Principle of opportunity - Principle of legality.

Índice

Página

Resumen y palabras claves	
Abstract y Keywords	
Introducción.....	1
Capítulo 1) Principales definiciones.	
1. 1 Justicia restaurativa, un nuevo paradigma en el sistema penal.....	4
1. 2 Principio de legalidad versus principio de oportunidad en el abordaje de los hechos penales.....	8
1. 3 El instituto de la mediación, características y aportes al ámbito penal....	12
1.4 Antecedentes de la mediación penal, como mecanismo de justicia restaurativa.....	17
Conclusión parcial.....	19
Capítulo 2: Los conflictos penales y su abordaje legislativo con la perspectiva de justicia restaurativa.	
2. 1. Antecedentes de la legislación procesal penal en la provincia de Córdoba.....	21
2. 2. El principio de oportunidad como novedad legislativa en la reforma del Código procesal penal de Córdoba.....	26
2. 3. La incorporación de la posibilidad de mediación penal, con la reforma de la ley de mediación de la Provincia de Córdoba.	34
2. 4. Criterios de justicia restaurativa en las reformas del código procesal penal y ley de mediación de Córdoba.....	37
2.5. Ventajas y posibles inconvenientes que puedan surgir, en el proceso de selección de conflictos mediables penalmente.....	39
Conclusión parcial.....	43

Capítulo 3: Mediación penal: análisis de la jurisprudencia en la Provincia de Córdoba.

3. 1. El leading case: “El caso Rojas”.45

3.2. Presentación de casos y selección de posibles criterios en lo delitos susceptibles de mediación penal.....50

3.3 Descripción de los posibles delitos susceptibles de mediación penal conforme al análisis jurisprudencial.....59

Conclusión parcial.....61

Conclusión final.....62

Bibliografía.....67

Anexo I.....71

Anexo II.....72

Introducción

El sistema penal se caracteriza (a diferencia de otros procesos), por tener al Estado como protagonista principal y casi exclusivo en la persecución del delito. Esto ha motivado a muchos autores a reflexionar sobre la ubicación de la víctima, damnificado o afectado del perjuicio. Es así cómo podemos mencionar a Zaffaroni, que explica: *“Desde que la víctima desaparece por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el Estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por la supresión de una de las partes...”* (1998, p. 226). Podemos inferir entonces en relación al funcionamiento del sistema penal, una tendencia hacia un proceso más relacionado al principio de legalidad, que al de oportunidad.

Hace ya algún tiempo, la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos, ha ganado terreno. La evidencia de ello, la podemos vislumbrar en el fuero civil, laboral y de familia. En donde actualmente, en la Provincia de Córdoba existe la prejudicialidad obligatoria, con sus correspondientes excepciones. Las causas penales, han sido (por mucho tiempo), excluidas del ámbito de mediación.

El 6 de junio del 2018, se ha aprobado la nueva ley de mediación en la Provincia de Córdoba (Ley 10.543), en reemplazo de la Ley. 8.858 que databa del año 2000. La actual normativa, establece en su artículo 6, las exclusiones de la prejudicialidad obligatoria (como en su ley antecesora), sin embargo, a diferencia de la anterior, agrega y prescribe: *“Quedan excluidas del ámbito de la mediación previa y obligatoria las siguientes causas: 1) Procesos penales. Sólo el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querrela están facultados a derivar el caso penal a mediación. Pueden hacerlo cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y la Ley N. ° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- lo habilite.”* (Art.6, Ley de mediación de la Provincia de Córdoba).

La nueva normativa nos permite ahora plantearnos la mediación penal, con mecanismo de justicia restaurativa. Cuestión, que con la Ley N°8123, se encontraba excluida y sin consideración. Sin embargo, lo establecido por la actual normativa, nos presenta varios interrogantes. Todos ellos relacionados a la forma de aplicación, consideración y criterios a tener en cuenta en los conflictos de índole penal. Esto nos

sitúa frente a un problema, ya que la norma por sí misma no determina, cuáles serían los delitos susceptibles de mediación. Sumado a ello, que la mediación penal en la provincia de Córdoba a nivel legislativo es toda una novedad.

Es por ello que las preguntas que guían la presente investigación son las siguientes: ¿Cuáles son los delitos susceptibles de mediación penal conforme a la ley 10.543? y, en razón de ello: ¿Cuáles son los criterios a considerar al momento de valorar un conflicto de índole penal, para enviar a las partes a mediación en un contexto de justicia restaurativa?

Para poder dar respuesta a las preguntas de investigación, seguiremos los lineamientos de la siguiente hipótesis; Los delitos susceptibles de mediación penal, conforme a ley 10.543, son los delitos de bagatela (hechos intrascendentes) y delitos con penas insignificantes. Utilizando como criterios: Protección y voluntariedad de la víctima, bien jurídico protegido, restauración de la armonía entre sus protagonistas, colaborar con la paz social y contribuir con la economía procesal.

Con el fin de lograr el objetivo propuesto, Se utilizará para la investigación un enfoque cualitativo, ya que como establece Hernández Sampieri, “*Mediante este enfoque se pretende comprender un fenómeno de estudio en su ambiente casual*”; y Por otro lado, se intenta “*dar profundidad a los datos, mediante la lógica inductiva, es decir; “De lo particular a lo general (de los datos a las generalizaciones —no estadísticas— y la teoría)*” (Hernández Sampieri, R. 2010, p.12). Es por ello que resultará de mucha importancia, el análisis de la normativa vigente (Ley de mediación, código penal y código procesal de la provincia de Córdoba), como así también de la jurisprudencia y la reflexión de los especialistas en la materia (doctrina).

La técnica a utilizar para el análisis de las diferentes fuentes de investigación será la de análisis documental consistente en el estudio del contenido de los diferentes textos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, que se expresan en las diferentes fuentes, ya sean primarias, secundarias y terciarias.

En cuanto al presente trabajo final de graduación, consta de 3 capítulos: En el capítulo 1, se describirán aquellos conceptos claves que están relacionados con nuestro tema de investigación, como ser; Justicia restaurativa, mediación en general, y mediación penal en particular con sus correspondientes antecedentes.

El capítulo 2, se centrará en desarrollar los conflictos penales y su abordaje legislativo con la perspectiva de justicia restaurativa. Es decir las novedades legislativas que surgieron en los últimos años en relación a la mediación penal, como ser la reforma del Código procesal penal de la Provincia de Córdoba (Incorporando criterios de oportunidad), y por otra lado, la puesta en vigencia de la nueva ley de mediación de la Provincia de Córdoba, Ley 10.543. Como así también, de realizará una descripción de las ventajas y posibles inconvenientes, que puedan surgir en el proceso de selección de conflictos mediables penalmente

En el capítulo 3, analizaremos los casos jurisprudenciales relacionados con la temática, para poder establecer los posibles criterios a considerar para que un conflicto penal sea mediable, y desarrollar con ello una propuesta de clasificación de delitos con posibilidad de mediación.

Capítulo 1: Principales definiciones

En el presente capítulo, se desarrollarán los conceptos y definiciones básicas que se encuentran dentro del contexto del presente trabajo final de grado. Es así, que en primera instancia, se expondrá las ideas principales sobre la justicia restaurativa, como nuevo paradigma en el sistema penal. Los principios: tanto el de oportunidad, como el de legalidad serán la clave para poder comprender la nueva forma de pensar un conflicto penal. Es por ello que se analizará su fundamento, los antecedentes, ventajas y desventajas.

Por su parte, otro concepto clave, es la mediación, por lo que nos centraremos en su significado, procedencia, orígenes y características. Por último, se desarrollará los antecedentes sobre la mediación penal en un contexto de justicia restaurativa, a fin de tener un panorama completo sobre las principales definiciones, que son necesarias para la comprensión del presente trabajo de investigación.

1.1- Justicia restaurativa, un nuevo paradigma en el sistema penal.

En primer lugar, unos de los conceptos más importantes a desarrollar es el de justicia restaurativa, término novedoso en algunos sistemas legales aún, y en otros sistemas extensamente desarrollados. Si hablamos de justicia restaurativa, sin lugar a dudas el exponente principal es Howard Zher. Se le atribuye a éste Criminólogo de ser quien revalidó el término. Es el máximo exponente contemporáneo de la temática, y lleva realizadas una infinidad de producciones donde da a conocer las características y la importancia, de lo que se ha dado en llamar, el cambio de paradigma en la forma de afrontar los conflictos penales.

Es en ese sentido, que consideramos de vital importancia, recurrir a su definición:

“Un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”. (Zehr, H. 2007, p.45).

Con respecto a la concepción de Zher, nos resulta importante resaltar el aspecto colectivo. Es decir que las ofensas son atendidas por la sociedad en su conjunto, o mínimamente por todos los protagonistas del proceso (ofensor-ofendido). No desplazando a la víctima, como ocurre en el sistema tradicional, donde el Estado se ubica en un rol protagónico mediante su rol penalizador y casi exclusivo del conflicto penal.

Por otro lado, para poder comprender el significado de dicho término, podemos recurrir al antecedente internacional. Es decir, a lo establecido por las normas o convenciones. Allí encontramos el documento de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) más precisamente, en la serie de manuales sobre justicia penal y lo desarrollado en el manual sobre justicia restaurativa del año 2006.

El mismo nos brinda definiciones claves y categóricas. Entre ellas encontramos, que la justicia restaurativa *“Es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad.”* (Organización de las Naciones Unidas. 2006, p. 6).

Así mismo, dicho documento nos indica que la justicia restaurativa implica un proceso. Es decir, un camino que tiene como punto de llegada la resolución de un conflicto, en la que actúan dos partes denominadas víctima y ofensor, pero también puede participar un miembro de la comunidad que se considere afectado por el delito. Los mismos actúan conjuntamente para intentar resolverlo, y lo hacen con la ayuda un tercero (que no es parte) denominado facilitador. (Organización de las Naciones Unidas. 2006).

También, un aspecto interesante de éste documento, es lo referido a la explicación sobre el motivo por el cual, los sistemas jurídicos de los diferentes países consideran necesario el surgimiento de éste nuevo paradigma, en el tratamiento de los conflictos que impliquen delitos penales. En este sentido expresa, que muchos Estados, debido al fracaso del sistema judicial, o volviendo a las costumbres o Derecho consuetudinario, se han planteado nuevas formas para resolver los conflictos sociales. (2006).

Es de suma importancia recurrir a estos documentos para poder comprender la realidad global con respecto a la temática. Ya que, de manera introductoria, nos permitirá acercarnos a la realidad local.

Desde una mirada más cercana, si se quiere, una referente en éste aspecto en la Argentina, es la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, sus aportes en mediación, particularmente en mediación penal juvenil, ha sido para el mundo jurídico muy significativo. En relación a la justicia restaurativa la Dra. Carlucci nos brinda una definición muy interesante, la describe como: "*La variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional*". (Kemelmajer De Carlucci, A. 2005. p. 10).

Analizando dicha definición, por una parte, debemos tener en cuenta que hace referencia a la "variedad de prácticas", es decir, que la justicia restaurativa no se focaliza o se centra en lograr su objetivo por medio de un método único. Sino más bien aplica diferentes procedimientos, con características variadas que implican construir una solución al conflicto penal en cuestión. Podemos citar dentro de éstas prácticas, por ejemplo, la conciliación, la negociación y por supuesto la mediación. A todas éstas prácticas se las denomina "tercera vía" como alternativa al sistema penal convencional, o como la autora lo establece "tradicional".

Con el objeto de poder comprender este nuevo paradigma, de manera más coloquial podemos decir, siguiendo la línea de Álvaro Márquez Cárdenas (2007), que es una nueva manera de pensar a la justicia penal, la cual consiste en reparar el daño ocasionado a las personas, más que perseguir y castigar a los delincuentes.

Con respecto a esto último, podemos añadir que el fin que persigue la justicia restaurativa es más profundo, ya que llega a las bases del conflicto. Es decir, al daño ocasionado, o la lesión a un bien jurídico determinado. Y no se ciega en solamente realizar la persecución al autor del delito, dejando de lado a la víctima o afectado del ilícito.

Ahora bien, es bueno preguntarnos ¿por qué surge esta nueva forma de pensar la justicia penal?, ¿Qué existía hasta el momento en la temática?

Para poder responder a la primera pregunta, podemos decir, que la mayoría de los doctrinarios, donde podemos nombrar a Zaffaroni, desde el plano nacional, y

Cafferata Nores José o Hairabedián desde el plano provincial, hablan del fracaso del sistema penal. Fracaso reflejado en pasillos de tribunales atascados de personas buscado justicia, de oficinas de fiscalías hasta el techo de expedientes que no avanzan, de un sistema judicial extremadamente costoso, de personas (víctimas de delitos) resignados exclamando que paradójicamente “la justicia no es justa” o “no llega”. Y por último un sistema penitenciario ineficiente, con políticas criminológicas inexistentes, cárceles colapsadas, con escasas posibilidades por parte de las personas reclusas, de una verdadera reinserción social.

Es en ese sentido, que como afirman Cavagnaro y Campiña (2015): “*Resulta ineludible, como operadores jurídicos, no advertir que la sociedad reivindica una modificación del sistema penal, que no está respondiendo a sus problemáticas*”. (p. 1). Con ello entendemos, que tenemos una gran responsabilidad como trabajadores de la justicia, de formar parte (cada uno desde el lugar que nos toque) de los reclamos de nuestra comunidad, ante los pedidos de una justicia, paradójicamente, muchas veces injusta.

En definitiva, podemos decir que la justicia restaurativa es el paradigma que se diferencia del tradicional sistema. En el que el objetivo principal es restaurar el daño causado por el delito, poniendo el foco en la víctima, en la forma que el ofensor reparará lo causado, logrando una reparación también social (ya que se entiende que el delito, también causa un daño a la sociedad o una comunidad determinada).

Éste paradigma presenta variados aspectos positivos. Parafraseando a Campiña y Cavagnaro (2015), cuando hacen referencia que la justicia restaurativa presenta varias ventajas: Por un lado, para el ofensor es más fácil asumir un compromiso reconocido, que uno impuesto. Por otro lado, para la víctima: que se hace protagonista de su propio proceso, no siendo postergada como en el sistema penal tradicional. Y, por último, y no menos importante, la cuestión social. La comunidad también se hace protagonista, trabajando para obtener la paz social, y prevenir eventos futuros.

Con respecto a la pregunta sobre que existe o existía antes de la justicia restaurativa, nos corresponde hablar de la justicia retributiva. Que tiene como objetivo perseguir delitos, sancionarlos, dar con el delincuente y hacerle pesar la carga ocasionada por el daño causado. En definitiva: busca una represalia o venganza. Ésta tarea se

encuentra a cargo del Estado, quien se encarga de la persecución del delito, desplazando de alguna manera a la víctima del mismo, desde el momento inicial.

En contraposición, el objetivo de la justicia restaurativa:

“Como el mismo término indica, no es otro que el de "reparar", más no hay que dejarse llevar por la inercia de pensar que hace referencia a una mera compensación económica del daño causado, puesto que cuando en la Justicia Restaurativa se habla de "reparar", se apunta más allá y con un sentido más profundo y trascendente de lo que la teoría general del derecho de daños refiere.” (Cavagnaro y Campiña, 2015. p. 2).

De lo anteriormente expuesto podemos notar entonces la existencia, en principio, de dos sistemas penales cada uno con sus características particulares; El tradicional, también denominado retributivo y el restaurativo. En éste primer capítulo la finalidad no es realizar una valoración concluyente sobre los aspectos de uno sobre otro. Sino más bien, realizar una exposición acabada de los diferentes sistemas existentes, y particularmente el de justicia restaurativa, en donde la mediación penal tiene su fundamento.

1.2. Principio de legalidad versus principio de oportunidad en el abordaje de los hechos penales.

Los sistemas penales, al igual que muchas instituciones del Derecho en general, van a depender de muchas cuestiones. Entre ellas podemos nombrar, los valores jurídicos, sociales, culturales, históricos, costumbres entre otros. Con esto queremos decir, que la aplicación de un sistema u otro, va a depender de la época histórica en que se encuentre dicha sociedad. Cada sistema penal, se rige por principios que son los que regulan su actividad en sí mismo. Y se utilizan como fundamento para la valoración, procedencia de un hecho determinado, al considerarlo lícito o ilícito.

Al respecto la doctrina local, expresa: *“Las actividades de perseguir penalmente, juzgar, y eventualmente penar, se encuentran orientadas entre nosotros (aunque no siempre con los mismos alcances) por tres principios fundamentales: legalidad, verdad histórica y pena como única o principal respuesta a la infracción penal”*.

(Cafferata Nores, et al., 2012, p. 66-67). Nos corresponde preguntarnos entonces ¿En qué consiste el principio de legalidad? y por otro lado ¿Por qué es importante conocer este principio frente a la temática de la mediación penal en un contexto de justicia restaurativa?

En referencia al principio en cuestión, consiste en que frente a la comisión de un delito de acción pública, el Estado debe accionar contra el mismo: Persiguiéndolo, buscando el responsable y aplicando una sanción.

En cuanto al principio de legalidad, para poder comprenderlo, en primer lugar debemos recurrir a la Constitución Nacional. En la misma podemos encontrar límites a la intervención estatal en el art. 18. (Cafferata Nores, et al., 2012). Que prescribe: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”* (Const. 1994, art. 18).

En razón de reflexionar sobre cuáles son sus fundamentos. Cafferata Nores nos comenta que el respaldo constitucional está establecido en el art. 18 CN, que establece que nadie puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso. Pero por otro lado nos establece una pequeña aclaración al respecto: *“En ningún lugar expresa que cada vez que se comete un hecho de lo que la ley anterior tipifica como delictivo, se deba imponer una pena o se deba iniciarse un proceso.”* (Cafferata Nores, citado por Frascarrolli; 2010. p. 178).

Seguidamente, realizado un recorrido por la legislación nacional, nos encontramos con el código penal. En el mismo, a partir del art. 79, se realiza una descripción detallada de delitos, iniciando con los delitos contra las personas.

A su vez, realizada la descripción, también se establece la pena correspondiente para cada caso. Mediante el desarrollo de cada uno de los artículos lo que se pretende es realizar una organización detallada, de las acciones humanas que son susceptibles de pena. Todo ello garantiza la legalidad, ya que cada conducta prohibida se encuentra descrita, estableciendo cuales son las conductas típicas y antijurídicas. Es por ello que es muy importante, considerar el principio de legalidad.

Desde un sentido más conceptual, y teniendo en cuenta la fuente doctrinaria, podemos definir al principio de legalidad procesal como:

La automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar. (Cafferata Nores, et al., 2012, p. 68).

Es decir que frente a la producción de un hecho presuntamente delictivo, se pone en funcionamiento una serie de mecanismos de persecución del delito, protagonizado por el Estado, que busca en última instancia dar con el sujeto que lo cometió para castigar la conducta antijurídica.

Es muy importante, para ésta investigación que se entienda el significado de éste principio. Ya que, al estar frente a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, parecería una contradicción y una imposibilidad que, frente a la comisión de un delito, la regla sea que se persiga indefectiblemente el mismo. (Según lo establece el código procesal penal).

Por otro lado, la mediación se produce justamente cuando el Estado se permite hacerse a un lado, de su rol penalizador. Y las partes, junto a la sociedad elaboran una forma de poder resolverlo.

Ahora bien, es bueno considerar que también actualmente se habla de una crisis del principio de legalidad. Crisis reflejada en el fracaso del sistema penal, que como ya dijimos, se evidencia, entre otras cosas, en los casos no resueltos, en las esperas interminables para llegar a juicio o una sentencia, y finalmente, en una sociedad descreída y sin esperanza de justicia.

Es en esa línea, donde podemos parafrasear a Teresa Armenta Deu quien manifiesta que: hablar del fracaso del principio de legalidad, es equiparable a hablar de la crisis de judicial, ya que la estructura rígida del primero, aleja el objetivo primordial de la segunda (Armenta Deu, T. 2017).

Al respecto podemos decir, que hace referencia a la rigidez que presenta el principio de legalidad, o mejor dicho que los conflictos penales se encuentren regidos estrictamente por el principio de legalidad, realidad que conlleva a los problemas descritos anteriormente.

Muchos autores consideran una especie de “confrontación” entre el principio de legalidad, y otro principio, que tiene sus características propias, y que abre la puerta a un nuevo paradigma en el abordaje de los hechos penales. Estamos haciendo referencia al principio de oportunidad.

Éste último principio mencionado, consiste, parafraseando a Highton y Álvarez (2004) en: la oportunidad legal que tienen los órganos encargados de la investigación penal, por diferentes razones fundadas, de no iniciarla o suspenderla, limitarla o hacerla cesar definitivamente.

Con respecto a esto último, la disponibilidad de la acción penal consiste en que el fiscal de considerar procedente la acción penal la impulsará, de lo contrario, puede disponer de la decisión de no llevar a cabo la acción.

A nivel de legislativo, podemos constatar dicho principio mediante lo establecido en el código procesal penal de la Provincia de Córdoba, en la sección segunda, referente a las reglas de disponibilidad de la acción, más precisamente en su art. 13 bis, criterios de oportunidad:

No obstante, el deber impuesto por los artículos 5° y 71 de este Código, 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. (Código procesal penal de la Provincia de Córdoba -Ley: 10.457, art. 13).

En la referida normativa podemos identificar entonces, la definición y los criterios para la aplicación del principio de oportunidad, no obstante, el artículo 71 del Código Penal (regula el régimen de la acción penal e instaura el principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de la promoción de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal (principio de legalidad procesal, de oficialidad, de indisponibilidad, etc.). Es aquí, donde podemos señalar la relación con el elemento fundamental de

nuestra investigación: la mediación. Es el principio de oportunidad el camino por el cual, la mediación se utiliza como mecanismo de justicia restaurativa.

1.3- El instituto de la mediación, características y aportes al ámbito penal.

Cuando hablamos de mediación hacemos referencia a un método para resolver “algo”, ese “algo” es lo que se denomina conflicto. Un conflicto implica un desajuste o quiebre en una relación, una comunidad, una institución etc. Ahora bien, es importante tener en cuenta que cuando hablamos de conflicto, surge otro término muy relacionado al mundo jurídico: El litigio.

Es que la cultura del litigio, es la que abunda en nuestro mundo social, y más precisamente en nuestra sociedad local. Ésta cultura es la que nos hace pensar que todos los conflictos deben ser resueltos en la justicia. Ya sea éste, de tipo: familiar, laboral, penal etc. Parecería que no existen otras formas de resolverlo, que no sea recurrir a un Juez, al cual se le hace conocer la situación y debe dirimir sobre el mismo. Dicho proceso conlleva la puesta en marcha de un mecanismo, un engranaje de procedimientos que conllevan: tiempo, dinero, esfuerzo personal, y la actuación estatal, a través del servicio de justicia. Al respecto Elena Highton y Gladys Álvarez (2004) afirman:

Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal más causas de las que salen; la duración de los procesos excede los tiempos razonables, a los que debe agregarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto en términos no sólo económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbres. (p. 23).

Todo este “desgaste” muchas veces es necesario. De hecho, existen conflictos que lo requieren, pero no todos. Allí es donde la cultura del conflicto comienza a perder fuerza. Muchos de los conflictos antes mencionados precisan un abordaje adecuado, (y no menos cuidadoso que el judicial) para su resolución. Es aquí donde podemos vislumbrar una nueva forma de encarar los problemas sociales, son los denominados “métodos alternativos de resolución de conflictos”.

Podemos decir que no sólo existe un método para resolver alternativamente un conflicto, sino muchos. Es decir que son muchas las opciones que podemos utilizar los operadores de justicia, a la hora de asumir o tomar conocimiento de un conflicto. Así tenemos por ejemplo: mediación, el arbitraje, conciliación etc.

Específicamente con respecto a la mediación, que es el método que nos ocupa en ésta investigación y particularmente nos toca analizarlo en éste apartado. Highton y Álvarez (2004) definen a éste procedimiento como: *“Un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable”* (p.122).

Al referirse a no adversarial indica que las partes actúan en forma conjunta y cooperando para la resolución del conflicto. Las partes, son las que actúan en el mismo, por lo tanto tienen el control. Y por último el trabajo en conjunto se realiza con el fin de que sea beneficioso para ambas partes. Por otro lado éste método, incluye a un tercero (que no es parte), denominado mediador.

Ahora bien, es bueno entonces ahora conocer cuáles son las características más importantes del instituto de la mediación. Como ya adelantamos en el párrafo anterior, se trata de un método no adversarial, que como ya dijimos consiste en que las partes colaboren conjuntamente en la resolución del conflicto en forma voluntaria. Distinto a lo que sería un método adversarial, en donde las partes se encuentran enfrentadas una a otra, un tercero es el que toma la decisión sobre el conflicto, y por otra parte la decisión final establece que una parte pierda indefectiblemente.

A continuación es propicio preguntarnos lo siguiente ¿Qué características presenta la mediación como método de resolución alternativa de conflictos?

La ley 10.543 de vigencia a partir de noviembre del 2018, establece en su capítulo segundo, los principios y garantías del proceso de mediación. Donde de alguna forma nos brinda una respuesta al respecto:

“El proceso de mediación debe garantizar:

1) Imparcialidad; 2) Confidencialidad; 3) Comunicación directa entre las partes; 4) Satisfactoria composición de intereses; 5) Consentimiento informado; 6) Celeridad

del trámite, y 7) Libre disponibilidad para concluir el proceso una vez iniciado” (Art. 3, ley: 10.543).

Analizando alguna de ellas podemos decir, que la confidencialidad hace referencia a la información que se pone sobre la mesa en la sala de mediación, ella es sagrada y es utilizada sólo en ese momento y para ese fin.

Por su parte la satisfactoria composición de los intereses, está relacionado a ésta característica que tienen los métodos no adversariales, es decir, que sea beneficioso para ambas partes. Por último en cuanto a celeridad en el trámite, uno de los aspectos más característico de la mediación es el tiempo, que se estima desde su inicio hasta su conclusión,

Al respecto Highton y Álvarez (2004), hablan de ventajas:

“Tiene la ventaja de ser: 1) Rápida: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas” (p. 198). Esto va a depender obviamente de la complejidad del conflicto.

Por su parte la Ley Provincial 10.543 hace referencia a éste aspecto en su capítulo 2, el cual prescribe:

El plazo máximo para la mediación es de sesenta (60) días hábiles a partir de la primera reunión. El plazo puede prorrogarse hasta por otro igual, por acuerdo de las partes. Debe dejarse constancia por escrito de la prórroga, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y, en su caso, al tribunal interviniente. (Ley 10.543. Art. 30).

Con respecto a la confidencialidad las autoras indican: *“No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en la o las audiencias”*. (Highton.y Álvarez, 2004. p. 198). Con respecto a éste punto, y como ya comentamos en párrafos anteriores, dicho aspecto es fundamental e implica que las partes puedan “abrirse” y confiar en el proceso.

Entre las ventajas que señalan las autoras encontramos lo referido a la economía, con respecto a ello comentan: *“Los servicios se dan a cambio de Contribuciones*

mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales” (Highton y Álvarez, 2004. p. 198). Éste es un aspecto importantísimo ya que en comparación con el costo judicial, el proceso de mediación es mucho menos costoso.

Por último estas autoras agregan dos características más que las generales nombrados anteriormente, ellas son:

- La mediación puede ser solicitada u ofrecida.: esto hace referencia en la primera cuestión que la mediación sea solicitada, cuando una o ambas partes requieren al tercero que no es parte su intervención para resolver el conflicto. Y en el caso que sea ofrecida, se da el camino inverso al anterior, es el tercero neutral quien ofrece a las partes en conflicto, a formar parte del procedimiento, y colaborar en su resolución.
- La mediación puede ser singular o colectiva.: esto va a depender de la necesidad de un sólo mediador (singular), o más de uno (colectiva), necesidad que va a estar enmarcada entre otras cosas por dos aspectos fundamentales a saber, por un lado, la complejidad del caso, y por el otro lado, la intervención interdisciplinaria que requiera dicho procedimiento. (Highton y Álvarez, 2004).

Para poder concluir con el fin de éste apartado, nos faltaría desarrollar, cual es el aporte de la mediación al ámbito penal. Para poder dar respuesta a éste punto, debemos recordar que la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, representa un cambio de paradigma. Y como todo lo nuevo, o desconocido requiere un tiempo para que pueda tener aplicación, más hablando del sistema penal donde conviven diferentes posturas, algunas más amplias y otras restrictivas.

Es decir que podemos constatar posturas a favor o en contra con respecto a la aplicación de la mediación en el proceso penal. Es en ese sentido que, como afirman Cavagnaro y Campiña (2015):

Pese a las objeciones que se le formulan a la implementación de la mediación en materia penal porque contravendría el principio de

legalidad y de oficiosidad, se le contraponen a este argumento otros que son preexistentes al derecho penal mismo. (p. 3).

Siguiendo la misma línea argumentativa sobre los aportes de la mediación al ámbito penal, es que reflexionando sobre el fin último del sistema tradicional de resolución de conflictos penales (derecho represivo), los bienes jurídicos protegidos son la paz social, la seguridad etc. (Highton y Álvarez, 2004).

Y recuperando algunos aspectos, sobre la ventaja de los métodos alternativos de resolución de conflictos en un contexto de justicia restaurativa, podemos mencionar (como lo hicimos en apartados anteriores), aspectos como: Aporta a la agilidad en la resolución de los conflictos, es decir, los tiempos estipulados para un proceso de mediación son considerablemente menores, que los procesos judiciales tradicionales.

Por otra parte, el costo que implica iniciar un proceso judicial (para el Estado) y constituirse como querellante en los procesos penales (víctima-ofendido), es realmente muy considerable, en comparación, a la opción de resolver el conflicto de una manera más económica para el estado y los particulares.

Finalmente, el aspecto más valioso a nuestro parecer; es el abordaje de la víctima, y la consideración que tiene la mediación, al ponerla como protagonista y colaboradora en la resolución del conflicto (apropiación). En contraposición a la expropiación que sufre la víctima en los procesos penales tradicionales.

Y por otro lado, la participación del ofensor (en el sistema de justicia restaurativa se prefiere referirse de ese modo, y no delincuente, por una cuestión de evitar exclusión o estigmatización), que participa del proceso, pudiendo aportar soluciones apropiadas, logrando de ese modo, un beneficio mutuo haciéndose cargo del delito o no negándolo.

1.4 Antecedentes de la mediación penal, como mecanismo de justicia restaurativa.

Llegando a la última parte del capítulo 1, debemos referirnos específicamente a la mediación penal, dentro de la perspectiva de la justicia restaurativa en un contexto internacional, y con mayor acento en el ámbito nacional. Es decir, analizar aquellas cuestiones que dan el fundamento a la utilización de la mediación penal, como

método alternativo de resolución de conflictos, tomando a la justicia restaurativa como norte para la aplicación de dichos procedimientos.

En primer lugar podemos decir que el origen de la mediación penal, se remonta a tierras extranjeras, más precisamente en Minnesota, Estados Unidos, así no expresa Paul McCold (2013), en su artículo “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias”, en el mismo afirma lo siguiente:

Quizás el primer uso sistemático de la mediación como respuesta restaurativa a un comportamiento delictivo fue efectuado en 1971. El Centro de Restitución de Minnesota realizó mediaciones de restitución en reuniones directas entre los ofensores y sus víctimas en un programa alternativo para varones adultos que hubieran sido ofensores contra la propiedad y fueran condenados a penas de prisión. (p. 11).

Con respecto a lo expresado en el párrafo anterior, dicha fecha coincide con el surgimiento del paradigma de la justicia restaurativa. Por ende, podemos decir, que la mediación constituyó uno de los vehículos para materializar los principios del nuevo paradigma que estaba surgiendo en el mundo jurídico, y en la forma de abordar los conflictos penales.

En cuanto a los antecedentes de la mediación penal en la Argentina, Si de mediación penal hablamos, sin dudas la provincia de Mendoza es considerada la vanguardista. En el año 2004 se realizaron pruebas pilotos en éste aspecto, pero en lo referido a la mediación penal juvenil. Seguidamente en el año 2008 se extendió a mediación penal con mayores, gracias a las experiencias anteriores

Avanzando en el tiempo, y desde el punto de vista jurisprudencial, podemos señalar, según lo referido por Cavagnaro y Campiña (2015), la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Donde se sostiene la diversificación de la respuesta del Estado frente a los conflictos de índole penal, señalando que la respuesta punitiva debe limitarse a los casos que producen un perjuicio grave a la sociedad*”. (p. 3).

Por otro lado, dichos autores destacan que en el ámbito provincial, y particularmente en el caso Boudoux (BOUDOUX, Fermín p.s.a. homicidio culposo), se consideraron elementos particulares de la justicia restaurativa. (p. 3).

Con respecto a dicho caso, el fallo (año 2012) del T.S.J. Sala Penal de la Provincia de Córdoba, y particularmente lo expresado la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, quien expresa la necesidad de implementar herramientas que permitan a los órganos encargados de administrar justicia aplicar el instituto de la probation: “*Que constituye una avanzada del Derecho Penal, tendiente a evitar los efectos negativos y estigmatizantes de la sanción penal sin dejar de atender a los legítimos intereses de la víctima*” (Recurso de casación: *Boudoux Fermín p.s.a. de homicidio culposo., 2012*).

Seguidamente dicha vocal aclara:

Ese instrumento es la mediación penal, que, si bien no se encuentra legislada, nada obsta a su utilización por el magistrado. La mediación penal como instrumento tiene fijada toda una forma de desarrollo que permite la comunicación entre víctima y victimario, no necesariamente en forma personal. A través de la aplicación de las técnicas de comunicación humana se pretende no sólo la reparación de la víctima, sino y sobre todo que el autor, al entrar en contacto aún indirecto, con la víctima, tome conciencia del daño causado y asuma voluntariamente su obligación de resarcir. Esta actitud subjetiva se estima idónea para evitar la recaída en el delito. (Recurso de casación: *Boudoux Fermín p.s.a. de homicidio culposo, 2012*)

Dicho fallo constituye un elemento de referencia muy importante, cuando se habla de los antecedentes de la mediación penal. Por la contundente reflexión realizada por la Dra. María Esther Cafure de Battistelli como vocal del máximo tribunal de la Provincia.

Conclusión parcial

A modo de conclusión de éste primer capítulo, podemos destacar que se trató de un desarrollo casi exclusivamente conceptual. Donde las diferentes fuentes doctrinarias nos permitieron conocer los principios de la justicia restaurativa, sus aportes más importantes. Y su contraposición a la justicia retributiva.

La justicia restaurativa se presenta como nuevo paradigma en la resolución de conflictos penales. Ya que viene a aportar una visión más integral del conflicto y de su posible solución. El principio de oportunidad es el camino legislativo, por el cual la justicia restaurativa da sus primeros pasos. Y viene a comportarse como un complemento al principio de legalidad.

Un concepto importante que se desarrolló en el presente capítulo, es el de mediación en general, y el de mediación penal en particular. Comprendiendo que la misma es un método alternativo de resolución de conflictos. Que permite a las partes colaborar en la búsqueda de solución al mismo. Ayudados por un tercero neutral (mediador), que cumple un papel muy importante. Ya que de alguna forma, guía el camino a seguir para lograr los objetivos propuestos. Y asegurar que la mediación, sea verdaderamente el mecanismo, por el cual la justicia restaurativa se exprese.

Como elemento importante del presente capítulo (y teniendo en cuenta nuestros objetivos) podemos destacar que la mediación penal, es un proceso que se encuadra dentro los objetivos de la justicia restaurativa. Y constituye una expresión de la misma.

Por otro lado, frente a los antecedentes que dieron origen a la mediación penal, podemos señalar: que la implementación de la misma fue progresiva (y lo sigue siendo).

Actualmente se evidencia claramente indicios de justicia restaurativa. Mediante las reformas realizadas en los códigos procesales penales de diferentes provincias, incorporando criterios de oportunidad. Y con mayor énfasis lo podemos constatar en las nuevas leyes de mediación. Córdoba no es la excepción, su código procesal penal fue reformado en el año 2017, y la nueva ley de mediación rige desde noviembre del

2018, marcando claramente un camino, hacia la búsqueda de nuevas formas de resolver los conflictos penales.

CAPÍTULO 2: Los conflictos penales y su abordaje con la perspectiva de justicia restaurativa.

En éste segundo capítulo analizaremos los conflictos penales y su abordaje con la perspectiva de justicia restaurativa poniendo el foco y situándonos en aquellos que se desarrollan en la Provincia de Córdoba.

Para ello, en primer lugar, describiremos los antecedentes de la legislación procesal penal en Córdoba, detallando sus características y los aportes principales en sus reformas. En segundo lugar, nos centraremos en las novedades legislativas con respecto al principio de oportunidad, evidenciado con la reforma del código procesal penal de la provincia. En tercer lugar, estudiaremos la puesta en vigencia de la nueva ley de mediación: Ley.10.543 sus características, novedades, y su relación con la reforma del Código Procesal antes nombrado. Por último, nos centraremos en los vestigios de los valores de la justicia restaurativa, que se pueden identificar en las novedades legislativas antes nombradas es decir, la Ley 10.457 y Ley 10.543 respectivamente.

2. 1. Antecedentes de la legislación procesal penal en la provincia de Córdoba.

Cuando hablamos de los los antecedentes legislativos en materia procesal penal en la Provincia de Córdoba, hacemos referencia a las diferentes reformas que se fueron sucediendo sobre la legislación de forma.

Comenzamos entonces, con el surgimiento del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba en el año 1939. En cuanto a dicho código, podemos hacer referencia que fue pionero en cuanto a determinadas temáticas procesales. Córdoba siempre se caracterizó por la vanguardia en cuestiones legislativas, y ésta no era la excepción.

En cuanto a las características del código de procedimiento penal (obra de los juristas Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler) del año 1939, podemos citar dos aspectos que considerados importantes:

- La incorporación de la oralidad en el proceso penal.
- La incorporación del sistema mixto (con predominio acusatorio).

Estos dos elementos marcaron la política seleccionada y un nuevo paradigma para el abordaje de los conflictos penales. Acogiendo la posibilidad del imputado a ser oído.

Y por otro lado la incorporación de un sistema mixto con tendencia acusatoria, esto quiere decir, el desplazamiento del sistema inquisitivo (en el cual se presume la culpabilidad), puro característico del sistema penal hasta ese momento, por uno mixto con predominio acusatorio. Alejándose también del paradigma acusatorio (En el cual se presume la inocencia).

En cuanto al sistema mixto antes nombrado, y parafraseando a Cafferata Nores; (el cual lo denomina “inquisitivo mitigado”), que de alguna forma conjuga características del sistema inquisitivo como ser: La persecución de todo delito y su posterior juzgamiento, poniendo al Estado como perseguidor del delito, y como expresión de única forma de resolución de los conflictos penales. Por su parte, las características del sistema acusatorio en donde se puede evidenciar: el principio de inocencia, y la afirmación de que la defensa es inviolable. (Cafferata Nores, 1998).

Para ir cerrando ésta primera etapa sobre el primer código de procedimiento penal de Córdoba, y en relación al tema que nos ocupa, podemos destacar un aspecto importante: El protagonismo absoluto del Estado en la persecución del delito. Y Obviamente sin vestigios aún del principio de oportunidad.

El año 1991 fue un año muy importante a nivel procesal penal en la Provincia de Córdoba, es el año en donde se realiza la reforma, por primera vez de su código de forma. Es decir, que 56 años después, el código procesal penal sufre su primera modificación. Cafferata Nores (1992), en relación a dicha reforma y tratando de entender su importancia, expresa que se trata de: “Una *obra colectiva, una producto cultural que pertenece a todos los que se ocuparon de él, en su génesis, en su desarrollo y en su crítica*” (p. 25).

En cuanto a los objetivos propios de la reforma, se destacan: alcanzar celeridad en los procesos, eficacia en los mismos, ahondar en el sistema acusatorio, entre otros. Entre los logros significativos que implicó la reforma en cuestión podemos señalar:

1- Creación del Ministerio Público fiscal: Al buscar profundizar el modelo acusatorio la primera reforma del código de procedimiento penal de Córdoba, crea la figura del Ministerio público y con ello, la aparición de los fiscales de instrucción, encargados de la investigación penal preparatoria. El art. 71 del código de forma establece “*Función. El Ministerio promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la Ley, dirigirá la Policía Judicial y practicará la investigación*

fiscal preparatoria”. (Art. 71, Código procesal penal de la Provincia de Córdoba. 1992).

Así como comentan las autoras Carolina Mauri, Ivana Rossi y Patricia Soria (2013), en su Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba; “*El nuevo Código pretendió poner límites al poder represivo del Estado sobre la persona del imputado. En este sentido, se sustituyó la investigación jurisdiccional por una investigación fiscal preparatoria.*” (p.3).

Es decir, en los procesos en donde se deba iniciar la acción penal, se pone en juego un mecanismo a cargo del Ministerio Público fiscal, con la policía judicial cuya función es la investigación científica del delito, (Quedando la policía de Córdoba, como Policía administrativa dedicada a la prevención). El Fiscal de instrucción como jefe de la investigación penal preparatoria, y el juez de instrucción cuando surjan inconvenientes de la interpretación de las garantías establecidas en la Constitución Nacional. (Principio de legalidad, presunción de inocencia etc...)

2- Celeridad en los procesos: Al respecto las autoras Carolina Mauri, Ivana Rossi y Patricia Soria (2013) afirman:

A los fines de cumplir este objetivo, se estableció un plazo máximo de dos años de duración del proceso, se mantuvieron los plazos fatales, se abreviaron los términos de la investigación penal preparatoria y se eliminó la obligación de resolver la situación del imputado si se encuentra en libertad. (p. 4).

En cuanto a esto último, y a fin de garantizar la celeridad de los procesos, que hasta ese momento eran bastantes extensos, y algunos sin poder llegar a buen puerto, es que se implementa un límite de dos años. Así lo establecía su art 1. Referido a las garantías constitucionales

El proceso no podrá durar más de dos años, pero si concurrieren las circunstancias previstas en la última parte del Artículo 337, el plazo podrá extenderse hasta un año más, previo el trámite legal previsto en

el Artículo 283, inc. 4º. (Art 1. Código procesal penal de Córdoba. 1991).

3- Participación ciudadana: Otro aspecto importante que introdujo ésta primer reforma del año 1991, fue la de incentivar la participación ciudadana en los procesos penales. Es por ello que podemos citarlo como elemento N° 3. Un reflejo de éste aspecto es la incorporación de los juicios por jurados a pedido de la querrela, el ministerio público o el imputado.

Así las cosas, la posibilidad de la incorporación de ciudadanos en los juicios, junto a los jueces técnicos, significaron toda una novedad y un desafío para la época. Posteriormente en el 2004, se implementó el juicio por jurados en forma obligatoria y en aquellos hechos de nivel gravísimo. (Ley N° 9182). Cabe destacar que en cuanto al tema que nos ocupa y en relación a los criterios de oportunidad, la reforma del año 1991, no dio novedades al respecto en forma tácita.

Estos tres aspectos sirven a modo de síntesis para conocer los avances a la hora de encarar los conflictos y procesos penales en la Provincia de Córdoba, teniendo en cuenta la realidad histórica. Podemos decir, que, desde su puesta en vigencia en el año 1935, y hasta su primera reforma 1991, pasaron 56 años. Tuvieron que pasar 26 años más para que se produzca la segunda reforma, acontecimiento que tuvo lugar en el año 2017, con la promulgación de la ley. 10.457.

Finalmente, nos queda por analizar la última reforma, la del año 2017. La misma reviste mucha importancia ya que de acuerdo a nuestro objeto de investigación, es la que más aporte legislativo implica. De manera genérica podemos decir, que la reforma del 2017, responde a la ley 10.457, y fue puesta en vigencia el 25 de noviembre de dicho año.

En cuanto a los aspectos más importantes que implica la reforma en cuestión, encontramos la incorporación de criterios de oportunidad. Habíamos señalado en apartados anteriores, que el Código de Procedimiento Penal original (año 1939), al igual que su primera reforma (1991), no consideraban dicho aspecto. Con respecto a ésta incorporación, será desarrollado con extensión en el apartado siguiente, donde referimos específicamente a: El principio de oportunidad como novedad legislativa en la reforma del código procesal penal de Córdoba.

Otro de los elementos interesantes incorporados al código en cuestión con la reforma de 2017, es lo referido al carácter de las actuaciones. Sintéticamente, consiste en la modificación del artículo 312 de la ley N° 8123, que establecía el secreto sumario. El art. 22 de la nueva legislación establece, entre otras cosas, que el acceso al sumario se puede realizar después de la declaración del imputado, o antes, si lo autoriza el fiscal de instrucción o Juez de control (art. 22, Ley 10.457).

Por otro lado, en relación al imputado, las novedades hacen referencia a lo establecido en el art 5 del nuevo código, que restringen, de alguna forma los derechos a la persona que tiene calidad de imputado. Estableciendo que, “toda persona, sindicada, denunciada o investigada penalmente, podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado...” (Art. 5, ley 10.457).

El cambio radica, en que el art. 80 del código anterior, establecía que el derecho en cuestión podría ser ejercido por toda persona, sin determinar categorías o mayores descripciones. Al respecto el Dr. Marcelo Jaime (2017) nos explica: “*requiere una vinculación concreta de la persona, con un proceso penal determinado. Antes, sólo bastaba con una vinculación difusa.*” (p. 78).

Por último, una de las grandes incorporaciones a la nueva ley de forma, hace referencia a la oralidad. Principalmente, en lo que respecta a la prisión preventiva. El art. 26 de la nueva normativa establece la modificación del art. 336 de su ley antecesora, estableciendo:

En el término de cinco (5) días a contar desde la declaración del imputado y siempre que concurren las causales del artículo 281 de este Código, el Fiscal, fundadamente, podrá solicitar por escrito al Juez la fijación de una audiencia oral de prisión preventiva. (Art. 26. Código Procesal de la Provincia de Córdoba. 20017).

El artículo indicado en el párrafo anterior, introduce la posibilidad de la audiencia oral para la solicitud (por parte del órgano encargado de su disposición), de la prisión preventiva. Con respecto a la redacción del código anterior bajo estudio, significó un aporte fundamental para la incorporación progresiva de la oralidad en los

procesos penales. *“Incorporación que trae como ventajas garantizar los principios de contradicción, inmediación y celeridad”*. (Gorgas y Romero. 2017, p. 94).

2. 2. El principio de oportunidad como novedad legislativa en la reforma del Código procesal penal de Córdoba.

Como hicimos referencia en el apartado anterior, cuando hablamos del recorrido realizado por el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, con sus respectivas reformas. Una de las incorporaciones más significativas se produjo en el año 2017, referido a criterios de oportunidad, o también llamada disponibilidad de la acción penal.

Repasando lo establecido en capítulos anteriores, el principio de oportunidad hace referencia a la posibilidad que tienen los órganos encargados de la persecución del delito de acción pública, de no iniciarla, o en su defecto y una vez iniciada, suspenderla, por diferentes razones fundadas. Con respecto a ello podemos decir, que no todos los sistemas legales, disponen entre sus normas del principio en cuestión.

En razón de ello, podemos encontrar códigos procesales con una visión de una perspectiva de la tesis restrictiva. Es decir, códigos que adoptan el principio de legalidad y oficialidad como regla, y no aceptan la posibilidad de considerar, que en algunos casos, no es necesario que el Estado, lleve a cabo la persecución de todos los delitos o hechos presuntamente delictuosos.

Por otro lado, existe la tesis intermedia. Ésta hace referencia a reconocer el principio de legalidad y oficiosidad como regla y el de oportunidad como excepción. Con esto nos referimos a que, por diferentes circunstancias como ser: insignificancia del hecho (bagatela), economía procesal etc. El órgano encargado de administrar justicia puede por ejemplo: evaluar la necesidad de la procedencia de la judicialización de un conflicto determinado. O poder resolver dicho conflicto mediante una conciliación.

También es importante recordar que el principio de oportunidad, se contrapone a uno más antiguo, si se quiere, que es el de legalidad. *“Enunciado de manera genérica o simplificada como la regla por la cual todo delito debería ser perseguido hasta la sentencia definitiva”* (Hairabedián. 2017, p. 11). Éste último principio, rigió los sistemas procesales nacionales y locales, aún con sus muchas críticas.

Con respecto a ello, es interminable la lista de inconvenientes que provoca seguir con la línea establecida por el principio de legalidad. Como ya dijimos, estos inconvenientes se ven reflejados, por ejemplo: en oficinas de tribunales hasta el techo de expedientes, víctimas olvidadas, desesperanza y desconfianza por parte de la sociedad en general y procesos interminables que no llegan a su fin.

Siguiendo lo establecido en el párrafo anterior, Hairabedián (2017, p.12) nos comenta “En *los grandes centros urbanos, con suerte un 5% de los delitos anoticiados llegan a tener una sentencia dictada tras un proceso penal completo. El 95% restante, o más, queda en el camino*”.

Con respecto a lo comentado en el párrafo anterior, la doctrina penal le ha dado un nombre: “el fracaso del sistema penal”. Es por ello que hace ya un tiempo, se empezó a pensar en un sistema penal más realista, que responda a las necesidades de los conflictos sociales de manera adecuada e integral. En ese orden de ideas, “*comenzó paulatinamente un proceso de incorporación de la oportunidad reglada iniciado por sus provincias en sus códigos procesales*”. (Hairabedián, M. 2017, p. 14). Córdoba no ha sido la excepción, en el año 2017 se produjo la reforma de su código de forma, en lo relativo a lo penal. Acontecimiento que marcó la incorporación de criterios de oportunidad.

Resulta de suma importancia, ubicar los criterios de oportunidad en el código procesal penal en cuestión, es por ello que podemos decir, que dicha novedad se encuentra incorporada en la segunda sección, que lleva como título “Reglas de Disponibilidad de la Acción Penal”. Y más específicamente en su art. 13 bis.

Realizaremos un desglose del artículo en cuestión para su mayor comprensión. Para comenzar diciendo que el artículo tiene tres partes: la primera hace referencia a una breve introducción, estableciendo la función del fiscal de instrucción y la incorporación tácita del principio de oportunidad como se detalla a continuación:

No obstante el deber impuesto por los artículos 5° y 71 de este Código, 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. (Art. 13 bis, ley.10.457).

La segunda parte, hace referencia a los casos particulares donde se puede aplicar el criterio de oportunidad. Es decir, enumera una a una y describe, las seis situaciones en que la regla se aplica. Ahora bien, nos detendremos en ésta parte para poder analizar cada uno de los casos:

1) Cuando se trate de un hecho insignificante: Esto está relacionado a lo relevante o a la gravedad del hecho delictivo y al denominado principio de bagatela. Es decir, aquellas que tienen “*Un ínfimo disvalor de la acción objeto de reproche.*” (Hairabedián, M. 2017, p. 18). Es bueno tener en cuenta que, frente a ésta cuestión, existen múltiples tesis al respecto, es decir, diferentes corrientes doctrinarias buscan explicar dentro de la teoría del delito, donde ubicar la insignificancia. No es objeto de nuestra investigación desarrollarlas en toda su extensión. Pero, si tener una noción de dicho principio, ya que podría constituir la explicación, por el cual un conflicto penal se pueda resolver mediante una mediación.

Es importante aquí, definir a que se denomina delitos de bagatela. Consiste en aquellos que por sus características no representan una lesión al bien jurídico protegido en forma considerable. Es decir, que resulta insignificante.

Por lo que, en sentido estricto, podemos decir que dichos actos humanos, son típicos pero insignificantes. Podemos nombrar, por ejemplo: aquel caso de hurto en grado de tentativa. En el que una persona ingresó a un supermercado y quiso sustraer dos trozos de carne. O el caso de mucha trascendencia a nivel jurisprudencial, en donde una mujer pagó un taxi con un billete de 5 pesos falsos.

Creemos que estos conflictos al carecer de significancia, son propicios para ser resueltos mediante métodos alternativos, como lo es por ejemplo la mediación penal. Ya que se aplica dos de los principios fundamentales del Derecho penal: el de mínima intervención o última ratio, en el cual se establece la participación del Estado, en aquellos casos verdaderamente necesarios. Y por último el de economía procesal: considerando la aplicación de los recursos humanos y materiales, para una administración de justicia adecuada.

Básicamente podemos decir que la insignificancia puede ser material o procesal. *“Material (que puede eliminar el carácter delictivo de una conducta) y la procesal (permitiendo al Ministerio Público Fiscal - por razones de conveniencia- no perseguir hechos delictivos). (Hairabedián, M. 2017, p.20).*

2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional:

Ésta regla hace referencia específicamente a la participación del imputado, y su aporte a la producción del hecho delictivo. Establece, desde un análisis general que si la participación del imputado en la producción del hecho delictivo es de escasa relevancia, podría considerarse la posibilidad de no iniciar la acción judicial. Todo esto podría realizarse con una condición, que se encuentra al final de la regla: que pudiera corresponder, una pena de ejecución condicional. Hairabedián (2017), nos brinda ejemplo de ésta regla; *“El que infla las gomas del vehículo a sabiendas de que se va a cometer un asalto”*. (p. 25).

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:

La presente regla de oportunidad, hace referencia a la pena natural. Comprendida como el daño físico o moral que sufre una persona al cometer un hecho delictivo. Física cuando el delito produce en la persona que comete el delito lesiones desproporcionadas con el castigo a recibir por dicho delito. Y moral, podríamos mencionar por ejemplo el padre que mata un hijo de un disparo, porque piensa que era alguien que entraba a robar (remordimiento en delitos culposos). Antiguamente se relacionaba la pena natural con la denominada pena divina o de Dios. Para ejemplificar la regla podemos recurrir al siguiente ejemplo: *“La Jurisprudencia eximió de pena a un soldado que al limpiar un arma causó la muerte de otro, que además era su íntimo amigo, quedando sumido en una profunda depresión con ideas suicidas”*. (Hairabedián, M. 2017, p. 29).

4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos:

Con respecto a ésta regla, Hairabedián la denomina “*Falta de importancia de la expectativa de la pena*”. Y con ello hace referencia a que, en muchas situaciones ocurre que, ante multiplicidad de delitos cometidos por una misma persona, o denominados delitos masivos, se seleccionen aquellos cuyas penas sea acorde al delito cometido, dejando de lado aquellos cuyas penas sean mínimas, de manera de poder agilizar el proceso. Como ejemplo de esta regla podemos citar aquel caso en que una persona condenada a prisión perpetua, comete un nuevo delito, vendiendo 20 gr de marihuana a otra persona. En el presente caso, la búsqueda de la pena primera, minimiza la segunda. (Hairabedián, 2017).

5) Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido:

Llegamos a la regla más importante para nuestra investigación, aquella que hace referencia a la aplicación de criterios de oportunidad, debido a la resolución alternativa del conflicto. Y a nuestro parecer la que más características de justicia restaurativa brinda. Ya que implica que tanto como ofensor como ofendido participen en la búsqueda de la resolución del conflicto. Es decir, por un lado el Estado no desplaza a la víctima, y por otro lado, los protagonistas buscan una solución en conjunto.

.Al momento de la reforma del código procesal penal (ley 10.457), y ante esta regla, surgía una duda. La ley de mediación hasta el momento (ley 8858), excluía la mediación en procesos penales. Pero hoy podemos decir que al año siguiente (2018) se promulgó la nueva ley de mediación de la provincia de Córdoba (ley 10.543). Donde en su art. 6 establece las exclusiones,

1) Procesos penales. Sólo el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querrela están facultados a derivar el caso penal a mediación. Pueden hacerlo cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y la Ley No 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- lo habilite. (Art. 6, ley 10.543).

Por último con respecto a ésta regla, podemos decir que ya existieron casos jurisprudenciales en la provincia de Córdoba, donde se utilizó la mediación para la

suspensión del juicio a prueba, por ejemplo. Casos que fueron resueltos antes de la incorporación de las reglas de disponibilidad de la acción penal (año 2017), y de la nueva ley de mediación (año 2018).

En particular podemos nombrar como ejemplo nuestro leading case, el caso “Rojas”, del año 2006. Que desarrollaremos con mayor extensión en apartados siguientes.

La legislación provincial actual (Ley 10.543) hoy permite la mediación penal, en donde el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querellas son los sujetos facultados para derivar el conflicto penal a mediación.

6) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

Finalmente, llegamos a la última regla de disponibilidad de la acción penal establecida en el art. 13 bis del código procesal penal. La misma hace referencia nuevamente a una condición del imputado. Pero ésta vez no es una condición procesal del imputado, como por ejemplo lo fue la segunda y la cuarta regla, referida a situaciones procesales determinadas (participación, expectativa de la pena etc...). Sino, más bien, nos refiere a una condición particular y personal, relacionada a su salud.

En este caso se establece la posibilidad de disponibilidad de la acción penal, ante la gravedad del estado de salud del imputado. Considerando el Decreto Reglamentario N° 344/08, de adhesión a la ley nacional N° 24.660, sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad. Más específicamente en su anexo III, refiere:

Artículo 2: A los efectos del Artículo 33 de la Ley Nacional N° 24660, se considerará enfermedad incurable en período terminal aquella que, conforme a los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis (6) meses. A tal fin, se aplicarán los criterios generales vigentes en las distintas especialidades médicas de la Provincia. (Art. 2, anexo III, Decreto Reglamentario N° 344/08)

Es de suma importancia, el presente reglamento a la hora de establecer a qué se considera enfermedad terminal, y en razón de ello, la procedencia de la disponibilidad de la acción penal. Dicho decreto reglamentario nos brinda una solución al respecto, guardando consonancia con lo establecido en la legislación nacional referido a la prisión domiciliaria.

Por último, la tercera parte del art 13 bis, hace referencia a una cuestión muy importante, que es lo referido a la posibilidad de reclamo ante la decisión de no procedencia de criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público. Y el análisis ante la imposibilidad de encontrar a la persona (imputado). Al respecto, el artículo considera:

La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo.

Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna.” (Art. 13 bis, Ley 10.543).

Finalmente, nos resulta de importancia destacar que art 13 ter, determina los casos excluidos. Es decir, enumera y analiza los casos en donde la disponibilidad de la acción es nula. Sin duda, servirá de herramienta para determinar posibles criterios a tener en cuenta para enviar un conflicto penal a mediación (cuestión que hace referencia a unos de los objetivos de la presente investigación). O más bien, poder determinar sobre qué casos no se puede disponer de la acción penal, y corresponde iniciarla como establece la regla.

En razón de ello, la ley 10.457 establece que son siete los casos excluidos, como se detalla a continuación:

El primer caso hace referencia a los funcionarios públicos. Es decir que no se podrá aplicar reglas de disponibilidad de la acción penal, en los casos donde el autor sea un funcionario público y el delito esté relacionado con el abuso de ese cargo.

Al respecto Hairabedián comenta, que la norma implica que se cumplan con dos requisitos fundamentales, en primer lugar, que el autor sea un funcionario público, y

el segundo que debe analizarse si el delito está relacionado al ejercicio abusivo. (2017).

El segundo caso, hace referencia a que el hecho bajo análisis, haya producido una afectación al interés público. Y se considera ésta afectación cuando corresponde por ejemplo una pena de ejecución efectiva. También cuando conste que se trate de un delito de criminalidad organizada, y, por último, la relación de desigualdad que pueda surgir entre la víctima el autor del delito. Éste último aspecto resulta lógico, ya que es imposible pensar en una conciliación, cuando por ejemplo el imputado ejerza poder económico con la víctima, y de esto podría resultar un desequilibrio en la neutralidad necesaria para la resolución del conflicto, y que se aproveche de esto.

El tercer caso, implica que no se podrá aplicar criterios de oportunidad con el imputado, cuando éste ya hubiera gozado de la aplicación de criterios de oportunidad o tenga antecedentes penales.

El cuarto caso, hace referencia a un aspecto de las normas internacionales. Establece que no se podrá disponer de la acción penal, cuando el hecho esté contrario a preceptos que se se garantizan en tratados de Derechos humanos, que estén suscriptos por nuestro país.

El quinto caso, nos indica que los delitos que tengan como pena la inhabilitación en cualquiera de sus formas, no podrán gozar de criterios de oportunidad. Salvo que se trate de delitos culposos.

El sexto caso, hace referencia a que no se podrán disponer de la acción en cuestión, cuando el delito esté relacionado a violencia doméstica o de género. En consonancia con el avance a nivel legislativo con respecto a la igualdad de género, y protección hacia las mujeres. Que resulta vital en la justicia y que ha sido relegado por muchos años.

El séptimo caso y última exclusión nos indica: cuando se tratase de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumirlos. Con respecto a la primer parte de la prohibición hace referencia al menos como víctima, y el segunda aspecto de la prohibición cuando se utilice al menor para cometer un delito, que tienen una pena mayor según nuestra máxima norma penal. (Hairabedián, 2017).

Para finalizar este apartado es importante destacar la importancia de la reforma del código de procedimiento penal en la provincia de Córdoba del año 2017. Importancia que se ve reflejado en la incorporación de varios institutos e implementación de principios.

En lo que respecta a nuestro tema de investigación, es decir, a la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa, la incorporación de criterios de oportunidad (principio de oportunidad), muestra un progreso significativo, en lo que respecta a la mejora legislativa sobre las nuevas formas de tratar los conflictos penales. Brindando garantías acordes a los desarrollados en ordenamientos legales de otros países (Derecho comparado), y principalmente, guardando una misma política en lo que respecta a otras provincias de la Argentina.

Meses después de ésta reforma, se produce otro acontecimiento importante para nuestro objeto de investigación. La promulgación de la nueva ley de mediación, ley 10.543. Que la desarrollaremos extensamente, en el apartado siguiente.

2. 3. Antecedentes de la de mediación penal, con la reforma de la ley de mediación de la Provincia de Córdoba.

En lo que respecta a la mediación en general, la primera experiencia Siguiendo la misma línea que la ley 24.573, a nivel local en el año 1998, se produce una experiencia piloto en las ciudades de Córdoba y Villa María, que posteriormente, se confirma con la promulgación de la ley 8.858 en el año 2.000.

Con respecto a la ley 8.858, en su art. 1 establece claramente su ámbito de aplicación:

INSTITÚYESE 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. (Art. 8, Ley 8.858, 2000)

Notamos en su primer artículo, la necesidad de dar a conocer este novedoso procedimiento en el ámbito local, y por otro lado hacer referencia al significado de la mediación, definiéndose como un método no adversarial de resolución de conflictos.

Inmediatamente en su art 2 y 3 establece las exclusiones correspondientes. En primer lugar, el art 2 trata sobre las exclusiones en los casos civiles (causas donde se solicite beneficio de litigar sin gastos, causas cuyos montos no superen los 204 jus etc...).

Posteriormente, en su art. 3 establece la exclusión correspondiente a las causas penales, indicando: “Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal.” (Art. 3, ley 8858). Al respecto, al igual que en su par nacional (ley 24.573), por el ámbito histórico, cultural, social etc... no se lograba salir del sistema marcado por el principio de legalidad.

Sin embargo, surgían señales sobre la posibilidad de la mediación penal. Esto lo podemos notar por los cuestionamientos que iban surgiendo por parte de los doctrinarios o especialistas. Todos ellos pretendían responder a la siguiente pregunta: ¿es posible la mediación de las conflictos penales?.

Desde el punto de vista local, también ha surgido la pregunta sobre si es posible mediar en materia penal. Al respecto, y luego de realizar un análisis detallado la Dras. Gudiño Pinto y Hillman, (2000), ambas de excelente trayectoria en el ámbito procesal penal en nuestra provincia, nos hablan sobre una puerta abierta a la mediación penal.

Tal es así que establecen la siguiente ponencia: “Sugerimos la incorporación de la mediación penal en los casos previstos por el actual art. 132 del Cód. Penal, con los alcances explicados precedentemente, en las leyes de procedimiento de las Provincias”. (p.11).

Debemos tener en cuenta que el análisis realizado por las autoras, responde a un contexto histórico diferente al actual, donde obviamente no era posible la mediación penal, y por ello surgía la necesidad de reflexionar sobre su incorporación a los códigos de procedimientos provinciales.

En cuanto a los alcances que hace referencia la ponencia en cuestión, y que las autoras manifiestan, se refieren a los siguientes:

No sólo conviene a la pacificación en cuanto resuelve un conflicto de manera no adversarial, sino que también es instrumento valioso para

diversos resortes del sistema penal, tales como la determinación de la pena, su suspensión, o la suspensión misma del proceso, siendo que se facilita la reinserción del autor a la sociedad, sin el menoscabo por parte de la víctima; toda vez que se cumple con la reparación debida sumado a las cláusulas del acuerdo logrado que son muy provechosas para fijar las pautas de conductas futuras a seguir por el autor. (p. 11).

Seguidamente, y avanzado en el tiempo, nos situamos en el año 2018. Y más precisamente en la promulgación de la ley 10.543. Es decir, donde surge la incorporación de la posibilidad de mediación penal, con la reforma de la ley de mediación.

En consonancia con la reforma del código de procedimiento penal de la provincia del año 2017, donde se incorporan criterios de oportunidad o disponibilidad de la acción penal (cuestión que hemos analizado en apartados anteriores). Surge ésta nueva normativa que implica, la puesta en marcha al fin, de la posibilidad de la mediación penal en la provincia.

La ley 10.543, fue publicada en el boletín oficial el miércoles 6 de junio del 2018, para ser puesta en vigencia el 1 de Noviembre del mismo año. Con el fin de aplicarse gradualmente, es por ello, que la primera etapa de aplicación corresponde a las ciudades de la Capital y Río Cuarto.

En su art 6, la nueva normativa establece las exclusiones:

Quedan excluidas del ámbito de la mediación previa y obligatoria las siguientes causas: 1) Procesos penales. Sólo el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querrela están facultados a derivar el caso penal a mediación. Pueden hacerlo cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- lo habilite. (Art. 6, Ley 10.543. 2018).

Es decir que la ley excluye a las mediaciones penales de forma previa y obligatoria (es la regla). El fiscal de la causa o Juez (querrela) pueden considerar enviar a las

partes a mediación. (Excepción). Podemos constatar entonces que la normativa adopta el principio de oportunidad reglado.

Cabe realizar una aclaración al respecto del art. 6, es que al final del párrafo antes descrito, realiza una aclaración. Que de alguna manera la decisión por parte del funcionario judicial de pretender resolver el conflicto por ésta vía, debe estar acorde lo establecido en la ley N° 8.123, que como ya desarrollamos fue reformada por la ley 10.457 en el año 2017.

Sin dudas, que, en concordancia con lo establecido en la reforma del código de procedimiento penal, la nueva ley de mediación constituye a nivel penal, un reflejo de la justicia restaurativa. Reflejado en su interés, por la participación de la víctima en el proceso (y no en su exclusión, como el sistema clásico), el compromiso del ofensor o autor del delito, la garantía de la aplicación del principio penal de mínima intervención, entre otros.

Y como hemos dicho anteriormente, la mediación penal constituye una de las formas en donde la justicia restaurativa se expresa.

2. 4. Criterios de justicia restaurativa en las reformas del código procesal penal y ley de mediación de Córdoba.

En éste apartado del capítulo 2, trataremos de identificar los criterios de justicia restaurativa que se ven reflejados en las novedades legislativas que son objetos de análisis para ésta investigación, es decir: El código procesal penal de la provincia de Córdoba (ley. 10.457), y la ley de mediación de la provincia de Córdoba, (ley. 10.543).

Para ello en primer lugar, tomaremos como referencia los criterios de justicia restaurativa, es decir, la visión y principios que busca, éste nuevo paradigma en la resolución de conflictos penales. Nos ayudaremos por lo establecido por las autoras Highton y Álvarez (2004), como Objetivos del enfoque restaurativo y herramientas para lograrlos:

1- Garantizar la protección y seguridad de la comunidad: en primer lugar surge éste objetivo o criterio, considerando que el delito no sólo constituye una ofensa personal, sino también social. Es por ello, que uno de sus objetivos se centra, mediante la participación ciudadana resolver el conflicto.

En esa línea, las autoras antes nombradas nos dicen: “*Se intenta obtener la construcción de sentimientos de seguridad en la comunidad y un aumento de confianza en la supervisión comunitaria.*” (Highton, E, Álvarez, G. 2004, p.85). Podemos afirmar entonces que por un lado, la justicia restaurativa intenta proteger a la sociedad del delito, al considerar que daña no sólo al damnificado, sino, a la comunidad en su conjunto. Y por otro lado hace partícipe a la comunidad en la solución del conflicto.

Con respecto a lo establecido en el código de procedimiento penal, ésta característica lo podemos establecer en sus exclusiones, ya que con el fin de garantizar la protección de la comunidad, la norma no permite aplicar criterios de disponibilidad de la acción penal “cuando *el hecho haya producido una afectación al interés público*” (Art. 13 ter, inc. 2. Ley 10.457). Es decir, cuando se trate de criminalidad organizada, abuso de menores, en un contexto de violencia de género etc...

2- Lograr que el infractor se responsabilice ante la víctima:

En relación a ello, una de las características que presenta la justicia restaurativa, es que trata de no excluir a ninguno de los protagonistas, llámese ofensor u ofendido. Es por ello que busca que el infractor se esfuerce para restaurar el daño causado a la víctima.

Con respecto a la ley de mediación, como su nombre lo indica, su esencia consiste en que el ofensor se esfuerce por buscar formas restaurativas del daño causado. Es por ello que la misma ley establece la posibilidad de que “*en los procesos penales, el fiscal o el juez en los procesos de querrela, estén facultados a derivar al caso a mediación*”. (Art 6, inc. 1, ley 10.543). Por otro lado, también en su art. 3 se establece sus requisitos, principalmente el de comunicación directa entre las partes.

Por su parte, el código procesal penal también considera dicho criterio al establecer, que 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. Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las

mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido. (Art. 13 bis, ley 10.457).

Es por eso que, los órganos encargados de administrar justicia deben asegurar que existan recursos para que el ofensor pueda realizar la reparación del perjuicio. (Highton, E, Álvarez, G. 2004).

2. 5. Ventajas y posibles inconvenientes que puedan surgir, en el proceso de selección de conflictos mediables penalmente.

En ésta última parte del capítulo 2, desarrollaremos las posibles ventajas e inconvenientes que puedan surgir de una mediación penal. Para ello iniciaremos, en primer lugar, con los inconvenientes.

Cuando hablamos de inconvenientes, hacemos referencia a aquellas que cuestionan la mediación penal. Es decir, aquellos factores que no se deben perder de vista a la hora de estudiar un conflicto penal. Y considerar su resolución mediante una instancia de mediación. Analizaremos cada uno de ellos:

a) La realidad del ofensor. Muchas veces no se debe perder de vista la realidad del ofensor. Ya que con el afán de ante un determinado conflicto, poder resolverlo, sin que medie pena privativa de la libertad. El carácter de reflexión de la justicia restaurativa, se ve opacado, por la necesidad de no ser castigado, mediante el sistema tradicional.

Al respecto Highton, Álvarez, y Gregorio (1998) nos explican: “*La participación del infractor puede no ser voluntaria desde el momento en que pende sobre él la amenaza de la pena; es posible que los derechos del ofensor terminen implícitamente vulnerados*” (p. 205). Es decir, que no debe perder de vista la realidad del imputado con respecto, a la voluntariedad de iniciar un proceso restaurativo. Ya que es de suma importancia, su compromiso, voluntad y participación, para enmendar el conflicto ocasionado.

b) Diferencias de poder ofendido-ofensor: Otro aspecto a considerar al estudiar un conflicto susceptible de mediación penal, consiste en la diferencia

de poder: económico, psicológico etc... Entre ofensor y ofendido. Esto resultaría, un desequilibrio, y contaminación de las intenciones verdaderas de la justicia restaurativa. Que persigue que ambas partes de vean beneficiadas por el acuerdo. Ante ésta situación y parafraseando a Highton, et al. (1998) pueden ocurrir tres situaciones:

Por un lado, que se recomiende la participación de las audiencias con un asesor letrado, que de alguna manera sugiere cuando una de las cláusulas es abusiva. Por otro lado, y cuando la desigualdad de poder es extrema. Se recomienda, conglomerar por ejemplo a los ofendidos, para hacer frente equitativamente al ofensor. Y por último, cuando la desigualdad sea muy evidente, y no se encuentre solución al respecto: desestimar la mediación, e instar a una instancia jurisdiccional tradicional.

c) Desconocimiento del método: Este último inconveniente, se encuentra relacionado a algo más general. Y tiene que ver con el desconocimiento o ignorancia sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos penales. Y está relacionado a la resistencia por parte de los protagonistas del conflicto (ofendido-ofensor), de los operadores de justicia (abogados), pero principalmente de los órganos encargados de administrar justicia. (Fiscales, jueces).

Dicha resistencia, de considerar la mediación un medio para resolver conflictos penales, resulta muchas veces de la idiosincrasia, las reglas procesales, la cultura que se tiene sobre el conflicto en una sociedad determinada. Esto nos lleva a pensar que muchos casos susceptibles de mediación, se sumergen en el mundo jurisdiccional, sin ningún tipo de análisis previo, con todo lo que ello implica.

Con respecto al aspecto cultural antes nombrado Highton et al. (1998), afirman *“Las partes tienen cierta predisposición a buscar reivindicación y venganza o deseos de probar que el otro actuó equivocadamente”*. (65).

Finalmente nos referiremos a las ventajas de la aplicación de la mediación penal. Como hicimos referencia en apartados anteriores. Son muchos los beneficios que se asocian a éste método alternativo de resolución de conflictos. Entre ellos podemos nombrar:

a- En relación al ofendido: rapidez en la resolución del conflicto, y respuesta a sus verdaderos intereses. Proceso más económico con respecto al sistema jurisdiccional que implica gastos exorbitantes, produciendo muchas veces re victimización. Participación en la búsqueda de las soluciones al conflicto, resultando la apropiación, y descartando la expropiación (por parte del Estado).

Los autores Highton et al. (1998) destacan un aspecto, entre su tantas ventajas *“La mayor probabilidad (cuatro veces superior de acuerdo a estudios) de que la indemnización se pague efectivamente”*. (p. 212).

b. En relación al ofensor: Entre las ventajas que se pueden destacar con respecto al ofensor encontramos: Participación en la búsqueda de soluciones al conflicto ocasionado. Compromiso en su propio proceso de restauración, brindándose una oportunidad para cambiar aquellos actos indebidos, y no volverlos a cometer.

Por su parte, y en relación al ofensor, Highton et al. (1998) consideran que su participación en el proceso de restauración, implica un cambio de imagen. Ya que le permite visualizar su parte humana, con todo lo ello implica (historia, sentimientos, etc...) que lo aleja de la imagen de bestia o engendro criminal.

c. En relación comunidad: En este aspecto debemos tener en cuenta que la visión de la justicia restaurativa, comprende al delito no sólo como una afección individual particular al ofendido. Sino, también a la sociedad en la que se desarrolla. Es por ello que resulta de mucha importancia la participación comunitaria, formando redes de contención, a las soluciones aportadas en la mediación.

Por otro lado, un conflicto penal solucionado trae como resultado: buena predisposición para resolver futuros conflictos similares. Y especialmente un aspecto muy importante *“El otorgamiento de un marco apropiado para mantener la paz en la comunidad”* (Highton et al., 1998, p. 203).

d) En relación al sistema judicial: Un aspecto importante es la economía procesal, reflejado en los gastos económicos y humanos que se ahorran al resolver un conflicto por una vía alternativa. Celeridad en los procesos, verdaderamente necesitados de una actuación jurisdiccional, debido a que los

órganos encargados de administrar justicia contarán con el tiempo necesario para resolver ese tipo de conflictos.

Con respecto a ello queremos destacar, que en la Provincia de Córdoba los procesos de mediación penal han ido en aumento.

Particularmente en el últimos dos años. Debido a las novedades legislativas nombradas en apartados anteriores. Nos estamos refiriendo a la incorporación de criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal de la Provincia (año 2017), y la puesta en vigencia de la nueva ley de mediación (año 2018).

Esto se ve reflejado por ejemplo en los 363 casos ingresados al centro judicial de mediación de la Provincia de Córdoba, que representan el 2.22 % del total de casos considerando todos los fueros. (Ver anexo I, cuadro N°1).

Por otro lado, considerar el alto grado de acuerdo que se logró el año pasado por ese organismo. 109 casos con acuerdo, representando casi un 30% del total de casos penales que fueron remitidos al centro. (Ver anexo I, cuadro N°2). Sin dudas una ventaja insoslayable al sistema de justicia.

Y finalmente otro aspecto muy importante *“El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de un sistema de justicia criminal o juvenil, como resultado del compromiso y participación de víctimas y voluntarios”*. (Highton et al., 1998, p. 204).

Conclusión parcial

A modo de cierre del presente capítulo. Podemos indicar que se trató casi exclusivamente de un desarrollo legislativo. En el mismo pudimos ver el extenso recorrido llevado a cabo por el código procesal de la provincia de Córdoba, desde su comienzo, hasta su situación actual.

Tanto la ley de mediación como el código procesal penal, con su reciente reforma, pretenden asegurar criterios significativos de la justicia restaurativa, como ser: Acelerar los procesos de resolución de conflictos, buscar la economía procesal, judicializar las causas que requieran dicho proceso, capitalizar los recursos del sistema judicial, entre otros.

En referencia a ello, Enrique Buteler (2017), nos explica claramente que son *“Criterios necesarios para racionalizar y transparentar ese proceso de selección real de lo que se castiga, ordenándolo hacía una política de persecución penal más transparente y eficaz”*. (p. 43).

De acuerdo a lo establecido en el presente capítulo, sin lugar a dudas (a nivel local), fueron dos los acontecimientos que marcaron el camino legislativo apropiado para la mediación penal. Por un lado, en el año 2017 la reforma del código procesal. Y por otro lado en el año 2018, la puesta en vigencia de la nueva ley de mediación. La primera incorporó criterios de oportunidad, y la segunda estableció la posibilidad de mediación (a consideración del fiscal y juez).

Las excepciones enumeradas a la disponibilidad de la acción penal, nos brindan información de suma importancia a la hora de valorar un conflicto de índole penal. Ya que nos permiten inferir aquellos casos en donde la mediación penal no sería conveniente.

Tanto en el nuevo código procesal penal de la provincia, como en la nueva ley de mediación se constatan criterios significativos de justicia restaurativa. Indicando (como dijimos en el capítulo anterior), el intento de un nueva forma de resolver los conflictos penales.

Finalmente, el análisis de las ventajas y desventajas que pueden surgir del proceso de selección de conflictos mediables penalmente, nos brinda una mirada más realista,

sobre lo que sucede más allá de la legislación. Permitiéndonos tener una mirada crítica a la hora de analizar un conflicto penal determinado.

CAPÍTULO 3: Mediación penal: análisis de la jurisprudencia de la Provincia de Córdoba.

En el presente apartado realizaremos un recorrido por la jurisprudencia a nivel provincial sobre la mediación penal. Para ello, iniciaremos el camino partiendo con el análisis de nuestro leading case (caso que representa nuestro punto de referencia) o caso principal: El caso Rojas.

Seguidamente, presentaremos diversos casos jurisprudenciales, con el fin de poder: por un lado identificar los criterios para derivar un conflicto penal a mediación. Y por otro lado, describir cuales son aquellos delitos que son susceptibles de mediación penal, elaborando una propuesta de clasificación de delitos con posibilidad de mediación

3. 1. El leading case: “El caso Rojas”

Cuando hacemos referencia al leading case en materia de investigación, y más precisamente relacionado al mundo jurídico. Hacemos alusión al caso principal (por su traducción del inglés), o al caso que representa el punto de referencia, sobre el problema que se plantea a nivel jurídico.

El leading case generalmente implica un cambio en la línea de dirección en la jurisprudencia, es por ello, que siempre es de vital importancia identificarlo al realizar una investigación. Para nuestra investigación el leading case lo constituye “el caso Rojas”, ya que, en el mismo, se identifican varios elementos novedosos para el momento legislativo en el que se desarrolló, así lo afirma el Dr. Cafferatta Nores, J. (2007), en su nota al fallo:

La decisión que anotamos está destinada, sin dudas, a ser considerada un “precedente”. Ello así pues avanza enjundiosa y decididamente en relación con varias cuestiones de actualidad, fijando posición no sólo sobre la naturaleza y fines de la “probation”, sino y principalmente acerca del momento procesal en que puede ser dispuesta (apartándose incluso de la postura del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia

–S. N° 17, 12/4/03–), y la incorporación del instituto de la “mediación” a la cuestión penal propiamente dicha. (Revista semanario jurídico. N° 1601. Cuadernillo 95)

El caso en cuestión, tiene como carátula: Juz. Control N° 6. Cba. 7/12/06. AI N° 259. “Rojas Matías Miguel psa. Robo calificado por efracción, etc.”. En cuanto a dichos datos, podemos constatar que se trata de un caso de robo, con la particularidad de haber sido realizado por efracción. (Art 167. inc. 3 y 164).

En cuanto a las características del hecho en sí mismo, se trata de un delito de acción pública que data del año 2006. En donde se acusa al Sr. Rojas de ingresar a un negocio, rompiendo una de las puertas, y sustraer objetos varios (DVD, mercaderías). Los damnificados del mismo, resultan ser los señores: Heredia, y González.

Así las cosas, se llevó a cabo la investigación penal preparatoria a cargo de la fiscalía distrito 2, turno 2. Cumplida la investigación, el fiscal de instrucción solicita la elevación a juicio de la presente causa (quedando firme la acusación). Por su parte, el asesor letrado de Rojas, instó la suspensión del trámite procesal. Fundamentando que se cumplían con las condiciones formales y sustanciales para el mismo.

Es allí que juega un papel muy importante el juez de control, que según establece el fallo: “Tiene competencia material para resolver sobre la suspensión del juicio a prueba aunque no se hubiese solicitado el juicio abreviado inicial”. (AI N° 259 del 07/12/06.). Es así, que el juez de control (El Dr. Spina Gómez) estudiando el caso en cuestión, considera la posibilidad de establecer la suspensión del juicio a prueba.

Es importante recordar algunos aspectos del instituto de suspensión del juicio a prueba, para poder comprender el presente caso. El mismo se encuentra establecido en el art. 76 bis del código penal, el mismo prescribe: “*El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.*”. (Art. 76 bis, Código Penal Argentino).

Básicamente, consiste en un instituto que se encuentra establecido en nuestro ordenamiento penal máximo, para evitar que determinados procesos penales

concluyan en penas privativas, de acuerdo a diferentes motivos y bajo ciertas condiciones.

En esa línea, y haciendo referencia a la suspensión del juicio a prueba, el fallo establece: “ *Que el instituto penal en examen recepta estos últimos principios, que aspiran a solucionar el conflicto con pautas menos aflictivas y estigmatizantes que la pena de encierro, consolidándose –conforme a ellos– en la jurisprudencia local la denominada “tesis amplia”.* (AI N° 259 del 07/12/06).

Con referencia a éste último, el fallo hace referencia a la tesis amplia, sintéticamente indica los requisitos para que proceda el instituto. Así las cosas, por un lado se encuentra la tesis restringida y por otro la tesis amplia.

En cuanto a la primera, se establece que para que proceda el instituto, se requiere lo que establece el código penal en su art 76 bis, es decir: delito de acción pública, cuyo máximo no exceda de tres años, y consentimiento fiscal. Por su parte, la tesis amplia considera, que dichos requisitos se pueden cumplir en forma separada. Es decir, que si se cumplen alguno de ellos en forma independiente, el instituto encuentra su procedencia.

Continuando con el análisis del fallo. Una vez evaluada la posibilidad de la suspensión del juicio a prueba, y dando los fundamentos adecuados, el tribunal propicia una instancia de mediación entre las partes. Es decir, se seleccionó un método alternativo para buscar solucionar el conflicto bajo análisis. De dicho procedimiento se obtuvo los siguientes resultados:

1. El imputado (Rojas): Ofreció disculpas a los damnificados.
2. Se comprometió a pagar la suma de \$ 300, en cuotas mensuales de \$30.
3. Con respecto a los efectos sustraídos, se recuperaron todos (a excepción del DVD).

Por lo que el Juez de control resuelve suspender el juicio, por el tiempo de 3 años, determinando las reglas de conducta a cumplir por el imputado Rojas, como se detalla a continuación:

1. Fijar y mantener domicilio, que no podrá variar sin conocimiento previo del Tribunal; 2. Someterse a la Dirección del Departamento de

Reinserción Social del Liberado; 3. Abstenerse de consumir estupefacientes y de abusar en el consumo de alcohol; 4. Concurrir a este Tribunal entre los días uno y diez de cada mes; 5. Depositar mensualmente en la Sucursal Tribunales del Banco de la Provincia de Córdoba, a la orden de este Tribunal y como perteneciente a estos autos, la suma de \$500, en 10 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de \$50, la primera el día 7/2/07 y las demás en igual día (o al siguiente hábil) de los meses que le siguen, con destino al pago a las víctimas del resarcimiento estimado; 7. Adoptar, a la brevedad, oficio adecuado a su capacidad; 8. No ausentarse por más de tres días consecutivos del lugar de su domicilio sin la previa autorización del Tribunal. (AI N° 259 del 07/12/06).

Hasta allí la descripción de nuestro leading case. Se trató entonces de un hecho de robo calificado por efracción, en donde la acusación fiscal se completó y quedó firme.

Antes de iniciar el proceso jurisdiccional, el juez de control, consideró, de acuerdo a determinados fundamentos, suspender el juicio a prueba por el tiempo de 3 años. Aplicando al caso una solución alternativa, que consistió en una mediación penal, donde se envió una instancia mediadora a los damnificados e imputado. Dicha instancia se desarrolló en el centro judicial de mediación, en la ciudad de Córdoba, con la colaboración de los mediadores Francisco A. Cuenca Revuelta y Diana Zenarruza.

Ahora bien, es de vital importancia analizar el caso, e identificar los fundamentos esbozados por el juez de control para enviar éste caso particular a mediación. Y de esa manera convertirlo en un caso de referencia para el ámbito jurisprudencial referido a la mediación penal.

A continuación, realizaremos un cuadro donde detallaremos los criterios considerados por el Juez de control para enviar a las partes a mediación. Y que a

nuestro entender, tiene estrecha relación con los fundamentos de la justicia restaurativa.

CASO: Juz. Control N° 6. Cba. 7/12/06. AI N° 259. “Rojas Matías Miguel psa. Robo calificado por efracción, etc.”	
Criterios identificados en el fallo	Fundamentación
1) Economía procesal	<p>Entre sus fundamentos, el fallo indica “<i>que en los casos de escasa complejidad debe favorecerse la celeridad en la resolución del conflicto – acortando la distancia entre el tiempo de comisión del hecho y la sentencia– y un mejor aprovechamiento de los recursos judiciales</i>” (AI N° 259 del 07/12/06).</p> <p>Con respecto a éste punto, es indiscutible que el fallo utiliza como fundamento el principio de la economía procesal. Al suspender el juicio a prueba y buscar, un método alternativo para la resolución del conflicto enviando a las partes a la mediación. Y de esa forma descongestionar los tribunales y aprovechar los recursos judiciales.</p>
2) Mínima intervención- subsidiariedad	<p>El fallo establece: “<i>no existe óbice para que pueda proveer a la aplicación de estos mecanismos menos lesivos atento los principios de mayor jerarquía jurídica (“mínima intervención”, “subsidiariedad”</i>”. (AI N° 259 del 07/12/06).</p> <p>En relación a ello, y como lo establecimos en apartados anteriores. El derecho penal debe aplicarse en última instancia (cuando no existan medios para resolver el conflicto). Por lo que rige el principio de mínima intervención, que dispone que el derecho penal debe aplicarse en última instancia o última ratio.</p> <p>Relacionándose con el principio de economía procesal, ya que aplicando debidamente el principio de mínima intervención, se capitalizarían los recursos judiciales para los casos realmente graves.</p>
3) Reinserción del imputado	<p>Al respecto el fallo señala “<i>Que el instituto penal en examen recepta estos últimos principios, que aspiran a solucionar el conflicto con pautas menos aflictivas y estigmatizantes que la pena de encierro, consolidándose – conforme a ellos– en la jurisprudencia local la denominada “tesis amplia”</i>”. (AI N° 259 del 07/12/06).</p> <p>Sin lugar a dudas que éste segmento del fallo tiene vestigios de justicia restaurativa. Ya que, uno de los objetivos de éste paradigma, (relacionado con el ofensor) es brindarle una posibilidad para reinsertarse a la sociedad (cumpliendo determinadas condiciones), y no perseguir el delito con fines vengativos (justicia retributiva).</p>

	<p>Al respecto, recordamos desde el aspecto doctrinario, lo establecido por la Dra. Aida Kalmelmajer de Carluchi (2005) sobre la justicia restaurativa "<i>La variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional</i>". (p. 10).</p> <p>A su vez también, hace partícipe al imputado en buscar la solución al conflicto por él generado. Logrando: voluntad, compromiso, y muestra de arrepentimiento por el conflicto ocasionado.</p>
<p>4) Participación de la víctima u ofendido</p>	<p>En relación a éste criterio, en el fallo se describe:</p> <p><i>“Estimo que en la solución jurídica de este caso deben considerarse – también– primordialmente, los fines político-criminales subyacentes al instituto”.</i> (AI N° 259 del 07/12/06). Y a continuación indica que uno de los aspectos es atender a los intereses de la víctima.</p> <p>Consideramos que éste aspecto, es uno de los más sobresalientes con respecto a los aportes de la justicia restaurativa a los conflictos penales.</p> <p>Ya que permite que la víctima, también sea parte del proceso de búsqueda de solución, escuchándola, y no excluyéndola como el sistema tradicional.</p> <p>Recordemos, que la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa, permite al ofendido apropiarse del conflicto, participando de él, buscando una respuesta que le convenga. Y no resultar ser expropiada por el Estado de su propio conflicto.</p> <p>En la misma línea, en su apreciación sobre el fallo en cuestión el Dr. Cafferata Nores J. (2007) nos comenta que: es bueno motivar la aplicación de la mediación penal, para intentar aproximar técnicamente a las partes, y lograr un acuerdo entre ambos.</p>

3. 2. Presentación de casos jurisprudenciales, en el ámbito de la mediación penal en Córdoba

A continuación, analizaremos diversos conflictos penales, en donde se consideró enviar a las partes a mediación. Para ello se utilizará la misma metodología que en leading case “el caso Rojas”. El objetivo es poder identificar en cada decisión judicial, elementos que nos puedan servir como parámetro, para establecer: cuándo un delito es susceptible de mediación penal.

Es importante para ésta investigación, analizar diversas tipicidades de delitos, de manera de poder tener una mirada más amplia sobre los criterios que surjan de cada elemento jurisprudencial. Debemos recordar, que cuando hablamos del caso Rojas

(en el apartado anterior), se trataba de un robo calificado por efracción. Por lo que la idea, es poder analizar delitos con estructuras típicas distintas en cada caso.

Es por ello que analizaremos en éste apartado 3 casos, para lograr el objetivo propuesto. El primer caso consiste en un auto de admisión de querrela dictada por la cámara en lo criminal y correccional 2a nominación, sección 3. Es decir, estamos frente a un supuesto de delito de acción privada. Por un caso de calumnias e injurias que data del año 2017, que presenta la siguiente carátula: “Querrela presentada por Trento Santiago Ariel contra Fenosi María Agustina, Cuevas Camila Nathalie y Cuevas Jorge Daniel por injurias” (Expte. 7467856).

Breve relato del caso: En líneas generales, el conflicto surge entre la Sra Cuevas y el Sr. Trento. La primera solicita el servicio del segundo (veterinario y dueño de la veterinaria Acuario), para la atención de su perra (una ovejero belga). Tras realizarle un diagnóstico del animal, su atención e internación, al cabo de unos días finalmente la perra fallece.

Por lo que la Sra. Cuevas días después, y por medio de la red social Facebook. Realiza unas publicaciones con manifestaciones deshonrosas e injuriantes contra el sr. Trento y su veterinaria. Posteriormente, el padre de Cuevas también lo hace por medio de un grupo de whatsapp (Correspondiente a la comunidad donde viven los protagonistas del conflicto). Por otro lado una amiga de Cuevas (la Sra. Fenosi) comenta la publicación de Cuevas, agregando comentarios injuriantes contra la veterinaria y la mujer de Trento.

Así las cosas, se genera dicho conflicto, en donde el Sr. Trento inicia acciones legales contra todos los nombrados (Cuevas, su padre, y Fenosi) por injurias. Éste caso llega a conocimiento directamente de la cámara en lo correccional y criminal N° 2 (Por tratarse de un delito de acción privada).

Tras analizar el caso, la cámara antes nombrada establece en su considerando: admitir solamente la querrela por Derecho propio contra la Sra. Cuevas y su padre (el sr. Jorge Cuevas), analizando la procedencia de la citada querrela, con respecto a los sujetos activos y pasivos correspondientes.

Ahora bien, hasta aquí parecería tratarse de un conflicto penal tradicional. En el cual se solicita la intervención jurisdiccional por una pugna de instancia privada. Sin

embargo, en la admisión de la querrela la Camarista (Traballini Mónica Adriana), muy oportunamente detalla lo siguiente:

Asimismo, atento a tratarse de un delito de acción privada, a la naturaleza del conflicto y las innegables ventajas de una modalidad compositiva de solución, estimo conveniente invitar a las partes a concurrir al Centro Judicial de Mediación del Poder Judicial para una conclusión pacífica y ágil de la disputa. Considero además oportuno hacerlo previo a la audiencia de conciliación, pues estimo que la intervención de mediadores especializados será facilitadora de un eventual acuerdo. (Cámara en lo criminal y correccional 2da nom.- Sec.3. Protocolo de Auto. No Resolución: 120 Año: 2018 Tomo: 1 Folio: 193-197).

Si bien, es todo lo que el auto de admisión de querrela establece con respecto a la fundamentación, de enviar a las partes a mediación, frente al conflicto penal en cuestión. Nos brinda criterios importantísimos para ser analizados, de acuerdo al fin propuesto por la presente investigación. Y lo desarrollamos en el siguiente cuadro:

CASO: Querrela presentada por Trento Santiago Ariel contra Fenosi María Agustina, Cuevas Camila Nathalie Y Cuevas Jorge Daniel Por Injurias	
Criterios identificados en el auto	Fundamentación
1) Delito de acción privada	<p>En cuanto a éste criterio, la decisión de la cámara hace referencia o remarca la diferencia (a nuestro parecer) de un delito de acción pública, de uno de acción privada.</p> <p>Ello en primer lugar responde, a lo sencillo de la procedencia de una mediación, cuando una de las partes no ésta corrida del centro, como sucede muchas veces en los delitos de acción pública. En donde interviene el Estado,</p>

	<p>mediante el fiscal de instrucción para salvaguardar un bien jurídico protegido determinado (la vida, la salud, etc...).</p> <p>En ese sentido Cavagnaro y Campiña C. (2015), indican como propuesta que, en todos los delitos de acción privada, se debería instituir la mediación penal previa a la instancia judicial. Y por otra parte dichas autoras afirman:</p> <p>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. (p. 4).</p>
<p>2) Naturaleza del conflicto</p>	<p>En relación al presente criterio, el auto hace referencia a las características propias y particulares del delito bajo análisis. Se trata de un delito que se encuentra regulado en el art. 110 del Código Penal de la Nación, que no tiene como pena la privación de la libertad, sino, multa desde \$1.500 a \$20.000.</p> <p>Es decir, que de acuerdo a la naturaleza que presenta el conflicto, la instancia pre jurisdiccional mediante la mediación, representaría el camino adecuado para éste tipo de situaciones.</p> <p>Al respecto, Cavagnaro y Campiña. (2015) indican que la mediación penal se puede aplicar en aquellos delitos en donde el acto imputado no represente un desarrollo y peligro para la comunidad.</p>
<p>3) conclusión pacífica y ágil de la disputa.</p>	<p>El tercer y último criterio identificado, está relacionado a la eficacia que se busca, cuando se trata de solucionar un conflicto en general y uno penal en particular. En cuanto a la conclusión pacífica, se refiere una de las características que presenta la justicia restaurativa, y por ende la mediación penal como mecanismo de la primera.</p>

Indicando que dicho procedimiento busca generar un acuerdo donde “todos ganen”. Diferente al sistema judicial tradicional, que se caracteriza por: “un ganador y un perdedor”.

Y por otro lado, una conclusión ágil. Haciendo referencia al tiempo que requiere solucionar un conflicto penal, por medio de una mediación es considerablemente mínimo, con respecto al utilizado por el sistema jurisdiccional.

Debemos recordar lo que dicen en ese sentido Highton, E y Gladys S. Álvarez (2004), cuando nos hablan de las ventajas de la mediación: “*En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas*” (p. 198).

Siguiendo con el análisis de casos penales, donde la jurisprudencia nos brinda criterios para enviar a un conflicto a mediación. Encontramos el caso N° 2. El mismo hace referencia a un conflicto sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Es decir, estamos frente a un delito de omisión. En donde el bien jurídico protegido en la familia.

En cuanto a éste tipo de delitos se encuentran regulados por la ley 13.944.

La normativa en su art. 1 establece:

Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido. (Art. 1, ley 13.944)

Breve relato del hecho: Tiene como caratula N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Es un padre que no abonó los deberes de asistencia familiar a su hijo menor de edad. Por lo que la madre del niño le inicia acciones legales. Construyéndose de esta forma, en un delito de acción privada.

Posteriormente, el imputado solicita la suspensión del juicio a prueba. Por lo que el Juez de menores de San Francisco lo rechazó, aduciendo:

No resultar razonable el ofrecimiento de reparación del daño por él efectuado por cuanto: no resulta razonable la renuncia de la parte a los bienes que le corresponden del acervo conyugal y el ofrecimiento de trabajos comunitarios no se condice con el verdadero espíritu del beneficio. (Fallo N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 2008).

Ante esta negativa, la defensa solicita recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Quién se expide al respecto: Dando lugar al recurso de casación interpuesto, indicando que el tribunal a quo, dicte un nuevo pronunciamiento. Previa derivación al Centro de Mediación de San Francisco.

Dicho fallo se fundamenta en criterios de justicia restaurativa y solución alternativas de conflictos. Estableciendo criterios claves para la mediación penal, como se indica en el siguiente cuadro:

CASO: 2. Fallo “N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación. T.S.J. Córdoba. Año 2008.	
Criterios identificados en el fallo	Fundamentación
1) Reparación de la víctima- Toma de consciencia del imputado.	<p>Con respecto al presente criterio, consideramos que es fiel reflejo de los objetivos de la justicia restaurativa. Ya que como indicamos en capítulos anteriores, la justicia restaurativa pretende la reparación de la víctima, por un lado, y la toma de consciencia del imputado sobre el hecho cometido.</p> <p>Es así que el fallo indica, con respecto a la mediación “<i>Pretende no sólo la reparación de la víctima, sino y sobre todo que el autor, al entrar en contacto aún indirecto, con la víctima, tome conciencia del daño causado y asuma voluntariamente su obligación de resarcir.</i>” (Fallo N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar – Recurso de Casación. T.S.J).</p>

	<p>Es decir, busca que el ofensor se haga cargo de las acciones que ocasionaron el perjuicio. Es decir, reconocer, el efecto que produjo su accionar indebido. (Highton, E. Álvarez, G. Gregorio, C. (1998)</p>
<p>2) Restauración de la armonía entre sus protagonistas</p>	<p>Con respecto a éste apartado, podemos decir que se encuentra relacionado al anterior. Ya que la mediación al ser una comunicación bilateral (puede ser unilateral) entre los protagonistas del hecho.</p> <p>Asegura que lo que debata en la audiencia, tenga que ver con los intereses de ambos, y que de esa manera se logre la armonía mediante la recomposición de aquello que se ha fragmentado. En cuanto a esto último, el fallo en cuestión resalta :</p> <p>El recurrir al mediador, tercero imparcial, garantiza el desarrollo de un proceso de consenso en un ámbito en que ambas partes gozan de total libertad en la formulación y aceptación de las distintas alternativas de reparación que pudieran proponerse, teniendo presente los daños cuya existencia se hubiere acordado, y la posibilidad económica del obligado al pago. (Fallo N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación. T.S.J).</p>
<p>3)Delito de acción privada</p>	<p>Como ya hicimos referencia a éste criterio. Remitimos a su lectura en el auto anterior. Sólo recalcar que el presente caso al ser la madre de la menor la que acciona contra N., V.H.</p> <p>Estamos frente a un delito de acción privada. Que resulta muy recomendable de mediar. Atendiendo en este caso, a las particularidades del mismo. Tener en cuenta el bien jurídico protegido: la familia en general, y el menor en particular.</p> <p>Eso lo podemos identificar en el fallo cuando indica: <i>“De allí, que el ámbito de la mediación resulta óptimo para provocar un acercamiento entre las partes en conflicto y del cual surja una solución más adecuada a las necesidades del menor”</i>. (Fallo N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación. T.S.J).</p>

Finalmente llegamos al caso N°3. El mismo de trata de un robo calificado con armas, que se desarrolló en la ciudad de Río 1ro. Córdoba. En el año 2017. En dónde M.A.P. de 17 años de edad, se acusado de (en el lapso de 2 días) realizar dos robos utilizando armas blancas.

El primero de los robos se registró en un kiosco, en donde el menor se apropió de \$85. El segundo hecho, tuvo lugar en una biblioteca, donde M.A.P. se apropió de 2 celulares correspondientes a la bibliotecaria y a la encargada de la biblioteca.

Así las cosas, y prosiguiendo con la investigación penal preparatoria, estando la causa a la espera de la citación a juicio. La Asesora de Niñez y Juventud del Segundo Turno Dra. Claudia Oshiro, defensora oficial de M.A.P solicitó el día catorce de septiembre de de dos mil diecisiete que la causa fuera derivada al Centro Judicial de Mediación. El máximo tribunal de la provincia, considera dicho pedido. A continuación se exponen los criterios para tal decisión:

CASO: 3. “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428)	
Criterios identificados en el fallo	Fundamentación
1) Menor de edad.	<p>En cuanto a este elemento. Sin lugar a duda, es un criterio que se tiene en cuenta dentro de concepción de la justicia restaurativa. Se entiende que la mediación penal dentro de un contexto de justicia restaurativa, es propicio aplicarlo en Derecho penal juvenil.</p> <p>De hecho, los inicios de la aplicación del paradigma de la justicia restaurativa, dieron sus primeros pasos con programas dedicados a jóvenes.</p> <p>En el fallo podemos identificar dicho criterio cuando aclara, en el punto 2 de su considerando: <i>“El joven M.A.P., al momento de la comisión de los sustratos fácticos, contaba con diecisiete años de edad”</i>. (Fallo “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428). TSJ Córdoba. 2017).</p> <p>Desde el punto de vista legislativo también se destaca éste criterio para enviar determinados conflictos penales a mediación. Al respecto las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores considera:</p>

	<p>La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. (Regla 11.2. Reglas de Beijing. ONU. 1985)</p> <p>Finalmente, el fallo fundamenta la decisión del TSJ sobre la mediación juvenil, estableciendo lo siguiente:</p> <p>Favorece la alteridad, el reconocimiento del otro en el conflicto, ausente en la inmadurez del adolescente, pero, además, ello alcanza a quien ha sido víctima, en reciprocidad, ya que permite descubrir al otro, su victimario, como alguien que se encuentra ante condiciones y factores que lo inducen al delito. (Fallo “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428). TSJ Córdoba. 2017)</p>
<p>2) Perjuicio económico mínimo.</p>	<p>Este aspecto lo podemos relacionar, con el criterio del grado de lesión al bien jurídico protegido.</p> <p>El fallo considera al respecto lo siguiente:</p> <p>Si bien los hechos endilgados a P. son graves, el perjuicio económico ha sido mínimo y las particulares circunstancias de los hechos -cometidos en una reducida población- han permitido a las partes (imputado y víctimas) arribar a este acuerdo satisfactorio. (Fallo “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428). TSJ Córdoba. 2017).</p>

	<p>Es decir, que a pesar de la gravedad de los hechos. Se debe analizar en cada caso, si la lesión al bien jurídico protegido es considerable. En éste caso el tribunal ha considerado, que la apropiación de \$85 y los dos celulares. No producen un daño considerable a nivel económico.</p> <p>Por lo que se entiende, que dicho conflicto se puede resolver mediante un proceso de mediación. Sumado a ello, lo oportuno que resulta la mediación penal juvenil, para el caso concreto.</p>
--	--

3.3 Descripción de los posibles delitos susceptibles de mediación penal conforme al análisis jurisprudencial.

Debemos tener en cuenta que, cuanto se plantea la pregunta ¿Cuáles son los delitos mediables?, dicha pregunta resulta difícil de responder. Ya que se han logrado mediar casos simples, como algunos más complejos y de alta gravedad. Al respecto los autores Highton et al. (1998), nos dicen “*En atención a ésta discrecionalidad en la selección de casos mediables, el profesional de la justicia criminal se encuentra muchas veces en medio de la corrientes acerca de cuándo es apropiada la mediación*” (p. 62-63).

En relación a dicha discrecionalidad de la que hablan los autores antes nombrados, es que muchas veces se piensa, que no existe necesidad de conocer cuáles son los delitos mediables (pensamiento de la que no estamos de acuerdo), o la falta de necesidad de listar delitos mediables. Creemos, en cuanto a ello, que eso implicaría aumentar más la discrecionalidad y no dejar en claro las reglas del juego.

Si es evidente, teniendo en cuenta el análisis doctrinario y jurisprudencial desarrollado anteriormente, que los delitos de acción privada son considerados los conflictos más susceptibles para ser tratados y resueltos mediante una mediación. Por otro lado, en los delitos de acción pública, se abre un espectro bastante amplio para analizar. Dónde podemos considerar aspectos como: la lesión al bien jurídico protegido, la gravedad, la edad del ofensor etc.

Sin embargo, dentro de los delitos de acción pública existen un grupo de delitos que los podemos indicar como no mediables., “*En general, todas aquellas*

cuestiones en que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares” (Art. 6 inc. 18. Ley 10.543).

En cuanto a esto último, tiene su fundamento en relación a que las partes no pueden renunciar, allanarse o disponer de Derechos y obligaciones, ya que del otro lado se encuentra un bien jurídico protegido público como ser: la salud, la seguridad, el orden, la fe pública o el orden constitucional.

A continuación, teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial realizado en apartados anteriores, y la legislación vigente en lo que atañe al principio de oportunidad. Desarrollaremos una propuesta de clasificación de delitos con posibilidad de mediación.

Para el objetivo propuesto nos basaremos en la estructura establecida en el Código Penal de la Nación. Que, en su libro segundo, realiza una tipificación de las acciones humanas antijurídicas. Luego, también indicaremos si dicho puede dar lugar a mediación en la Provincia de Córdoba, con su correspondiente fundamentación. (Ver anexo II).

Conclusión parcial

A modo de conclusión del presente capítulo (casi exclusivamente de análisis jurisprudencial), podemos decir, que es muy variada y extensa la variedad de delitos que son susceptibles de mediación penal. Y si bien se intentó realizar un listado. La realidad es muy compleja, ya que depende varios factores como ser: ofendido, ofensor, bien jurídico protegido, gravedad etc...

Donderis Cervelló (2012), nos aclara el panorama diciendo que “ *La selección de casos depende más de la víctima y el agresor que del tipo de delitos, sin que exista un criterio uniforme ni entre los distintos sistemas ni dentro de uno mismo sobre los límites de gravedad*” (p. 41)

Sin lugar a dudas que con el avance de la justicia restaurativa en todo el mundo, particularmente en la Argentina y en nuestra provincia. Nos lleva a pensar que todo delito es susceptible de mediación penal en general. (Salvo algunas pocas excepciones).

Tal es así, que acompañando esa idea, Donderis Cervelló (2012) afirma: “*Actualmente se constata una progresiva diversificación de las tipologías delictivas que pueden ser aptas para la mediación con la posibilidad de aplicarla a todo tipo de delitos de diferente consideración.*” (p. 41-42).

Los casos analizados en el presente capítulo nos brindaron información relevante, sobre las consideraciones tenidas en cuenta por los diferentes órganos encargados de administrar justicia, a la hora de enviar un conflicto penal a mediación. Sin lugar a dudas que los delitos de acción privada presentan una susceptibilidad mayor para ser solucionados bajo ésta instancia. Esto se debe a la disponibilidad que tienen las partes sobre el objeto del conflicto.

Conclusión Final

A modo de conclusión final es importante recordar el camino realizado en ésta investigación. Comenzaremos por las preguntas que guiaron el presente trabajo: ¿Cuáles son los delitos susceptibles de mediación penal conforme a la ley 10.543? y, en razón de ello: ¿Cuáles son los criterios a considerar al momento de valorar un conflicto de índole penal, para enviar a las partes a mediación en un contexto de justicia restaurativa?

Partimos de la siguiente hipótesis: Los delitos susceptibles de mediación penal, conforme a ley 10.543, son los delitos de bagatela (hechos intrascendentes) y delitos con penas insignificantes. Utilizando como criterios: Protección y voluntariedad de la víctima, bien jurídico protegido, restauración de la armonía entre sus protagonistas, colaborar con la paz social y contribuir con la economía procesal.

Para poder contrastar nuestra hipótesis realizamos un camino. El mismo fue desarrollado en 3 capítulos. El capítulo primero se caracterizó por ser conceptual y fundamentalmente doctrinario. En el mismo, se abordaron las definiciones más importantes que rodean nuestro problema de investigación.

Tal es así, que en primer lugar conocimos en qué consiste la justicia restaurativa. Este nuevo paradigma en la justicia penal que intenta integrar la reparación ante un conflicto penal particular. Teniendo en cuenta, tanto al ofensor, como a su ofendido, y la sociedad toda. Ya que entiende que el delito afecta no sólo a la víctima, sino a la comunidad que lo rodea.

También percibimos en el desarrollo de éste módulo, que la justicia restaurativa tiene diferencias, con respecto a la cosmovisión del delito, del sistema clásico. Muy bien lo expresa la Dra. Kemelmajer De Carlucci, A (2005) al considerar que consiste en “ *La variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional*”. (p.10).

La justicia restaurativa viene a dar respuesta a inconvenientes, que tiene el sistema punitivo clásico. Y causa efectos en la sociedad como: desconfianza en la justicia,

retraso en las soluciones que requiere la sociedad, desgaste de los recursos económicos, humanos etc.

Por otro lado, y avanzando con la investigación. Dos fueron los principios penales que debimos reconocer. Por un lado el principio de legalidad, y por otro el de oportunidad. Con respecto al primero, entendimos que ante la comisión de un delito de acción pública el estado debe reaccionar de inmediato, perseguir dichos delitos, buscar culpables, y lograr una sentencia. Todo ello, sin solución de continuidad. Es decir, sin analizar los casos particulares o circunstancias de cada uno.

Por su parte el principio de oportunidad, viene a dar respuesta a las falencias del sistema punitivo tradicional. Implica que, ante un hecho delictivo, el órgano encargado de administrar justicia tiene la facultad de iniciarla, suspenderla, o hacerla cesar definitivamente. (Highton y Álvarez, 2004). Todo ello considerando el caso particular, y fundamentando tal decisión.

Un concepto importante que se desarrolló en la presente investigación, es el de mediación en general, y el de mediación penal en particular. Comprendiendo que la misma es un método alternativo de resolución de conflictos. Que permite a las partes colaborar en la búsqueda de solución al mismo. Ayudados por un tercero neutral (mediador), que cumple un papel muy importante, ya que de alguna forma, guía el camino a seguir para lograr los objetivos propuestos. Y que la mediación, sea verdaderamente el mecanismo, por el cual la justicia restaurativa se expresa.

Otro aspecto importante que se consideró, es el legislativo. El mismo encontró su desarrollo en el capítulo 2. Donde pudimos ver el recorrido de la justicia restaurativa, en los antecedentes provinciales. Recorrido que se consagró con dos novedades legislativas: La reforma del código procesal penal del año 2017 (donde se incorporaron criterios de oportunidad). Y por otro lado, la puesta en vigencia de la nueva ley de mediación (donde se incorporó la posibilidad de mediación penal).

Finalmente, el capítulo 3, fue puramente jurisprudencial. Ya que consistió en la identificación y análisis del leading case (caso principal), el caso “Rojas”. Que nos abrió la puerta a poder describir otros casos similares que se sucedieron con

posterioridad. De su conjunto, pudimos obtener recursos para reconocer: los delitos susceptibles de mediación, y los criterios que se deben considerar para enviar un conflicto penal determinado a esta instancia. Es por ello que consideramos que consistió en el capítulo más significativo para la investigación.

De todo lo desarrollado: en cuanto a la primera pregunta, (sobre cuáles eran los delitos susceptibles de mediación conforme a la ley 10.543). Podemos afirmar (habiendo realizado el análisis legislativo correspondiente). Que la ley por sí misma, no establece cuales son en forma taxativa.

Y como dijimos anteriormente, existe discrecionalidad sobre los casos mediables. Pero habiendo analizado la jurisprudencia, podemos afirmar que casi todos los delitos son mediables, con algunas excepciones a considerar, como delitos contra menores, los delitos graves con dolo (homicidio, lesiones gravísimas). Y principalmente aquellos delitos cuyos derechos son indisponibles por las partes. Como los delitos que lesionan un interés público.

Así lo establece claramente la ley de mediación de la Provincia de Córdoba en su art 6 cuando habla de sus exclusiones “*En general, todas aquellas cuestiones en que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares*”. (Art. 6 inc. 18. Ley 10.543). Por ejemplo los delitos cuyo bien jurídico protegido consiste en: la seguridad pública, la salud pública, o el orden económico financiero.

Por su parte, un aspecto a destacar, es que si bien podemos decir que los delitos graves no son susceptibles de mediación. Debemos tener en cuenta que el delito en sí, es un constructo complejo. Y que se debería analizar todos sus aspectos, para establecer su posibilidad de mediación. Tal es el caso por ejemplo del homicidio culposo. Que si bien es un delito grave (lesiona el bien jurídico vida), carece de elemento dolo, la pena es mucho menor que la del homicidio doloso, entre otros aspectos. Por lo que lo hace considerable para tratarlo mediante un procedimiento de mediación. Sin lugar a dudas, requiriendo un análisis profundo de cada caso.

Contrastando nuestra hipótesis que establecía que los delitos susceptibles de mediación penal son: los delitos de bagatela (hechos intrascendentes) y delitos con penas insignificantes. Podemos indicar que es correcta, sin embargo no es abarcativa de todos los casos. Ya que hay delitos que no son intrascendentes como el homicidio culposo, que es susceptible de mediación.

Es por ello que para cerrar este aspecto, señalaremos lo que establece Donderis Cervelló (2012): *“Actualmente se constata una progresiva diversificación de las tipologías delictivas que pueden ser aptas para la mediación con la posibilidad de aplicarla a todo tipo de delitos de diferente consideración.”* (P. 41-42).

Por otra parte, otro aspecto a dilucidar, consiste en determinar cuáles son los criterios para enviar un conflicto penal a mediación. Es allí donde podemos recurrir al código procesal penal, con su reforma del año 2017. Que como criterios de oportunidad, establece la insignificancia, la participación no relevante del imputado en la comisión del delito etc.

El criterio más importante a nuestro parecer, teniendo en cuenta nuestra investigación es: “Cuando exista conciliación entre las partes”. Ya que es el criterio donde la mediación, tiene su expresión. Así mismo, la jurisprudencia nos brinda muchos criterios al respecto. El caso Rojas nos resulta de mucha importancia, ya que nos permite conocer, qué criterios se aplicaban antes de la reforma del 2017. Y a su vez, es considerado el caso que establece un cambio de paradigma en la jurisprudencia local.

Por su parte los casos analizados: el incumplimiento de asistencia familiar, de injurias, y el de robo calificado por el uso de armas, junto a nuestro leading case nos sugieren los siguientes criterios: a) Economía procesal, b) Mínima intervención, c) Reinserción del imputado, d) Participación de la víctima u ofendido, e) Delitos de acción privada, f) Naturaleza del conflicto, g) Conclusión pacífica y ágil de la disputa, h) Reparación de la víctima y toma de consciencia del imputado, i) Restauración de la armonía de sus protagonistas, j) Menor de edad, k) Perjuicio económico mínimo. Todos ellos fundamentados en el desarrollo del capítulo 3.

Es decir, que cuando afirmamos en nuestra hipótesis que los criterios son: Protección y voluntariedad de la víctima, bien jurídico protegido, restauración de la armonía entre sus protagonistas, colaborar con la paz social y contribuir con la economía procesal. No estábamos errados. Ya que son elementos que están visibles en cada uno los criterios analizados.

A modo de síntesis: Sin lugar a dudas la mediación penal realiza un gran aporte a la resolución de conflictos (lo pudimos ver en las ventajas de su aplicación). Es el vehículo por el cual la justicia restaurativa se evidencia. Y en la provincia de Córdoba a nivel legislativo, y en los últimos años, pudimos constatar un avance hacía una mirada más restaurativa en la solución de conflictos penales. La última reforma del código procesal penal, y la nueva ley de mediación, son una prueba de ello.

Bibliografía

Doctrina:

Libros

1. Buteler, E. (2017). *Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba*. Córdoba: Mediterránea.
2. Cafferata Nores, J. (1992). *Introducción al nuevo código procesal penal de la provincia de Córdoba*. Córdoba: Marcos Lerner.
3. Cafferata Nores, J. (1997). *El principio de la Oportunidad en el Derecho Argentino, Teoría, Realidad y Perspectiva*. Córdoba: La Ley.
4. Cafferata Nores, J. (2005), *Cuestiones actuales sobre proceso penal*. 3ª edición actualizada, Buenos Aires: Editores Del Puerto S.R.L.
5. Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez V., Ferrer, C. Novillo Corvalan, M., Balcarce, F, Hairabedian, M., Frascalori, M., Arroccena, G. (2012). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba: Advocatus.
6. Hairabedián, M., Jaime, M., Gorgas, M., Romero, G. S., Cafure, M. (2017). *Comentarios a la reforma del Código Procesal Pena Ley 10.457*. Córdoba: Advocatus.
7. Highton, E., Alvarez, G. (2004). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: AD-HOC.
8. Highton, E., Alvarez, G., Gregorio C. (1998). *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
9. Levene, R. (1993). *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma.
10. Zaffaroni, E.R. (1998). *En búsqueda de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Revistas

1. Armenta Deu, T. (2017). Justicia restaurativa y principio de oportunidad, ¿Mediación en el proceso penal?. *Revista del instituto Colombiano de Derecho penal* N°45. P.109-126.
2. Bailone, M. (2006). La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal. *Revista pensamiento penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33325.pdf>

3. Cafferata Nores, J. (2007). Nota a fallo. Revista semanario jurídico. N° 1601. 29-11-2007. Cuadernillo 95. Año 2017- A.
4. Cavagnaro M.V., Campiña, C. (2015). Justicia restaurativa, mediación penal y principio de oportunidad, nuevos caminos en la adopción de un sistema pacífico de resolución de conflictos en el sistema penal. Sistema Argentino de información jurídica: Id SAIJ: DACF150826.
5. Donderis Cervelló, V (2012). Los principios penales como criterio regulador de la selección de delitos mediables. Revista: Criminología y Justicia Número 4. Páginas 34-44. Año 2012. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4063264>
6. Figari, R. (2001). La mediación penal: un camino de inexorable tránsito. Revista del Poder Judicial de San Luis” año II, N° 4, Marzo 2001
7. Finochietti, M.D. (2014). Mediación, conciliación y sistema penal. *Revista pensamiento penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina32159.pdf>
8. Hillman, M.A, Pinto, M. (2000). Una puerta abierta a la mediación penal. Publicado en: LLC 2000-111, 2000. Cita Online: AR/DOC/6158/2001.
9. Kemelmajer De Carlucci, A. (2005). "En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada 'Justicia Restaurativa', 'Reparativa', 'Reintegrativa' o 'Restitutiva'". *Revista de Derecho de Familia N°33, Buenos Aires. Lexis-Nexis 9*.
10. Lecumberri, P.F. (2012). El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Revista para el análisis del Derecho. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37431-principio-oportunidad-y-justicia-restaurativa>
11. Mauri, C, Rossi, I y Soria, P. (2013). *Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba*. Revista pensamiento penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35448-informe-sobre-reforma-procesal-penal-cordoba>
12. Márquez Cárdenas, A. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>
13. McCold, P. (2013). La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. Revista delito y sociedad, N°35.

14. Mendaña, R. (2017). Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad. *Revista pensamiento penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33130.pdf>*
15. Organización de las Naciones Unidas. (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. “Reglas de Beijing”. Beijing: Naciones Unidas
16. Organización de las Naciones Unidas. (2006). Manual sobre programas de justicia restaurativa. New York: Naciones Unidas.
17. Ramírez González, I. G. (2012). ¿Es la justicia restaurativa un aporte los valores del sistema jurídico? *Revista pensamiento penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina33921.pdf>*

Jurisprudencia:

1. Fallo “Matías Miguel R” / Suspensión del proceso a prueba durante la investigación preparatoria y mediación penal. Juzgado de control N°6. Córdoba. Año 2006.
2. Fallo “N., V.H. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación. T.S.J. Córdoba. Año 2008.
3. Fallo “Querrela presentada por Trento Santiago Ariel contra Fenosi María Agustina, Cuevas Camilla Nathalie y Cuevas Jorge Daniel por injurias” (Expte. 7467856). Cámara en lo criminal y correccional 2da. Denominación. Sec 3. Año 2018.
4. Fallo “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428). TSJ. Córdoba. 2017.
5. TSJ, Sentencia 21/02/02 voto de la Dra. Cafure de Batistelli en autos Boudoux Fermín p.s.a. de homicidio culposo. Recurso de casación.

Legislación:

1. Constitución Nacional de la República Argentina.
2. Código Penal de la República Argentina.
3. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 3831
4. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8.123.
5. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 10.457
6. Ley de mediación de la provincia de Córdoba. Ley. 8543.
7. Ley de mediación de la provincia de Córdoba. Ley. 10.543.
8. Ley de incumplimiento de deberes de asistencia familiar. Ley 13.944.
9. Decreto Poder Ejecutivo Nacional. N° 1480/1992.
10. Decreto Provincial N° 344/08

Otros:

1. Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. del P. (2010). *Metodología de la investigación*. (5ta ed.). México D.F.: McGraw -Hill.

ANEXO I

A) Cuadro N°1: Casos ingresados para instancia de mediación. Año 2018

Fuero	Nombre del fuero	Cantidad	Porcentaje
5	Familia	10.438	63.94
1	Civil	3815	23.37
7	Voluntario	1395	8.55
3	Penal	363	2.22
8	Mediación judicial a distancia	220	1.35
0	Otros	64	0.39
6	Niñez, juventud y violencia familiar	15	0.09
4	Penal juvenil	10	0.06
2	Laboral	5	0.03

Fuente: Centro Judicial de mediación de la Provincia de Córdoba.

B) Cuadro N°2: Resultados de las instancias de mediación penal. Año 2018.

Resultado	Nombre del resultado	Cantidad	Porcentaje
2	Sin acuerdo	120	32.17
1	Con acuerdo	109	29.22
7	Incomparecencia	66	17.69
0	Otros	49	13.14
4	Desistida	17	4.56
5	No mediable	6	1.61
6	Imp. de notificar	6	1.61

Fuente: Centro Judicial de mediación de la Provincia de Córdoba.

ANEXO II

Propuesta de clasificación de delitos con posibilidad de mediación.

Delitos	Ubicación y descripción	¿Es mediable?	Fundamentación
A) Delitos contra las personas	<p>Se encuentran ubicados entre el art 79 y 108 del C P. Dentro de estos artículos encontramos: el homicidio simple, calificado, culposo, lesiones etc...</p> <p>Homicidio simple y calificado</p>	NO	<p>En cuanto al delito de homicidio podríamos decir en principio que son delitos NO mediables. Ya que debido a la gravedad de los mismos en su calificación simple o calificado, comprenden una condena efectiva de años considerables.</p> <p>Así mismo, considerar también el elemento dolo que forma parte de estos delitos, y que de alguna manera atentan con el bien jurídico protegido: la vida.</p> <p>En relación a ello Cervelló Donderis (2012), nos comenta:</p> <p>La importancia del bien jurídico suele desaconsejar los acuerdos de mediación por la necesidad de tutela penal a través de penas graves, y porque en clave de prevención general se podría entender como una cierta impunidad o benevolencia de la ley.</p> <p>(p. 41)</p> <p>Por otra parte, podemos afirmar que son delitos significativos, que no cumplen con el grado de insignificancia requerido como requisito para la aplicación de los criterios de oportunidad.</p>

	Homicidio culposo	SI	<p>Sin embargo, en los casos por ejemplo de homicidios culposos, podemos señalar opiniones judiciales a favor del tratamiento mediante una mediación. Por ejemplo y como expusimos en capítulos anteriores, en autos Boudoux Fermín p.s.a. de homicidio culposo. La vocal del TSJ de Córdoba, la doctora María Esther Cafure de Battistelli, consideró remarcar la importancia de éste instituto para el tratamiento de determinados conflictos.</p> <p>Se debe tener en cuenta que estos delitos tienen características muy particulares.</p> <p>En éste sentido los autores Highton et al., (1998) nos comentan que muchas veces la víctima tiene la iniciativa de solicitar un método alternativo de resolución de conflicto. Y se logran mediar después de mucho tiempo de preparación y contando con especialistas (mediadores) preparados para tales conflictos.</p> <p>También debemos considerar que al carecer estos delitos de dolo, le quitan peso a la pena, y otros elementos vinculados a la culpa.</p> <p>Sin lugar a dudas que estos delitos y su posibilidad de ser tratados mediante un proceso de mediación requieren de un análisis profundo. Sin embargo</p>
	Lesiones	SI	<p>En cuanto a los delitos de lesiones, podemos indicar que son medibles en general. Rubén Figari (2001) citando a al Dr. Barmat nos brinda un catálogo de delitos que son susceptibles de mediación penal. Y en donde la lesiones leves y graves se encuentran dentro de los delitos enumerados.</p> <p>Las lesiones culposas constituirán una posibilidad de tratamiento mediante</p>

		<p>mediación. Debido a la calidad de la pena. Recordemos que el art. 94 del Código penal establece:</p> <p>Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. (Art. 94, Código Penal de la República Argentina).</p> <p>Ello guarda relación con lo establecido en el código procesal penal de la Provincia de Córdoba con respecto a los casos excluidos de aplicación de criterios de oportunidad:</p> <p><i>“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;”</i> (Art. 13 ter, Inc.5, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba)</p> <p>Analizando dichos artículos,</p>
--	--	---

			entendemos que las lesiones culposas son susceptibles de mediación. Y los artículos antes nombrados son fundamento de ello.
B. Delitos contra el honor:	Dentro de éste grupo encontramos los delitos de calumnias e injurias, que se encuentran ubicados entre los Art. 109 y 117 del Código Penal de la Nación.	SI	<p>Podemos afirmar que los mismos son mediables penalmente. Debemos recordar que una de las características para la aplicación de éste instituto, es que los derechos y obligaciones sean disponibles por las partes.</p> <p>Los delitos de acción privada constituyen un grupo de delitos que son más fáciles de mediar, debido a la no intromisión del Estado en sus primeros pasos. Sino, más bien requieren la acción inicial de la parte. Para que el estado pueda actuar en su faz jurisdiccional. Al respecto, las autoras Cavagnaro, M.A y Campiña, C (2015) consideran</p> <p>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. (p.4).</p> <p>Desde una mirada Jurisprudencial, el caso analizado en apartados anteriores denominado: “Querrela presentada por Trento Santiago Ariel contra Fenosi María Agustina, Cuevas Camila Nathalie Y Cuevas Jorge Daniel Por Injurias”, es un ejemplo de</p>

			mediación de éste tipo de conflictos.
C) Delitos contra la integridad sexual	Ubicado dentro de los art. 119 a 133 del Código Penal de la Nación. Entre ellos encontramos el abuso sexual, corrupción de menores etc...	NO	<p>En cuanto al delito de corrupción de menores, abuso sexual de menores, etc. Podemos indicar que se tratan de delitos no susceptibles de mediación.</p> <p>Debemos tener en cuenta, que el código procesal penal de la Provincia de Córdoba, excluye de la aplicación de los criterios de oportunidad.</p> <p>En su Art. 13 ter se establece, la exclusión “<i>Cuando se tratara de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumirlos.</i>” (Art. 13 Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba).</p> <p>En cuanto a los demás delitos encuadrados en ésta categoría. Consideramos que requieren de un análisis más profundo y detallado.</p>
D) Delitos contra el estado civil.	Comprendidos entre los art. 134 a 139 bis. Del título IV del Código Penal. Incluyen los delitos de: Matrimonios ilegales, Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad etc.	NO	<p>Podemos afirmar que dichos delitos NO SON MEDIABLES, ya que según las exclusiones establecidas en el Código Procesal Penal de la provincia, no se podrá aplicar criterios de oportunidad “<i>Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público</i>” (Art. 13 ter. inc. 2).</p> <p>Por su parte la ley de mediación de la Provincia de Córdoba. Nos brinda la misma exclusión, y particularmente establece que quedan excluidas de la posibilidad de mediación: “<i>En general, todas aquellas cuestiones en que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares</i>” (Art. 6 inc. 18. Ley 10.543).</p> <p>Podemos concluir en cuanto a éstos delitos entonces, que al no depender solamente de los particulares, resultan no mediables. Es decir, las partes no pueden renunciar, allanarse o</p>

			disponer de Derechos y obligaciones, ya que del otro lado se encuentra un bien jurídico protegido público como ser: la salud, la seguridad, el orden, la fe pública.
E) Delitos contra la libertad.	Ubicados entre los Art 140 a 161 del código penal, dentro de ellos encontramos los delitos contra la libertad individual como el secuestro, amenazas. Contra la libertad de trabajo y asociación como los delitos de compulsión a huelga o boicot etc...	NO	Al respecto podemos decir que éste tipo de delitos es mediable. Siempre y cuando tanto el ofendido como ofensor, puedan ser identificados. Ya que debemos recordar que la mediación implica a dos partes que intentan resolver el conflicto determinando.
G) Delitos contra la propiedad.	Se encuentran ubicados entre los Art 162 a 185 del código penal. Dentro de ellos encontramos los delitos de hurto, robo, daños, usurpación etc...	SI	En general podemos afirmar que estos delitos son mediables. La justificación principal, está basada en que se trata de conflictos que versan sobre cuestiones patrimoniales. Es decir, que las partes pueden disponer de dichos Derechos y obligaciones.
H) Delitos contra la seguridad pública. Delitos contra la salud pública. Delitos contra el orden público Delitos contra la fe pública Delitos contra el	Ubicamos a éstos delitos en un mismo grupo, ya que presentan la misma fundamentación. Se encuentran establecidos entre los art. 186 y 316.	NO	Podemos afirmar que dichos delitos NO SON MEDIABLES , ya que según las exclusiones establecidas en el Código Procesal Penal de la provincia, no se podrá aplicar criterios de oportunidad “ <i>Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público</i> ” (Art. 13 ter. inc. 2). Por su parte la ley de mediación de la Provincia de Córdoba. Nos brinda la misma exclusión, y particularmente establece que quedan excluidas de la posibilidad de mediación: “ <i>En general, todas aquellas cuestiones en que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares</i> ” (Art. 6 inc. 18. Ley 10.543). Podemos concluir en cuanto a éstos

<p>orden económico y financiero</p>			<p>delitos entonces, que al no depender solamente de los particulares, resultan no mediabiles. Es decir, las partes no pueden renunciar, allanarse o disponer de Derechos y obligaciones, ya que del otro lado se encuentra un bien jurídico protegido público como ser: la salud, la seguridad, el orden, la fe pública.</p>
<p>Delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar</p>	<p>Se encuentra regulados por la ley 13.944, y consta de 6 artículos.</p>	<p>SI</p>	<p>Al igual que la fundamentación utilizada para los delitos de acción privada (que son muy prácticos a la hora de mediar), y de los resulten cuestiones patrimoniales (Que son recomendadas mediar). Se le suma, que ésta clase de delitos presentan una pena menor, considerados delitos de gravedad baja (Tiene una pena de 1 mes a 2 años de prisión, o multa de \$750 a \$25.000).</p> <p>Por todo lo expuesto se puede enlistar a éste tipo de delitos dentro de la categoría de mediabiles.</p>