

## LA MEDIACION PENAL: UN DERECHO DE LA VICTIMA Y DEL INFRACTOR

La reforma procesal penal implementada en la Provincia de Entre Ríos, incorpora las salidas alternativas de resolución de conflictos, no solo como un medio para descomprimir el sistema de enjuiciamiento formal, sino también como un instituto que reconoce el nuevo rol de la víctima dentro del proceso acusatorio como titular del conflicto, y su protagonismo en la decisión sobre la suerte de la acción, que es una consecuencia directa de su derecho convencional de acceso a justicia (art. 25 CADH).

El artículo 5° del Código Procesal Penal contempla el principio de oportunidad que posibilita al Ministerio Público Fiscal remitir el caso a mediación penal, instituto reglamentado por Acordada N°33/14 como método de abordaje del complejo abanico de circunstancias que conlleva una denuncia penal, presentándose como una "nueva perspectiva en el sistema de derecho penal".

La Acordada N° 33/14 señala que la Oficina de mediación deberá tomar intervención en cada caso en que el Fiscal a cargo de la unidad de salidas tempranas le derive un Legajo, considerándose casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:

- a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad.
- b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.
- c) Hechos de escasa trascendencia o impacto social.

No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que:

- a) Se trate de delitos graves y la o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las causas seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270.
- b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos

denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.

c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulos 1 y 3); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 5 (Capítulo 1, con excepción de los arts. 149 bis y ter.) y Título 6 (Capítulo 2, con excepción del art. 164, -el que podrá ser sometido a mediación, según las circunstancias que rodeen el caso-, Capítulo 3).

d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

El último apartado del artículo 5° de la citado Acuerdo dispone una limitación temporal, al ilustrar que el régimen del presente instituto será aplicable hasta el auto de apertura a juicio, criterio extremadamente restrictivo ya que implica cercenar la posibilidad de solucionar el conflicto penal por una vía alternativa pacífica, menos gravosa, atendiendo el interés real de la víctima e infractor, en cualquier instancia del proceso formal, incluso durante el transcurso del debate público.

Es decir la estructura legal del instituto adopta parámetros precisos acerca de los casos susceptibles de mediación, dentro de los cuales el Fiscal cuenta con la discrecionalidad, no arbitrariedad, de decidir su remisión a la Oficina de Mediación Penal.

Este análisis del caso a los efectos de la derivación indefectiblemente deberá efectuarse con "criterios de proporcionalidad", dando preferencia a la solución que mejor se adecue al restablecimiento de la armonía entre los protagonistas del hecho delictivo y la paz social.

Esta potestad de elegir salidas alternativas no debe ser entendida como arbitraria o absoluta, sino que está sujeta a límites precisos que se

corresponden con el derecho de la víctima principalmente y del imputado del delito a resolver su conflicto. “No hay ningún axioma cuyo contenido pueda identificar el “principio acusatorio” con una discrecionalidad absoluta del Ministerio Público para “jugar a los naipes” con la acción penal, es decir, dejar sustraído, precisamente a ese órgano, de la sujeción a la ley. Al contrario, fue el ideario de la Ilustración acabar con la imagen del procureur du Roi del antiguo régimen, pues en sus manos quedaba el poder de perseguir precisamente como a él se le ocurriese, sin atenerse a un principio de igualdad.<sup>i</sup>

En esta selección de casos deberá ser especialmente merituada por el titular de la acción pública, proyectando una idea del conflicto a abordarse, con la incorporación de elementos probatorios para que el mediador neutral pueda conformarse una idea del conflicto, y fundamentalmente para resguardar los derechos y garantías del infractor, quien concurrirá a una audiencia sin tener fehacientemente conocimiento del hecho imputado. Las salidas alternativas no habilitan al Fiscal a prescindir de pruebas que acrediten la existencia de un delito, circunstancia que resulta neurálgica para que el victimario no se sienta responsabilizado en participar y en reparar el daño cometido a la víctima. En este aspecto “las medidas alternativas sólo deberán promoverse cuando exista suficiente base incriminatoria y objetiva para acusar al infractor”.<sup>ii</sup>

Ahora bien, existe un verdadero derecho del infractor a solucionar el conflicto penal en forma alternativa, si la víctima consiente?, o bien, ésta salida es potestad exclusiva del Ministerio Público Fiscal?.

Considerando la normativa internacional, surgen múltiples instrumentos que orientan al titular de la acción pública, a adoptar un criterio rector de “inclusión del caso como mediable, si las circunstancias lo ameritan”

considerando especialmente la voluntad de la víctima a someterse al proceso de mediación.

Esto es así en virtud del nuevo cambio del sistema penal, donde el rol de la víctima en el proceso constituye una nueva forma de pensar y no una simple expresión de deseos abstractos carente de aplicación efectiva, ya que la mediación, como instituto de justicia restaurativa, es llevar a niveles individuales y personales la experiencia del daño que ha ocasionado el delito, considerándolo ante todo como una violación de los derechos de la víctima individual, más que un delito contra el Estado. La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen, en el sistema penal actual, el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades. Dentro de ese marco, son recomendables ciertos mecanismos que permitan tratar el conflicto, que representa, en todo caso, una renuncia, total o parcial, al ejercicio del poder penal por parte del Estado...".<sup>iii</sup>

Numerosa normativa internacional fomenta la utilización de salidas alternativas, como la recomendación del Consejo de Europa Nº R (87) 18 mediante la cual se insta a los estados miembros a introducir vías alternativas que permitan al Ministerio Público renunciar a la iniciación de un procedimiento formal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad. El artículo 1.2 de las Reglas de Tokio que expresa "fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad; y en los casos de poca importancia (art. 5.1) el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad según corresponda. La regla Nº 18º de las directrices de las Naciones Unidas

sobre la función de los fiscales en el ámbito penal, que señala que los fiscales deberán tener la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima.

Esta plataforma legal de orden internacional reconoce la necesidad de agotar los medios alternativos como un verdadero derecho de la víctima y del victimario, instando al Ministerio Público a no desconocer las decisiones de la persona afectada por un delito, enfocándose más en la posible reparación del daño y menos en la idea de justicia como castigo simbólico. Así la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 establece en su art. 4º que las víctimas tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, agregando el art. 5º que se establecerán y reforzarán cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles, debiendo informarse a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante estos mecanismos.

La nueva estructura del Código Procesal Penal de Entre Ríos, similar a otras Provincias, contempla que el Ministerio Público Fiscal procure resolver el conflicto, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social,(art. 5 bis C.P.P.) estipulándose así un criterio rector de agotar todas las instancias menos punitivas para el imputado, conforme al “principio de mínima intervención penal”, que encomienda la postergación

del ejercicio punitivo formal sólo en los casos de ataques a bienes jurídicos más importantes.

Dentro del margen de discrecionalidad técnica del Fiscal, para derivar o no el caso a una salida conciliatoria, se puede analizar si "el interés en la reparación del daño a la víctima es superior al interés de la sociedad en la condena del autor del hecho considerando la escasa relevancia del bien jurídico afectado", dado que "...como el derecho penal posibilita la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico".<sup>iv</sup>

Este nuevo esquema de intervención de la víctima resultará vinculante para el Fiscal en la opción de remitir su caso a mediación penal por el expreso pedido y por la expectativa de reparación del perjuicio causado por parte del imputado, siendo posible incluso que la defensa pública requiera al Juez de Garantías la remisión de someter el conflicto a mediación, cuando "...no surge que se haya consultado a la víctima respecto a la posibilidad de concurrir a una instancia de mediación con el imputado, motivo por el cual entiendo que no está justificada la oposición formulada por el representante de la vindicta pública".<sup>v</sup>

El rol de garante de los derechos constitucionales asignado al Juez de Garantías en el proceso acusatorio, implica la utilización de las herramientas procesales y constitucionales para el pleno ejercicio del derecho de defensa e igualdad entre las partes, el cual, ante la solicitud

de mediación efectuada por parte de la defensa, puede derivar el caso a una instancia alternativa, pese a la oposición fiscal, si el damnificado del delito preste su conformidad para celebrar una audiencia de mediación, o bien no conste la negativa expresa del denunciante a someterse a un proceso alternativo. En caso "de no admitirse la posibilidad de que se arribe a un acuerdo entre las partes mediante una audiencia de mediación, se podría aplicar una solución más gravosa, tanto para el imputado como para las víctimas, al aplicarse un instituto (suspensión de juicio a prueba) que opera incluso frente a la expresa oposición de la víctima".<sup>vi</sup>

"Si el conflicto puede concluir en una instancia de probation, que procede aún con la oposición de la víctima, no veo porqué habría que privar a la víctima de la oportunidad de arribar a una mejor solución que la favorable disposición del imputado, cuya situación procesal no podría ser peor si esta instancia fracasara, anuncia".<sup>vii</sup>

El Ministerio Público por mandato constitucional (art. 65 de la C.P.) debe en primer término propiciar que el conflicto sea solucionado por las distintas vías alternativas legalmente previstas, adoptándose como parámetro posible "la proporcionalidad del daño cometido y las distintas alternativas que mejor se ajusten a la reparación integral del daño ocasionado por el delito".

La defensa del imputado, como estrategia de litigación, puede solicitar fundadamente al Juez de Garantías que su caso sea sometido a mediación penal, y, ante el traslado del planteo, el Fiscal debe expresar y fundamentar los motivos por los cuales se opone, no siendo suficiente alegar un abstracto interés público en cuyo favor alega defender, o un interés público superior al interés particular, desplazando toda opinión del

denunciante.

En este aspecto, este cambio de sistema obliga a los operadores jurídicos a brindarle a la víctima todos los medios para la solución de su conflicto. Justamente la inclusión de la mediación penal en el ordenamiento adjetivo local responde a un nuevo paradigma tendiente a la reivindicación de la víctima, siendo una consecuencia directa del principio acusatorio y de una estructura adversarial del juicio, que exige la presencia de sus reales protagonistas, relegitimando su rol en la decisión sobre la suerte del proceso".<sup>viii</sup>

El Fiscal debe "fundamentar porque considera impertinente la mediación propuesta por el imputado y, en todo caso, desestimarla expresamente, por así exigirlo la necesaria fundamentación de los actos de gobierno que impone la forma republicana (art. 1 de la Constitución Nacional), luego de consultar especialmente a la víctima. Muy buenas razones debiera invocarse para descartar una vía alternativa de resolución del conflicto que cuenta con la expresa conformidad de la víctima".<sup>ix</sup>

Una vez manifestada la oposición de la víctima del delito, que no requiere formas sacramentales, se le debe dar plena virtualidad sin cuestionamientos, ya que "...uno de los principios fundamentales de la solución alternativa de los conflictos penales es el de la voluntariedad de la participación de las partes en el proceso de mediación penal, más allá de la necesaria igualdad, reciprocidad y la presencia de un mediador bien formado en la materia penal, que debe ser neutro o imparcial".<sup>x</sup> Antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión mutua, en forma exhaustiva e imparcial, debiendo basarse en el consentimiento libre e informado de la víctima",

ya que la “voluntariedad” es equiparable al “principio de contradicción” en el proceso.

Desde tal perspectiva, las partes que componen la estructura penal formal, tienen al alcance una herramienta eficaz que cumple múltiples objetivos, que supera la sola resolución y reparación del daño cometido por un ilícito penal, sino que amplifica la mirada del concepto de delito, que tradicionalmente se ve como una injusticia cometida contra el Estado o la Sociedad, construyéndolo más como un conflicto humano con repercusiones sobre una o más personas concretas, y no como una mera infracción a la ley penal, desafiando así la perspectiva natural de ver al ilícito penal. Mantenerse en el concepto tradicional es atrincherarnos detrás de estructuras ideológicas perfectas, que carecen de correlato fáctico<sup>xi</sup>. Si el interés general de la persecución es escaso o irrelevante, se debe propiciar la utilización de la mediación ya que “preservaríamos por un lado el efecto preventivo general del derecho penal, y por el otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal”.<sup>xii</sup>

**Rodrigo Juárez**

Especialista en Mediación Penal  
Director de la Oficina de Medios  
Alternativos OMA (STJ) Entre Ríos

---

<sup>i</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas; Cámara de Apelaciones; Sala I; D, J C 3-06-2011.01-00/09, cita a Sancinetti.-

<sup>ii</sup> Cuadrado Salinas, Carmen; La Mediación: ¿Una Alternativa Real al Proceso Penal?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

<sup>iii</sup> Maier Julio B. J., “Derecho Procesal Penal- Tomo II”, Ed. Del Puerto, pág 635

---

<sup>iv</sup> Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, 3/3/2011, caratula M., A. J. S/Recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado” cita a Roxin.

<sup>v</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Sala III Ciudad de Buenos Aires, “Incidente de Apelación en autos Vega, Cesar Emilio s/Inf. Arts 149bis, Amenazas CP (p/L2303) 12/03/2013.-

<sup>vi</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Sala III Ciudad de Buenos Aires; Incidente de Apelación en autos Borja, Daniel s/art. 79/149 bis parr. 1 amenazas CP, 26 de Agosto de 2013

<sup>vii</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de Ciudad Autónoma, Sala III, Padra, Ivan, 24-08-10

<sup>viii</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III; INSAUSTI, Agustin Ignacio; 30-09-10.-

<sup>ix</sup> Fuero Penal, Contravencional y de Faltas; Cámara de Apelaciones; Sala III; INSAUSTI, Agustin Ignacio 30-09-10

<sup>x</sup> Fuero Penal, Contravencional y de Faltas; Cámara de Apelaciones; Sala III; PEROTTI, Carlos Héctor 08-02-2011. Causa Nº 0042345-01-00/10.-

<sup>xi</sup> Rita Mill de Pereyra (“La mora en los procesos penales. Una alternativa de Justicia: criterios de oportunidad. Mediación penal”, en La balanza de la justicia, Ad hoc, Bs. As., 2007. p. 211/25),

<sup>xii</sup> Gordillo Santana, Luis; Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal.