

EL CASO DE MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL¹

Matilde Risolía

1.- Introducción :

Interés en la configuración de una muestra de este tipo de casos. ¿Existe una nota diferenciadora con relación a los otros supuestos de mediación?

Genéricamente, entendemos que se da un proceso de mediación toda vez que un tercero neutral asiste a las partes en la resolución de una disputa a partir de su **replanteo en términos** de satisfacción de los **intereses**, más allá de las posiciones que ellas hubiesen sustentado inicialmente. Ello sin perjuicio de considerar también la posibilidad de una mediación meramente posicional.

En este sentido, el mediador acompaña un **proceso de toma de decisiones de las partes**, quienes son los verdaderos protagonistas.

La mediación propone un ámbito y **genera un contexto así como las condiciones** para que una conversación de esta naturaleza sea posible, desde la construcción de un rol neutral.

Estas consideraciones genéricas no son menos ciertas a la hora de plantear la posibilidad de abordar una mediación en casos penales, incluidas – y muy particularmente – las consideraciones relativas a la neutralidad del mediador, que ingresa a su tarea con la mente despejada respecto al papel que cada una de las partes jugó en la situación que los vincula. Y esto porque, como se ha compartido en los encuentros realizados entre los participantes de las distintas experiencias de mediación en materia penal en nuestro país, los roles asignados de víctima y ofensor, en muchos casos dependen solamente de quién formuló la denuncia en primer término.

Si no es la tarea del mediador la nota diferenciadora de estos casos, nos proponemos explorar qué otras variables podríamos tener en cuenta, con ese propósito. **Nos preguntamos cómo o bajo qué circunstancias podemos decir que nos encontramos ante un caso de mediación en**

¹ Las ideas desplegadas y expuestas en forma sistematizada en este trabajo, tienen origen en el intercambio producido entre los participantes de las reuniones realizadas en el marco de la Comisión de Investigación, que desarrolla su tarea en la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia, y de los Encuentros de Mediación en Materia Penal organizados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de esa misma Dirección, coordinados conjuntamente con María Elena Caram y Diana Eilbaum.

materia penal. Ello en orden a seleccionar una muestra interesante y variada de casos de este tipo, cuya riqueza nos permita formular hipótesis de investigación, con el propósito de avalar - desde una reflexión sobre la práctica - los proyectos que se formulan en la actualidad, con relación a esta materia.

La **inexistencia en el orden nacional de un marco normativo** que posibilite francamente una experiencia piloto, con la excepción de ciertos resquicios limitados², así como los pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional³, parecerían dificultar la conformación de esta muestra en el ámbito sujeto a la competencia nacional. Pero la **revisión de la experiencia** realizada durante estos seis años de vigencia de la ley de mediación nos permite **reconocer innumerables situaciones en las que nuestra tarea se ha desarrollado con distintos grados de vinculación con el escenario penal.** Nos proponemos explorar esas zonas grises en la búsqueda de criterios que hayan servido de indicadores en nuestra práctica.

2.- Criterios objetivos y subjetivos :

*Datos de la realidad y representación psíquica de los sujetos implicados.
La perspectiva del mediador y otras perspectivas posibles.*

Existen distintos **datos de la realidad** susceptibles de ser tenidos en cuenta para incluir un caso en la muestra que intentamos delimitar. Esto sin perjuicio de preguntarnos si acaso es “real la realidad” más allá de la **representación psíquica** que de ella tengan los sujetos implicados.

Planteado en estos términos el tema – datos de la “realidad” y/o representación psíquica de los sujetos involucrados - partimos de la existencia y particular relevancia de **elementos del orden de lo subjetivo**

² En la propuesta que la entonces Dirección Nacional de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (DiNaMARC) formuló a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el Expte.No. 17.193/99 “Ministerio de Justicia s/prueba Piloto de Mediación Penal”, se consideraban los siguientes supuestos :

- 1) delitos de acción privada
- 2) delitos de instancia privada antes de la ratificación de la denuncia, sin perjuicio de las medidas que deban adoptarse para la conservación de la prueba.
- 3) Otros casos en los que, de acuerdo con el art. 76 bis. y la jurisprudencia vigente, existe la posibilidad de la “suspensión de juicio a prueba.
- 4) Casos que pueden ser desestimados por inexistencia de delito o no admisibles por defectos formales, y en los que la mediación resulte útil para mejorar la relación entre las partes implicadas.

³ En su pronunciamiento del 28 de marzo de 2001, el tribunal entendió que el proyecto de mediación no tenía viabilidad hasta tanto las leyes del Congreso no lo incorporaren al cuerpo normativo argentino.

que operan para darle a un caso la posibilidad de ser trabajado con las consideraciones y las técnicas propias de una mediación en la que las personas están implicadas en una situación de conflicto con la ley penal. Por el contrario, no obstante haberse **desplegado objetivamente un procedimiento penal** en los tribunales respectivos, este dato objetivo no parece ser suficiente para que las personas se sientan implicadas en una situación de esa naturaleza, si su conflicto es esencialmente vivido por ellas como de otra índole, por ejemplo familiar o comercial.

Antes de pasar a analizar estos dos tipos de criterios, nos resulta importante subrayar que **esta propuesta está formulada desde la perspectiva de un mediador** que quiere reflexionar sobre **su práctica** y dar cuenta de las intervenciones que realiza y se interroga a cerca de cómo incide o no en esa práctica el mediar en situaciones conexas con infracciones a la ley penal.

Desde otros ámbitos más directamente conectados con el discurso jurídico, se toma como criterio relevante para identificar este universo de casos de mediación el objetivo tenido en mira por **otros operadores del sistema** y se realiza **un recorte diferente.**⁴

A.- Criterios objetivos

a) Un primer criterio objetivo consiste en considerar la existencia de elementos en la **naturaleza misma del caso**, o una “materia propia del derecho penal” susceptible de ser utilizada como indicador. Sin embargo, es necesario admitir que siempre estará latente para las partes la posibilidad de darle un marco penal a la situación que las involucra, aun sabiendo que el planteo no ha de prosperar.

Es decir, sin desconocer la existencia de esta naturaleza penal, por ejemplo en un caso de calumnias e injurias, no es menos cierto que **quien se sienta damnificado elegirá la vía** que quiera imprimir a su reclamo, conforme a la representación psíquica que tenga de la situación y del accionar de la otra parte.

⁴ “Mediación reparación es la institución que pretende resolver los conflictos sociales de orden penal dentro del marco del acuerdo de voluntades, devolviéndole a la víctima un rol preponderante y proporcionándole al autor la posibilidad de comprender su acto equivocado, contrario al derecho, propiciando su arrepentimiento que se traducirá en una manifestación de confianza en las normas jurídicas, conllevando seguridad y restableciendo la paz social”

FELLINI, Zulita, “Mediación Penal. Reparación penal como tercera vía en el sistema penal Juvenil”, LexisNexis, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 19

En este caso, el de **calumnias e injurias**, que podríamos considerar sumamente adecuado para trabajar en mediación penal y en el que las características de la acción lo permiten en las condiciones actuales, puede ocurrir tanto que el presunto damnificado opte por reclamar los daños civilmente como que inicie una querrela con ánimo de conciliar. **En ambos casos la mediación será un medio adecuado para resolver el conflicto y el proceso de mediación a transitar no diferirá sustancialmente, cualquiera sea el escenario judicial elegido por quien inicie la acción.**

Pero también podría ocurrir que el ofendido persiga la obtención de un castigo en sede penal para su ofensor y esta intención punitiva ubicará el caso, muy posiblemente en la zona de lo no mediable.

Por otro lado, paradójicamente, muchas veces lo que es **materia propia del derecho penal, no es vivido por los disputantes como tal**. En estos casos, los participantes buscan en la mediación la posibilidad de resolver su conflicto en menor tiempo y con efectos más adecuados a sus necesidades, que los que podrían obtener en un juicio penal. Es el caso – que hemos visto reiteradamente- de **desalojos en supuestos de usurpación**, en los que el propietario persigue la recuperación del bien y pone a disposición de la otra parte los medios para hacer posible la desocupación.

b) También podemos describir situaciones en las que tomemos otros datos objetivos del caso, como ser la **existencia de un procedimiento penal** que vincule a los disputantes, para tenerlo en cuenta como supuesto de mediación en materia penal.

En este sentido cabe considerar muy **distintos momentos** en el despliegue de ese procedimiento penal, que marcarán **contextos diferentes** para la mediación, así como **objetivos** y eventuales **efectos diversos**, sin que ello determine variantes en la naturaleza misma del proceso de mediación.

La introducción de un proceso de **mediación** en un proceso penal ya iniciado puede tener diferentes **impactos** :

- que el proceso de mediación y el posible acuerdo tengan la virtualidad de **modificar la materia o el relato de los hechos** denunciados en el sede penal y su **consecuente valoración**.
- que, transitado el proceso de mediación con sus efectos propios, haya o no acuerdo, si **el procedimiento penal no es impulsado**

por los directamente afectados o bien si ellos **ponen en conocimiento del tribunal la existencia de un acuerdo**, no obstante le vigencia del principio de legalidad, un cierto **principio de oportunidad fáctica** - alentado por el colapsamiento de los tribunales - desvitalice el expediente en cuestión.

- que, por el contrario, el denunciante decida asumir un rol activo y le dé un **mayor impulso al proceso**.
- que la denuncia **siga su curso**, más allá de la voluntad de las personas, haya o no acuerdo.

Como ejemplos de situaciones en las que hemos intervenido como mediadores entre disputantes vinculados por procedimientos penales, en las que el acuerdo entre las partes tenía la virtualidad de impactar en el proceso penal, podemos mencionar : nulidades de escrituras o redarguciones de falsedad en compraventas inmobiliarias desarrolladas paralelamente a procesos por desbaratamiento de derechos acordados o rendiciones de cuentas entre socios y nulidades de actas de directorio que en el escenario penal vestían el ropaje de estafa y usurpación

Pero es quizás la posibilidad de **evitar el despliegue de un procedimiento penal** uno de los mayores alicientes para impulsar la mediación en los casos de esta naturaleza. Por eso, es justamente **antes de la judicialización de la denuncia o de la ratificación en su caso**, cuando la mediación de estos supuestos adquiere un valor extraordinario para los protagonistas. En estas hipótesis, en las que de llegar a un acuerdo que desactive la denuncia se habría logrado alcanzar un importante objetivo de la mediación en materia penal, sería poco criterioso excluir el caso de la muestra que estamos intentando delimitar por el hecho de no existir formalmente un procedimiento penal que vincule a los disputantes.

B.- Criterios subjetivos

Por las particularidades del procedimiento penal en nuestro ordenamiento y las limitaciones a la disponibilidad del mismo, cobra mayor interés el **elemento subjetivo** implícito en el hecho de la denuncia penal. Y esto, como dato a considerar tanto

- en el **denunciante**, como **deseo** puesto en juego o **amenaza** – explicitada o no- de darle a la situación un encuadre penal, encuadre que depende inicialmente de su voluntad,

- como para **el denunciado** eventualmente, en quien la denuncia opera como **presión** genérica o simplemente como **temor** al descrédito y a las consecuencias de verse implicado en un expediente penal.

Resulta interesante, además, ponderar la **relación existente** - dentro del orden de lo subjetivo - entre la motivación para la **denuncia**, las expectativas del procedimiento y el deseo de sanción, por un lado y el interés de participar en un **proceso de mediación** e involucrarse en el mismo, con comprensión de sus objetivos, por el otro.

Estudios de campo realizados describen distintas franjas poblacionales (por edades, género y situación socio cultural), con diferentes grados de implicación en procesos de denuncia y variadas expectativas con relación a los procedimientos penales y su efectividad para la obtención de los objetivos tenidos en mira en el acto de la denuncia.

Resulta necesario tener en cuenta esas **expectativas** (las que impulsaron la denuncia) a la hora de preguntarse por las expectativas de las partes que ingresan en un proceso de mediación, ya que éstas deben explorarse en forma preliminar a la iniciación del proceso de mediación propiamente dicho, a fin de evaluar el sentido y viabilidad del mismo.

En general se describe como una de las características propias de el procedimiento de mediación en materia penal el hecho de iniciarlo con **encuentros individuales** con cada una de las partes con el objetivo, entre otros, de realizar esa exploración. Otras razones del orden de lo subjetivo indican la conveniencia de esta modalidad en el procedimiento : generar el clima de confianza y preparar, de ser posible, el encuentro conjunto. Este tipo de reuniones “resultan imprescindibles para percibir el grado de conflictividad de las partes, sus expectativas y la repercusión que les produciría un eventual diálogo directo entre sí”.⁵

Cabe destacar que esta modalidad de trabajo no difiere de la que utiliza un mediador en situaciones familiares o patrimoniales en las que una de las partes percibe el obrar de la otra como un ofensa muy punzante o que exprese el sentimiento de considerarse particularmente agraviada por el accionar de la otra, de manera que resulte difícil o contraproducente intentar una reunión conjunta inicial.

⁵ CARAM, María Elena, “Hacia la mediación penal”, LA LEY, 20 de marzo de 2000.

Para ilustrar la incidencia en la mediación del posicionamiento subjetivo con relación al conflicto, proponemos considerar, por ejemplo, los casos de lesiones. Podríamos describir actitudes muy distintas de las personas implicadas, según la situación en la que ocurran :

- un **accidente de tránsito**, donde la comisaría, siguiendo un procedimiento preestablecido, ha dado intervención al juzgado de turno
- una **mala praxis médica**, que supone en la mayoría de los casos la decisión del solicitante de accionar penalmente
- una familia atravesada por la problemática de la **violencia doméstica**.

No cabe duda de que los tres casos podrán describirse objetivamente en forma similar a través de sus consecuencias : lesiones; existirá una materia propia del Derecho Penal, susceptible de ser tratada en un procedimiento penal y la posibilidad de una sentencia condenatoria.

Pero parece indispensable discriminar cuando -como en la primera hipótesis o sea el supuesto de accidente de tránsito- el procedimiento penal otorga un **escenario privilegiado para determinar la responsabilidad u obtener una pericia dentro de un proceso bilateral indubitado**, como presupuestos para la reparación de un daño civil, de otros casos en los que iniciar ese procedimiento encarna principalmente un **deseo de punición** (tradicionalmente asociado a la caracterización de un caso como “no mediable”); y más aún, será conveniente dar tratamiento específico a aquellas **conflictivas familiares** en las que los propios operadores del sistema penal entienden que – en muchos de estos casos – no es el abordaje penal el más adecuado y propician, por el contrario, el tratamiento de la situación en el marco de una mediación con particulares recaudos.

En la mayoría de los casos descriptos, no podemos dar respuesta precisa a los interrogantes que la práctica plantea y ello simplemente porque no creemos que sea posible pensar estas cuestiones con un criterio binario de inclusión o exclusión. En todo caso, los interrogantes que en este intento de sistematización formulamos, nos obligan a entretejer matices y a contemplar las particularidades de cada caso.

Descartamos la posibilidad de postular un criterio a priori, para permitarnos explorar cada situación concreta y discriminar entonces

aspectos que permitan o no considerar el caso como un supuesto de mediación penal. Esto porque el camino ya recorrido, nos muestra cuántas temáticas excluimos en los comienzos de esta práctica y cómo, a partir de la experiencia, se fue ampliando el espectro que era posible abarcar.

El esfuerzo en desplegar consideraciones teóricas y diferenciar hipótesis sólo tiene sentido a los efectos de **implementar en la práctica distintos modelos**, que contemplen las peculiaridades con las que las personas se posicionan en situaciones de conflicto con la ley penal.

Intentar algún tipo de sistematización, generalmente resulta arbitrario y suele responder más a una necesidad de quien escribe que a la realidad tal como nos es dada. Y aunque no hay clasificación que no sea arbitraria y conjetural, entre otras cosas porque no podemos delimitar nuestro universo, esta imposibilidad no logra disuadirnos de planear esquemas conceptuales que nos ayuden a aprehender esa realidad y teorizar sobre ella.⁶

3.- Conclusiones

Consideración de los intereses en juego-Modificación de la normativa vigente.

Con este pensamiento, a los efectos de **incluir o no un caso** como un supuesto de mediación en materia penal y considerar las **modalidades para su abordaje**, hemos recorrido:

Criterios objetivos tales como

- considerar la existencia de **materia propia** del derecho Penal
- tomar como elemento determinante la existencia de denuncia o **judicialización del caso en tribunales penales**.

Hemos estimado que estos criterios objetivos no son los más relevantes para determinar el tratamiento que como mediadores deberíamos darle al caso, toda vez que la instalación de ese marco penal sea consecuencia de que las partes no encuentren otra solución a su conflicto (caso de la usurpación) o si sólo se constituye como presupuesto de

⁶ BORGES, Jorge Luis, "El idioma analítico de John Wilkins", *Otras inquisiciones*, Emecé Editores, Bs.As., 1960, p.142, citado en Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*, Siglo veintiuno Editores, México, 1991.

atribución de responsabilidad o de pericias para obtener la reparación de un daño (caso de los accidentes de tránsito).

Por el contrario, tomamos en cuenta estos criterios objetivos cuando, con ocasión del despliegue de un procedimiento penal, es **decisión de alguno de los operadores judiciales derivar un caso** a mediación, según la evaluación que ellos han realizado del caso teniendo en cuenta elementos tales como: los intereses en juego, la relación que vincula a las partes, la posibilidad de reparar, una etapa procesal adecuada, la oportunidad de la ratificación de la denuncia, la suspensión del juicio a prueba, etc. y en el entendimiento de que el resultado del proceso de mediación tendrá la virtualidad de incidir en el procedimiento penal en curso.

Sin embargo, **la decisión de un juzgado penal de derivar** a mediación un caso que tramita en esa instancia, a los efectos de que se trabaje la reparación del daño, no parece ser suficiente para atribuir naturaleza penal al caso, cuando el foco está puesto en un objeto civil por excelencia.

También hemos considerado criterios subjetivos, particularmente:

- la **determinación del requirente** – expresada como amenaza o como acto – de elegir el escenario penal para desplegar el conflicto, formulando la respectiva denuncia y sosteniendo un rol activo durante el proceso.
- la **representación psíquica que el requerido** tenga de la convocatoria, sea que actúe como elemento de presión y le imprima al caso una modalidad específica, o que, por el contrario, el recurso a la denuncia penal esté tan desgastado que no opere, no obstante su existencia objetiva (supuestos de denuncias por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) o no logre desvirtuar el marco originario (comercial o familiar) que el conflicto tuvo entre las partes.

Tomamos en cuenta estos criterios subjetivos para considerar el carácter penal de una mediación, toda vez que ellos influirán significativamente en la **evolución de la negociación**, particularmente a la hora de **evaluar la alternativa** al acuerdo que se propone y porque significarán para el mediador la necesidad de **elegir** modalidades de trabajo, **técnicas y herramientas conceptuales, comunicacionales y procedimentales adecuadas**.

Asimismo porque las partes intentarán – no obstante la inexistencia de principio de oportunidad en el orden nacional – acordar condiciones que permitan **desactivar un proceso penal** eventual o ya en curso, como un interés insoslayable.

Quizás por este último motivo será conveniente **considerar a nivel nacional regulaciones penales jurídico-materiales** que, independientemente de las normas de procedimiento vigentes en cada jurisdicción (principio de legalidad o de oportunidad), propicien la **inclusión de variables** a contemplar en la evaluación de cada caso, como por ejemplo el arrepentimiento activo.

Este concepto, con un **amplio marco temporal** dentro del proceso y con la consideración de otras formas de eliminación esencial de las consecuencias del hecho, comprensivas de **diversas modalidades de compensación** – y no sólo la indemnización material – podría tener un efecto despenalizador, en beneficio de

- la **descriminalización de los llamados delitos de bagatela** por una parte y
- la **posibilidad de un proceso de reflexión** del autor del hecho sobre los alcances de su obrar, así como un mejoramiento en la **protección y protagonismo** de quienes han padecido las consecuencias de ese accionar, por la otra.

Con ello se estarían teniendo en cuenta los **distintos intereses en juego** en estos particulares supuestos de mediación en materia penal, cuya puesta a consideración de las partes es parte de la tarea y compromiso ético del mediador :

- los **intereses de los afectados** por la situación en forma directa
- los **intereses de la sociedad** en una confirmación de las normas jurídicas como **prevención** general positiva

en la medida en que se dé una respuesta factible a situaciones que, por los resultados de su tratamiento habitual, suelen reafirmar el escepticismo en las posibilidades del sistema tradicional.