SOBRE LA MEDIACIÓN PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS A SU JUSTIFICACIÓN TEÓRICA.[1]

Eleonora A. Devoto [2]

Si tuviera que decidirse el contexto académico de la mediación penal, me refiero a la formación intelectual para abordarla, entiendo que no puede soslayarse en absoluto el conocimiento de la cuestión penal, la que informa cualquier intento por una consideración profunda. Quiero decir que creo que no podría lograse una comprensión abarcadora del instituto sin la herramienta que en este caso e ineludiblemente aporta la ciencia penal y criminológica.

Creo que, recíprocamente, quienes carecemos de una sólida formación en la cuestión de la resolución alternativa de conflictos deberiamos dejar a tales especialistas la elección de las técnicas más adecuadas para resolver algunas cuestiones, como pueden ser, por ejemplo, la aproximación entre la víctima y su agresor. y lo referido a los caminos de la negociación.

Surgen entonces algunas ideas que pretenden vincular los principios de la ciencia penal y los de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Y se intenta así la buscada síntesis: la mediación penal.

Una de las primeras aproximaciones es la idea de la primacía de la víctima. y ello, como puede sencillamente advertirse, se relaciona con la temática de la expropiación del conflicto, dirigida especialmente a las eventuales colisiones de intereses entre el Estado y la víctima, ya que muchas veces los derechos y exigencias de los damnificados pasan muy lejos y aún se oponen a los definidos por el Estado en sus decisiones.

En tal dirección pueden situarse los procesos de re-victimización y aquellos en que los autores insolventes o de escasos recursos se ven dificultados de afrontar la reparación y la multa. Se presentan frecuentemente situaciones en las que, quien es encerrado en una cárcel. , no puede por ello satisfacer o reparar el daño causado a su víctima. El Código Penal argentino, ya en 1921, ha resuelto con una fórmula señera esta eventual colisión, disponiendo en el art. 30 que el pago de la reparación del daño debe preferirse al de la multa, en lo que aparece como un reconocimiento de la eventual colisión y la afirmación de la primacía de la víctima.

En segundo lugar surge la cuestión de los objetivos del sistema penal. En las últimas décadas se ha desarrollado en el ámbito de la ciencia penal una corriente que enfatiza dos ideas: la reparación del daño junto a la pena y la medida de seguridad y consecuentemente, la inteligencia en relación a un derecho penal cuyos objetivos no son ya solamente la retribución o la prevención, sino básicamente la reparación del daño causado (el derecho penal ya no retribuye ni previene, sino básicamente repara). Y en este sentido se observa un derecho penal no enfrentado al derecho civil, porque básicamente intenta una "reformulación punitiva" de conductas vulnerantes de bienes jurídicos. Y cuando se dice " punitiva" se refiere al encuadre penal, porque en rigor el reconocimiento de la reparación del daño en tal ámbito es la admisión de modelos menos punitivos de respuesta penal.

En tal dirección, y para abordar el tema, puede citarse la oposición de contenido entre la posición de Roxin y la de Hirsch, en cuanto el primero se refiere a la reparación del daño como " tercera vía" del derecho penal, que reemplace a la pena en los supuestos de delincuencia leve y media y la acompañe, aligerando el rigor de la pena, en los casos de ofensas de mayor gravedad.

En posición encontrada, el profesor de Colonia afirma que debe mantenerse el distingo entre las naturalezas civil y penal y que..." la víctima se satisface con el justo castigo de su agresor ", si bien reconoce que son ventajas de la "penalización" de la reparación del daño la simplificación del procedimiento para lograrla y su fijación de oficio.

En su cuestionamiento a Roxin, Hirsch utiliza el argumento, en cuanto a que sólo se llegaría a soluciones genuinamente preferibles si se tuviera la posibilidad de perseguir penalmente (a la manera del positivismo criminológico) la concreción de la reparación, lo que rápidamente conduciría a la " prisión por deudas". Entiende el autor, por otro lado que esta tercera vía que propicia Roxin resulta una forma de "abolicionismo encubierto" y la juzga una " consecuencia jurídica ajena al derecho penal".

Decía al comenzar estas líneas que el más severo cuestionamiento proviniente de los movimientos críticos del sistema penal es la expropiación del conflicto que la pena estatal " sustrae" a la víctima, objeción por otro lado más que fundamentada, ya que en la larga historia que traspone entre la venganza privada y la pena estatal es claro que el sistema se desentendió de la víctima. Frente a un ofensor que me lesiona o un ladrón que me hurta la billetera el sistema generalmente se ha limitado a aplicar una pena con un sentido retributivo o de prevención general (intimidación social), y cuando tal

pena se aplicaba esto servía al Estado como control social de la conducta de los agresores. La víctima. por su lado, sólo se limitaba a observar tal conclusión, ello las pocas veces en que tomaba conocimiento de las peripecias procesales.

Esta temática se inserta muy claramente en la historia de la pena estatal: con la Inquisición primero y con el advenimiento de los Estados Modernos después, (contrato social- abolición de la venganza privada- delegación del *ius puniendi* en el Estado), la víctima pasó a ser la olvidada del sistema penal, situación que sólo parece querer revertirse en los últimos tiempos. Digo esto porque no debería creerse, me parece, que el ingreso de la victimología indica necesariamente la incorporación de la víctima al proceso. En esa dirección, en los primeros tiempos se desarrolló una vertiente de victimología (Mendelshon, Von Hentig), que incluyó a la víctima como "responsable" en el sentido de analizar cuál ha sido su actuación como eventual complaciente o aún propiciadora. del delito. En definitiva, se buscaba así atenuar la responsabilidad del autor, introduciéndose una suerte de victimodogmática. En otra dirección, desde hace algún tiempo, alrededor de los 80 y especialmente en Alemania se ha puesto " de moda " la advertencia de la víctima, como una suerte de " reivindicación" y cuyo ingreso se ve desde dos ángulos:

Exigir la responsabilidad de la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión, posiblemente disminuyendo la reprochabilidad del autor, (en este caso en sentido idéntico al anterior), pero también resaltando la figura de la víctima y sus intereses olvidados, lo que eventualmente puede conducir a mayor punición.

Resulta muy claro, en definitiva, que el juez no dirime ningún conflicto. Su función se dirige a establecer si la conducta de un autor se encuadra en un tipo penal y si es así, y es culpable aplicará una pena. Pero el conflicto que subyace en la sustanciación del proceso no solamente no se ha resuelto sino que en ocasiones se acrecienta, por lo que se ha entendido que la víctima no sólo lo es del autor sino también de la dogmática y del proceso penal.

Tal reconocimiento, como se ve, indica alejarse de la concepción más conservadora en cuanto a los objetivos de la pena, que se asienta en los principios legitimadores clásicos: la pena como retribución o prevención general y en las últimos décadas también prevención general positiva y negativa. Interesante es destacar otra vez la posición de Roxin, en cuanto niega que la reparación constituya un nuevo objetivo del sistema penal. En su visión la reparación del daño (tercera vía), no aduna un objetivo diverso sino que se incluye en la llamada prevención general positiva, más específicamente prevención de integración. E n tal dirección afirma que la reparación. permite enfrentar al autor con su víctima., comprender su problemática y en su necesidad de repararla, ingresa al mundo de la legalidad. , neutralizando el conflicto causado. Y en tal instancia se pregunta (y nosotros con él) cuál sería el interés en la retribución, en la medida en que no parece restar un interés social en aplicar una pena " que hiera", a la manera de Binding.

Por último cabría preguntarse cómo enfrentar hoy, en plena campaña de "*law and order*" esta relativa novedad de la mediación penal, que puede aparecer en el gran público y quizás también en los abogados no especialistas como un factor de mayor lenidad. Esta misma controversia se presentó frente a la legitimación de la suspensión del juicio a prueba (*probation*). En ese momento se plantearon cuestionamientos, derivados del principio aparentemente " sagrado" de la irretractabilidad de la acción penal, desde una concepción de legalidad procesal. absoluta, que consagra el art. 71 del Código Penal argentino

Me parece que todas las expresiones desarrolladas hasta ahora pueden adecuarse a los cuestionamientos de mayor rigor en la aplicación de la ley penal

A partir de reconocer que la mediación penal cumple con los objetivos de asegurar la primacía de la víctima -a través de la restitución de su conflicto y la reparación de su daño-, agreguemos dos beneficios: el primero es que la mediación favorece lo que se conoce como prevención de integración, que es la mirada desde el agresor, que - enfrentado a su víctima y al problema causado - podrá aceptar con mejor predisposición esta " vuelta" al ámbito de la legalidad y así se evitará, consecuentemente, la imposición de una condena, con todo lo que esto significa de mayor estigma y marginalización

Y el otro, que quizás para algunos sea el único, es que la introducción y utilización de la mediación penal tiende a hacer más eficiente el sistema, porque al ser un instituto que está ubicado en el inicio del proceso, en realidad sustituye el procedimiento jurisdiccional, cortándolo, por ejemplo- y según sea el sistema instaurado-, en la decisión fiscal de no llevar adelante la acción penal si el conflicto se ha resuelto por autocomposición. Y en otros casos en la homologación jurisdiccional del acuerdo entre la víctima y el autor. Negociación, conciliación, autocomposición, no son términos que contradicen la instancia penal; antes bien deberían acompañarla con asiduidad.

Y aún desde la óptica del eficientismo (que no es la nuestra), puede pensarse que los siempre escasos recursos de las agencias del sistema penal se emplearían con mayor justificación en los supuestos de delincuencia graves.

Ya pueden oirse, sin embargo, las voces adversas a la mediación penal. Ellas pertenecen a quienes justifican la pena en el castigo y su aplicación en el ejemplo intimidante. A ellas puede responderse siempre que la retribución es irracional y que un Estado no debería diseñarse sobre la voluntad de castigar, por más que esta resida en el inconciente colectivo. Y que la instrumentalización del ser humano conlleva a mediatizarlo, cuando no hay opción en el axioma de que constituye un fin en si mismo.

Lo que aquí se expone está dicho desde una legitimación con reservas del sistema penal. Tampoco se entiende que hoy estemos en condiciones de abolir el sistema penal, pero es hora - si no hemos de renunciar a principios de humanismo, igualdad y justicia- de denunciar que nuestro sistema actual es marcadamente selectivo y desigual.

En tal dirección no puede obviarse que es menester recurrir a modelos menos punitivos, de supremacía de la víctima y que contengan un grado aceptable de ayuda social al agresor, generalmente perteneciente a los estratos sociales más desfavorecidos.

Los modelos penales menos punitivos prevén en sus diseños, el reconocimiento de la víctima en primer lugar, la posibilidad de satisfacer objetivos de no excesiva retaliación del agresor (ya advertidos señeramente por Dorado Montero, el ilustre correccionalista español) y la aplicación de pena sólo cuando la protección de los bienes jurídicos no aparezca posible por medios menos intrusivos.

Mi posición es de bienvenida a la mediación penal y el cuadro de justificación teórica expuesta pretende constituir un punto de mira desde el que puedan darse respuesta a los problemas prácticos que puede plantear la instrumentación del instituto.

---

1 Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio.

2 Eleonora A. Devoto, Defensora Pública de Tribunales Orales Criminales en lo Federal. Investigadora Permanente del Instituto Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Regular de la Facultad de Derecho de la UBA y de otras universidades.