
Dr. Marcelo Pablo Vázquez

Juez de Cámara PCyF del Poder Judicial de la CABA. Ex presidente del Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA.

La mediación penal

¿Un nuevo paradigma en el derecho penal o una herramienta para el ejercicio discrecional de la persecución pública local?

I. Introducción. La necesidad de un debate constante

Se puede pensar al Derecho no como un fenómeno estático, sino como en constante formación.

No solo por la incesante producción legislativa que representa la herramienta principal mediante la cual magistrados, funcionarios, abogados y ciudadanos apoyan sus resoluciones, formulan peticiones y que utilizan en el proceso de adopción de decisiones en la comunidad.

También, esta constante reconfiguración que experimenta el fenómeno jurídico obedece a las interpretaciones, reflexiones, debates, críticas y propuestas de reforma que surgen respecto de esas mismas leyes y que se dirigen a lograr que su eficiencia —tan solo hipotética en las aspiraciones del legislador—, se verifique en la dimensión de la vida diaria.

El presente artículo tiene como objetivo reflexionar y debatir acerca del sentido y funcionamiento de la mediación penal, que indudablemente se refleja en los cimientos de nuestro saber y nos enfrenta, de manera concreta, al desafío de seguir contribuyendo en su conformación.

Si bien no es esta la primera oportunidad en que reflexiono acerca de este instituto —incorporado en el Código Procesal Penal que rige en esta Ciudad y que entró en vigencia a mediados del año 2007—, también quedaron de manifiesto mis convicciones al respecto tanto en las sentencias dictadas en las causas en que he tenido oportunidad de intervenir y referiré luego con mayor precisión¹, como en distintas publicaciones jurídicas de esta Ciudad.²

Como antecedente de este trabajo, en la publicación del Centro de Formación Judicial 2011/12, me expresé acerca de las cuestiones teóricas vinculadas con los distintos modelos de justicia y más específicamente en relación a los problemas propios de la justicia penal.

En el presente trabajo me propongo abordar no tanto la dimensión teórica, sino más bien la dimensión práctica de la mediación penal: el modo en que el instituto ha sido regulado en la práctica, las perplejidades que despierta y también plantear algunos interrogantes que pretenden funcionar como contribución para el futuro.

II. Justicia restaurativa como alternativa

La mediación es el instrumento de la justicia restaurativa, entendida como el modelo de resolución de los conflictos exteriorizados a través del delito, que descarta las penas clásicas, priorizando la recomposición del vínculo entre imputado y víctima, y la reparación del daño.

Existen distintos tipos de mediación, sea dentro o por fuera del proceso, pero en cualquier caso significa un modo diferente de conceptualizar el derecho del Estado a castigar, y la naturaleza de la acción penal.

En ciertos casos, la mediación es una instancia conciliatoria dirigida por un tercero ajeno al proceso, el mediador, quien debe establecer las

pretensiones de cada una de las partes y propiciar una composición voluntaria del conflicto. La concreción de un acuerdo válido depende de la libertad con que las partes hayan arribado al mismo. Es un mecanismo implementado por profesionales de distintas disciplinas.

La composición es el objetivo del proceso de mediación al que se recurre, cuando las partes no han logrado ponerse de acuerdo para reparar el daño y concluir el conflicto provocado por un hecho ilícito.

Esta opción no parece ser muy diferente de la introducida en otras ramas del derecho. Tampoco es algo novedoso. Algunas sociedades como las indígenas propician desde antaño este modo de resolución de los conflictos entre los miembros de su grupo, pero fundamentalmente dirigido a compensar al clan por el prestigio perdido.³

En definitiva, es un proceso no adversarial a cargo de un tercero neutral e imparcial que, oficial u oficiosamente, procura el acercamiento de las partes para llegar a un acuerdo para ambas, para resolver un conflicto del pasado con miras hacia el futuro.

III. La regulación de la mediación penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a) Fines y Oportunidad

El Código Procesal Penal exhibe de manera confusa el modelo de justicia escogido por el legislador, dado que procura introducir diversos métodos alternativos de resolución del conflicto, pero en el marco de un sistema tradicional de justicia penal.

Así, establece como objeto de la investigación preparatoria, y por ende el orden de obligaciones en cabeza del fiscal, “la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas

o promover o desechar la realización del juicio” (artículo 91 CPPCABA).

A esos efectos, el fiscal debe comprobar la existencia de un hecho típico mediante las diligencias y averiguaciones conducentes al descubrimiento de la verdad, las circunstancias que califican el hecho, individualizar a sus autores y partícipes, y propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos. En este orden.

Por otra parte, si el fiscal no dispone inmediatamente de iniciadas las actuaciones de su archivo, debe dictar un decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria (artículo 92 CPPCABA).

Sin que sea casual la referencia a las normas, las vías alternativas no eximen al fiscal de sus obligaciones primarias: determinar cuál es el objeto de investigación, la existencia —en principio— de un hecho tipificable como delito, que la persona vinculada al proceso tiene relación con éste, y que luego de establecidos estos extremos básicos, existen vías alternativas adecuadas para resolver el conflicto, sin necesidad de aplicar una pena clásica.

Entre otras razones, porque se lesiona la presunción de inocencia si se somete a una persona a la disyuntiva de asumir su responsabilidad en un presunto delito —que no tenemos certeza de que exista— aceptando una conciliación por un conflicto cuyas características se ignoran, u optando por repeler la imputación y ejercer su defensa con el riesgo y la incertidumbre sobre el resultado final del proceso penal.⁴

En resumen, a la mediación no debe recurrirse sin el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el legislador respecto de la determinación del objeto de la investigación, la verosimilitud sobre la existencia de un delito y sobre la imputación personal; todo ello bajo riesgo de reducir su finalidad a un modo de ejercicio ar-

bitrario del principio de oportunidad, direccionado a conciliar la precariedad de los medios de que dispone la justicia penal con estadísticas presentables o medianamente defendibles. Bien lejos, entonces, del verdadero objetivo de resolver un conflicto real entre personas reales.

Esto no es un tema menor, porque el concepto de lo macro desnaturaliza lo micro, y así en el caso concreto la mediación no operará sobre el autor que no se asumirá como tal ni se sentirá verdaderamente obligado a reparar el daño infringido a la víctima, a la que tampoco reconocerá como tal, de modo que no se solucionará un conflicto que el fiscal supone, pero no tiene certeza de su preexistencia.

Para convalidar o afianzar esta opinión, sobre la relevancia de la ubicación sistemática y su significado, téngase presente que en la misma norma y como otra modalidad alternativa al juicio se prevé el avenimiento o acuerdo sobre la pena y las costas; en definitiva, el denominado juicio abreviado en otros ordenamientos.

Este instituto comparte con la mediación los requisitos de procedencia expuestos *supra*, toda vez que concluye con una sentencia condenatoria, con la que se diluye el principio de inocencia constitucionalmente garantizado a todos los ciudadanos.

Salvo que se admita en nuestro Estado de Derecho que las condenas penales no guardan vinculación alguna con la culpabilidad del autor, no puede sostenerse válidamente otra conclusión.⁵

b) La regulación de la mediación penal

El título IX del CPPCABA “Clausura de la investigación preparatoria y citación a juicio”, en su capítulo 1 contempla diversas vías alternativas al juicio.

El artículo 204 expresa: “En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fis-

cal podrá: 1) Acordar con el/la imputado/a y su defensor/a la propuesta de avenimiento, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 266. 2) Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición”.

No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I -Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8° de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar).

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

En caso de acuerdo el/la fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite (Conforme texto art. 1° de la Ley N° 2.452, BOCA-BA N° 2.804 del 06/11/2007).

Por su parte, el artículo 205 del CPPCA-BA regula la suspensión del proceso a prueba, estableciendo: “En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta inmediatamente antes del debate o durante éste cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la imputado/a podrá proponer la suspensión del proceso a prueba. El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Minis-

terio Público Fiscal y a la querellante, si lo hubiere, o a la víctima. Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime pertinentes, o la deniega. La oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno. Cumplidas las condiciones impuestas, el/la juez/a, previa vista al Ministerio Público Fiscal, dictará sobreseimiento. En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda”.

El artículo 204 transcripto *ut supra*, habilita al fiscal a propiciar durante la investigación penal preparatoria una instancia de mediación o composición, tanto en delitos de acción dependiente de instancia privada, cuanto en los de acción pública que no son excluidos por el propio precepto, concluyendo el proceso mediante archivo en caso de acuerdo entre el imputado y la víctima.

La norma no precisa en qué debe consistir el acuerdo, pudiendo tratarse de una reparación pecuniaria, de una satisfacción moral —como por ejemplo un pedido de disculpas⁶—, recomposición del vínculo, trabajos a favor del damnificado, entre otros. En cualquier caso, “la reparación debe asumir la forma de un esfuerzo serio, realizado por el autor, con la finalidad de enmendar, en alguna medida, el daño producido, a la víctima, por el delito”.⁷

La reparación pecuniaria del daño causado, en consecuencia, no se erige en un requisito de admisibilidad de la solución alternativa, aun cuando pueda inferirse tácitamente del precepto.

Téngase en cuenta que tampoco el Código Penal establece como pena principal ni accesorio la reparación, salvo como un requisito de ad-

misibilidad para la concesión de la suspensión del proceso a prueba (artículo 76 bis), como circunstancia a tener en cuenta por el juez al momento de determinar la pena o suspender su ejecución (artículos 26 y 41), como requisito para cesar el cumplimiento de la inhabilitación absoluta o especial (artículo 20 ter), como causal de extinción de la acción en los delitos reprimidos con multa (artículo 64) o como exención de pena en caso de retractación en los delitos contra el honor (artículo 117).⁸

Asimismo, al dejar en manos del fiscal la decisión de proponer la vía alternativa, guarda similitud con lo previsto en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal de Francia (conforme la Ley 93-2 del 4 de enero de 1993) que establece que: *“el fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y a contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción”*.⁹

De lo expuesto se desprende que la mediación penal es un instituto que, en la medida que resulte exitosa, clausura el progreso de la acción penal. Sobre este aspecto habré de referirme más adelante.

La mediación penal es posible en todos los delitos, excepto los expresamente incluidos en el artículo 204 (CPPCABA), segundo párrafo. Así, no procede respecto de los delitos dolosos contra la vida, los delitos contra la integridad sexual, y las lesiones previstas en el artículo 91 cuando se produzcan dentro de un grupo familiar conviviente, aunque se trate de uniones de hecho.

La vastedad de las conductas admitidas contradice la opinión dominante sobre la conveniencia de su procedencia en el caso de delitos leves o de mediana gravedad y en los que el bien jurídico protegido no pertenezca sino

fundamentalmente a la víctima. La afectación al sistema penal en su conjunto y la finalidad de la pena es evidente en casos gravísimos como, por ejemplo, el robo seguido de muerte (artículo 165 CP) o en el resto de los delitos contra la propiedad, en el delito de secuestro (artículo 170 CP), en los delitos de funcionarios públicos, en el de envenenamiento seguido de muerte (artículo 201 bis), en los delitos contra la administración pública, etc.

La enumeración de supuestos consignada en el párrafo anterior es suficientemente descriptiva para dimensionar el alcance —desmesurado— de la norma, aun cuando no haya operado todavía la transferencia a la justicia local de los delitos aludidos. La situación así planteada es compleja y preocupante.

En otro orden, sobre el estilo legislativo vale destacar que la redacción es muy particular —para decirlo de algún modo—, ya que alude a “causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I... y Título III”, cuando una práctica legislativa precisa aconsejaría aludir a “delitos dolosos” más que a “causas” —vocablo que actúa como sinónimo de procesos judiciales— cuyo objeto sea la verificación de la existencia de alguna de las conductas dolosas previstas en los títulos mencionados.

Pero además, —siendo que por exclusión de la exclusión—, la mediación penal sería procedente solo para los delitos culposos previstos en esos títulos, debemos advertir que en el Título III no existen conductas o acciones que revisten tal calidad.

Tampoco es comprensible la inclusión expresa del artículo 91 del Código Penal, distinguiendo entre su perpetración dentro o fuera de un grupo familiar conviviente, cuando se trata de un delito doloso contra la vida previsto en el Título I, de modo tal que aun en los casos de lesiones gravísimas producidas entre personas no convivientes la mediación penal no sería procedente.

Una última referencia al modo en que el legislador redactó este pasaje de la norma. Se cita expresamente el artículo 8 de la Ley 24.417 que, en definitiva, modifica el artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación, de modo tal que este precepto tiene el curioso privilegio de ser el único que remite a una norma del Código Procesal Federal. No obstante, el único sentido de la cita parece ser la referencia a “uniones de hecho” y a precisar la fuente de la que se extrajo el término.

La inconsecuencia del legislador no debemos presumirla porque lastima los ojos del intérprete.

c) Limitaciones a la mediación penal

En el tercer párrafo del artículo 204.2 se limita la viabilidad de la mediación en caso de incumplimiento de “un acuerdo en trámite anterior, o [que] no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación”.

Más allá de que el incumplimiento de un acuerdo permite un pronóstico desfavorable a futuro, es discutible esta limitación, teniendo en cuenta los objetivos del instituto y las dificultades para establecer su alcance y modo de implementación.

En primer lugar, puede considerarse que para el legislador son sinónimos “en trámite anterior” y “otra investigación”, de modo tal que si el procesado incumplió un acuerdo o no transcurrió un mínimo de dos años desde la firma de un acuerdo en otro proceso penal, no es posible acceder a esta solución alternativa, por más que exista composición entre las partes.

Otra opinión posible es que sean conceptos diferentes, es decir que con “trámite anterior” se aluda a un acuerdo en el mismo proceso donde se pretende una nueva mediación, ya que de

referirse a otra investigación no hubiera utilizado dos términos distintos. De acuerdo a esta otra interpretación posible sería viable una nueva mediación aunque se hubiera incumplido un acuerdo, siempre que hubiera transcurrido el plazo mínimo de dos años.

Cabe preguntarse si tienen sentido estas limitaciones si, en definitiva, se trata de dos o más conflictos distintos, que pueden incluir a sujetos también distintos, y que el objetivo declarado de la ley es privilegiar la solución de la controversia por sobre la aplicación de una pena.

Poco valdría aquí la voluntad de las partes de solucionar el conflicto penal e interrumpir el progreso de la acción.

Por otra parte, la distinción entre “acuerdo de mediación incumplido” y “acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal”, significa que el límite temporal para acceder a una nueva mediación alcanza a las otras vías alternativas previstas; entre ellas, el avenimiento del apartado 1 del mismo artículo 204 y la suspensión del proceso a prueba del artículo 205.

Es decir que, si en otro proceso fue condenado conforme las previsiones del artículo 204.1 y 266 o hubiera sido suspendido a prueba, no sería factible acceder a una mediación o composición como mecanismo para extinguir la acción. Por derivación lógica, tampoco sería procedente en caso de que el imputado posea condenas anteriores.

La inexistencia de un registro oficial de mediaciones y el mecanismo de consulta de los fiscales impide, por otra parte, cumplir con las limitaciones aquí analizadas.

d) Los efectos de la mediación penal

En el último párrafo del artículo 204 CPP-CABA, se faculta al fiscal a disponer el archivo de las actuaciones sin más trámite, en caso de acuerdo. Esta disposición se integra con lo pre-

visto en el artículo 199 inciso “h” y el artículo 203 *in fine*. El primero expresa que procederá el archivo cuando: se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el art. 204 inciso 2º. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas.

El artículo 203 trata de los efectos del archivo y establece que si se hubiera dispuesto por la causal del inciso “h” se podrá reabrir el proceso “cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación”.

La contradicción normativa es evidente ya que mientras una habilita al archivo “sin más trámite” en caso de acuerdo, las otras difieren la decisión al cumplimiento efectivo del mismo.

En este aspecto, auditar la labor de los fiscales y establecer su proceder permite responder si reciben el mismo tratamiento todas las víctimas e imputados que arriban a un acuerdo. Conforme datos informales, existen procederes disímiles, algunos archivan sin más trámite y otros difieren la decisión al cumplimiento del acuerdo. En consecuencia, la práctica no ofrece certidumbre jurídica.

Aun más, el archivo no es definitivo en tanto el artículo 203 *in fine* admite que se reabran las actuaciones en caso de frustración del acuerdo atribuible a la “actividad u omisión maliciosa” del imputado, pero esto no procedería si el incumplimiento es por causas ajenas a su voluntad e igual se produjo una composición del conflicto.

A modo de ejemplo, si luego de un acuerdo de restituir el inmueble usurpado, el imputado permanece en él, el incumplimiento sería el fruto de una “omisión maliciosa”. Ahora bien, si abandona la propiedad y luego la vuelve a usurpar o daña la misma comete un nuevo de-

lito que, no necesariamente sería considerado como una “actividad maliciosa” a los fines del acuerdo. La pregunta, en este caso sería si se considera también que hubo incumplimiento y, por tanto, se reabre aquella investigación, o el archivo pasó en calidad de cosa juzgada porque inicialmente cumplió el acuerdo.

Por otra parte, el incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del autor difícilmente, aunque no siempre, posibilitaría la solución del conflicto, ya que en definitiva las razones por las cuales la víctima concilió se ven defraudadas, no importa las circunstancias por las que ello ocurriera.

Estos supuestos generan la necesidad de una evaluación exhaustiva de cada caso, a la que el fiscal solo puede arribar convocando a las partes para conocer lo sucedido desde el acuerdo hasta ese momento; todo ello, antes de revocar el archivo dispuesto o no archivar a resultas de la satisfacción de las pretensiones de la víctima. Me permito dudar que el fiscal actúe aquí con la objetividad propia de un tercero imparcial, ya que intervino en el acuerdo al propiciarlo.

En resumen, el archivo es dispuesto inmediatamente de arribado al acuerdo o luego de cumplido con el mismo, según el fiscal que intervenga; y es definitivo, salvo que no sea honrado el compromiso maliciosamente.

Las variables son tantas como acuerdos e incumplimientos existan, ya que dependerá en cada caso particular lo que acontezca, en función de la práctica de cada fiscal, en las características del acuerdo, y en la conducta posterior del imputado.

e) La mediación en el régimen penal juvenil

Tenemos aquí otro producto cuyos autores legislaron de distinta forma. Otra vez la tan mentada inconsecuencia, teniendo en cuenta que hablamos del mismo órgano legislativo.

La Ley 2451 establece el régimen procesal penal juvenil aplicable a las personas que tengan entre 16 y 18 años de edad no cumplidos a la fecha de los hechos objeto de la investigación preparatoria.

El título VIII regula dos vías alternativas de resolución de conflictos: la mediación y la remisión. La primera ofrece características comunes con la regulación en el Código Procesal Penal teniendo por finalidad: pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal (artículo 55 CPP).

En cuanto al procedimiento se observa una mayor precisión, aunque la norma precitada ratifica el criterio legislativo de que el proceso penal es una pena en sí misma, cuanto menos desde la vivencia tanto de la víctima como del imputado, priorizando el modelo de justicia restaurativa.

Dicha norma prevé la existencia de una “oficina de resolución alternativa de conflictos” y establece que la mediación podrá ser requerida por el fiscal, o a solicitud del imputado, o de sus representantes legales, o de la víctima. Además, un registro único de resoluciones alternativas del conflicto que funcionará en el ámbito de la precitada oficina.

En este régimen, la facultad de propiciar la mediación deja de ser exclusiva del fiscal.

Es obligatoria la presencia del imputado y su defensa en las audiencias de mediación, autorizando la consulta previa con sus abogados para aquel y para la víctima.

En cuanto a sus efectos, el artículo 71 determina que solo procede el archivo definitivo cuando se hayan dado “enteramente por satisfechas” las pretensiones de las partes. Cuando

dependa del cumplimiento de alguna obligación, se archiva provisoriamente hasta que se acredite su cumplimiento. De lo contrario, se reinicia la investigación.

El instituto de la remisión se diferencia de la mediación en que aquel no depende del arribo a un acuerdo con la víctima, aunque sí de la reparación del daño causado. También en que en la remisión, quien resuelve sobre su procedencia y concesión es el juez, quien incluso puede disponerla de oficio.

Como se advierte de lo expuesto, el criterio legislativo varía en cuestiones esenciales sobre la regulación del instituto.

f) La mediación contravencional como causal de extinción de la acción pública

Brevemente, tanto para abonar la opinión que defiende sobre la inconstitucionalidad de la mediación penal local, cuanto para consolidar la idea de que el legislador no ha sido consecuente, casi que por su cargo de conciencia, habré de referirme a la mediación contravencional.

Tanto en su versión original, cuanto en la actualmente vigente¹⁰, el Código Contravencional, en observancia estricta del principio de legalidad expresamente incluido en su artículo 4, estableció el carácter público de todas las acciones contravencionales que son ejercidas de oficio por el Estado, a través de los fiscales que lo representan, salvo cuando afectan a personas de existencia ideal, consorcios de propiedad horizontal o personas físicas determinadas, o en los casos en que estuviera expresamente previsto en el Libro II del presente código, en cuyo caso la acción es dependiente de instancia privada (artículo 19). A ello se aduna la aplicación supletoria del Código Penal, prevista en el artículo 20.

Vuelvo a destacar que el legislador no lo hizo

en la ley procesal, de modo tal que el órgano legislativo tributa la tesis mayoritaria que considera el régimen de la acción como una cuestión propia del derecho material.

El carácter público de la acción supone que solo pueden extinguirse por los supuestos expresamente previstos en el artículo 40, entre ellos la “conciliación o autocomposición **homologada judicialmente**”, siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros. En cambio, una vez establecida la sanción, el acuerdo con la víctima carece de toda virtualidad para producir ese mismo efecto. Es decir, no extingue la pena.

Dos aspectos relevantes: para tener efectos en el proceso, el acuerdo debe ser homologado por el juez, quien resuelve sobre la extinción de la acción. En segundo lugar, **aun mediando acuerdo entre las partes, el juez cede si la conducta hubiera afectado el interés público o de terceros.**

El artículo 41 define la conciliación o autocomposición como el “acuerdo sobre la reparación del daño” entre el imputado/a y la víctima, permitiendo que se resuelva así el conflicto que generó la contravención.

Al propio tiempo, la norma determina que la conciliación o autocomposición puede concretarse en cualquier estado del proceso, imponiendo al fiscal el deber de procurar que las partes manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliar o llegar a la autocomposición; y al juez la de homologar los acuerdos y declarar extinguida la acción contravencional, siempre que no tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en condiciones de igualdad para negociar o actuó bajo coacción o amenaza. En este caso, no acepta el acuerdo y continúa el proceso.

Insisto en que, en materia contravencional a diferencia de la penal donde es manifiestamente excluido, la aceptación del acuerdo y la

disposición de la acción es una facultad exclusiva del juez.

g) El rol del juez y del fiscal en la mediación contravencional

Es claro que la obligación establecida en cabeza del fiscal —la de propiciar la conciliación— la comparte con el juez, ya que el acuerdo puede darse en cualquier etapa del proceso, incluso en la de juicio cuya dirección se encuentra bajo responsabilidad de éste. Máxime cuando en el último párrafo del precepto reafirma que “el Juez y/o el fiscal deben poner en conocimiento de la víctima la existencia de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos”.

Finalmente, el fiscal puede recurrir a una instancia de mediación, solicitando “el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar el acuerdo de las partes en conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador”.

A partir de una interpretación armónica del precepto, en mi opinión, el juez puede durante el juicio requerir el asesoramiento o la intervención de mediadores por decisión fundada, cuando compruebe que existe predisposición de las partes y la problemática torna indispensable la participación de aquellos.

No obstante, la experiencia en esta materia revela que muchas veces el mejor mediador es el propio juez, especialmente cuando su propuesta de conciliación la formula al inicio del debate, en su primer contacto con las partes.

Téngase presente que la escenografía montada para el juicio, los rituales propios de dicho acto, y el significado cultural de la justicia operan sobre la víctima y el imputado de manera distinta que en la etapa previa, donde el contacto con el fiscal es individual, o en una instancia

oficial de mediación conducida por un extraño al proceso judicial, como es el mediador.

La desconfianza se reduce frente al juez y la voluntad se modifica cuando la víctima comprueba fehacientemente que fue escuchada y su argumentación suficientemente creída como para arribar al juicio público que tiene un peso ritual difícil de mensurar para los operadores judiciales.

La situación que intento describir se resume en la imagen de un cirujano y su paciente a punto de ser operado. Entrar al quirófano no tiene el mismo significado y consecuencias para uno y otro.

Del lado del imputado, advertir que el estado de sospecha sobre su persona progresó también puede influir en su predisposición para resolver el conflicto.

Por ello, aun fracasados los intentos anteriores de conciliar, la evaluación de alternativas en esa instancia tienen el valor adicional de que el juez aparece como garante confiable de un eventual acuerdo. Dicho de otro modo, la víctima confiará que si su victimario se compromete ante el juez no va a ser tan audaz de no cumplir con el acuerdo; mientras que el acusado sabrá que una propuesta razonable y posible de ser cumplida, tiene más posibilidades de ser aceptada por una víctima más confiada y flexible por la presencia del juez.

La investidura del mediador, que no es cualquier mediador sino ni más ni menos que el juez de la causa, y la etapa del proceso en que se plantea, crea condiciones favorables para que el sentido del instituto de la mediación se respete y que se cumplan los requisitos de la justicia reparadora explicitados anteriormente.

Finalmente, los involucrados también se reconcilian con la justicia, en la medida que no obtuvieron como respuesta: “Yo, fiscal, le recomiendo que llegue a un acuerdo, y a usted,

imputado, también”. El metamensaje en una instancia precoz del proceso sería: “no espere que investigue lo que denuncia, y usted quédese tranquilo que no lo voy a investigar pero hágame el favor de quitarme de encima este conflicto”.

Político-criminalmente esta es la peor respuesta que puede brindar el Estado: abandono de la víctima a su suerte y sensación de impunidad en el autor.

Por este camino es factible que volvamos al estado natural que describe el profesor Sancinetti, y como la venganza es indudablemente un asunto público, puede ocurrir que ante la falta de otro (el Estado) que la ejerza, sean las víctimas quienes tengan que hacerse cargo de ella.¹¹

El riesgo opuesto es que —a partir de una evaluación costo beneficio— el inocente se vea compelido a reparar un daño del que puede no ser responsable, con tal de evitar mayores inconvenientes.

Por ejemplo, pese a no haber hostigado ni amenazado a mi ex mujer, ella me denuncia. Aun sabiéndome inocente, y dado que con sus meros dichos nos invitan a conciliar, me conviene acceder a alguna de sus pretensiones para eludir el riesgo del proceso. Además, no sea cosa que si no concilio, el fiscal y el juez se ensañen conmigo por obligarlos a trabajar.

El proceso contravencional o el penal se convierten así en un juego de azar: en una formidable e irracional parodia de solución de conflictos sociales.

IV. La constitucionalidad de la mediación penal

1. La validez del artículo 204.2 del Código Procesal Penal generó un arduo debate en el que se sostienen posiciones inconciliables entre las tres salas que componen la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de

Faltas, y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

El centro de la controversia es la preeminencia de las normas de fondo que establecen la vigencia del principio de legalidad y oficiosidad de la acción penal, o la irrupción válida del principio de oportunidad y de disponibilidad de la acción a través de las reglas procesales que instituyen las provincias y también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En alguna medida también, y quizás este sea el verdadero punto de discordia, las distintas concepciones sobre el proceso acusatorio como garantía constitucionalmente establecida a favor de los ciudadanos —artículo 13.3 de la Constitución local— .

2. En los primeros casos que tuvo ocasión de fallar la Cámara de Apelaciones, consideraron que la mediación penal prevista en el artículo 204.2 CPP era inconstitucional, y así lo declararon de oficio.

La posición unánime, más allá de alguna opinión minoritaria en una de las salas, se sustentó en que la vigencia del principio de legalidad y oficiosidad, que se vincula estrechamente con el de igualdad, impide que las provincias o la Ciudad incorporen nuevos supuestos para el no ejercicio o la extinción de la acción por fuera de las expresamente previstas en el Código Penal.

Consideraron que la acción es una cuestión propia del derecho de fondo, es decir, que ostenta naturaleza penal, careciendo de atribuciones la Legislatura local para alterar su ejercicio, quebrando el sistema penal instituido para toda la Nación.

Si la mediación importa una evidente limitación al principio de legalidad, que obliga a la persecución de todos los delitos que ingresan al sistema de justicia salvo por las causas previstas en la propia ley de fondo, sostuvieron que solo puede ser establecida por el Congreso de la Na-

ción, de conformidad a lo previsto en el artículo 75 inciso 12 CN.

Sin perjuicio de adherir a la doctrina mayoritaria que asigna naturaleza penal a las normas que regulan la acción, aun admitiendo la postura contraria —esto es que se trata de normas procesales—, sostienen que la necesidad de una aplicación uniforme del derecho penal en todo el territorio del país es una premisa del federalismo mismo, y se sustenta también en lo dispuesto por el inciso 32 del mismo artículo 75 que faculta al Congreso de la Nación a establecer disposiciones que garanticen, por vía de los poderes implícitos, la puesta en funcionamiento de los otros conferidos expresamente.

En resumen, tomando párrafos textuales de una de las primeras sentencias dictadas sobre mediación, sobre las facultades legislativas señalaron que: “el art. 204 inc. 2º CPPCABA, como señaláramos *supra*, supone la asunción de facultades legislativas exclusivas del Congreso Nacional, en tanto y en cuanto el art. 75 inc. 12 CN dispone que es atribución de aquél el dictado de los Códigos de fondo, en virtud del principio de unidad de legislación para todo el país, por lo que no puede la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires invadir ese ámbito en el ejercicio del propio en materia procesal. La introducción de la mediación al sistema penal requiere, pues, una necesaria reforma al Código Penal”.¹²

Sobre la viabilidad del principio de oportunidad sostuvieron que: “La introducción de criterios de oportunidad para limitar la persecución penal de algunos hechos punibles, por necesarios que ellos sean, para mayor eficiencia de la persecución penal o por razones de justicia intrínseca del caso, colisiona con definiciones previamente determinadas por la ley nacional, para cuya sanción resulta competente el Congreso de la Nación”.¹³

Finalmente, sobre el instituto de la mediación, declararon: "Compartimos las metas que persigue la introducción de esta vía alternativa, particularmente en el caso de conductas menos dañosas, a fin de consagrar el ámbito de la justicia penal a los temas de mayor trascendencia y gravedad. Creemos en la necesidad de búsqueda e incorporación de 'modelos sustitutivos' capaces de hacer funcionar mejor el sistema penal. En este sentido compartimos la afirmación de Winfried Hassemer: 'tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea —actual, económica y políticamente— necesaria' ("La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Lecciones y ensayos*, N° 50, 1998, Bs. As., Facultad de Derecho, p. 19). Sin embargo, el interrogante es quién, cómo y con qué criterios se debe determinar qué hechos se persiguen y cuáles no, selección que si bien ya existe de facto, carece de transparencia y escapa a controles jurídicos".¹⁴

La declaración de inconstitucionalidad de oficio se justificó por la pretensión de los recurrentes de que se aplicara el instituto que en primera instancia les había sido negado, de modo tal que entendieron necesario un examen *ex ante* sobre la validez constitucional de la norma cuya aplicación se les reclamaba.

3. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad hizo lugar a los recursos de inconstitucionalidad y revocó todas las sentencias dictadas por las tres salas de la Cámara de Apelaciones, reenviando el caso a los jueces para que resuelvan los recursos de apelación contra las denegatorias de las mediaciones solicitadas.

Siguiendo el mismo caso "González", cuyos pasajes de la opinión de los jueces de cámara he transcripto en el apartado anterior, el TSJ admitió los recursos de queja por entender que, si bien el recurso de inconstitucionalidad no había sido interpuesto contra una sentencia definiti-

va, la cuestión excedía el interés de las partes y poseía trascendencia institucional por el efecto que la decisión recurrida podía tener sobre el normal desenvolvimiento del servicio de justicia de la Ciudad.

Sobre esto se señala expresamente que lo resuelto por las tres salas proyecta consecuencias que trascienden el interés particular de las partes y esto lo demuestra el hecho concreto de que —por primera vez— el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa recurren a este Tribunal Superior con un propósito común de naturaleza institucional: que se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido, porque sus efectos obstaculizan o atentan contra el sistema de administración de justicia delineado por el Estado local.¹⁵

Hubo coincidencia en que la Cámara había sobredimensionado la cuestión constitucional al declarar de oficio la invalidez de la norma, dado que no se había llevado a cabo la instancia de mediación requerida por la Defensa y ello era hasta ese momento un escenario meramente hipotético. Desde el punto de vista de los jueces superiores, bastaba con confirmar la decisión que no había admitido la aplicación de la norma en cuestión.

En cuanto a las atribuciones de la Legislatura local para regular institutos vinculados al régimen de la acción penal, solo dos de los jueces se pronunciaron al respecto. De manera coincidente, los jueces Luis Lozano y Ana María Conde, consideraron que es facultad de los poderes legislativos locales organizar los procesos judiciales y establecer las condiciones en que es posible "disponer de la acción penal" o "interrumpir, suspender o hacer cesar el ejercicio de la acción penal pública" porque impedirlo sería privarlos de la posibilidad real de cumplir con su compromiso de estructurar y asegurar su administración de justicia.

El juez Lozano señala : “... el precepto local no establece la extinción de la acción como consecuencia de la mediación, ni se ha probado que ella, conciliación mediante, no se producirá por alguno de los supuestos previstos en el mencionado art. 59 CP u otro mecanismo, regulado por autoridad competente, instado por parte legitimada y requerido de la intervención del juez (vgr. Art. 266 del CPPCABA o 76 bis del CP), de modo tal que no todas las causas de extinción están incluidas en aquel precepto, como por ejemplo el art. 76 ter CP o el indulto, por tanto deduce que no quedan excluidas las provincias de regular la acción por medio de institutos como la mediación”.

A su turno, la jueza Conde expresa : “**la mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos**, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (la afectación real del bien jurídico tutelado, la expectativa de pena que eventualmente podría aplicarse al ofensor, el daño concreto sufrido por el ofendido), **permite saltarse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito**; sentencia que, muchas veces, no encuentra más justificación que el solo cumplimiento de la ley y no resuelve el conflicto que subyace a la eventual respuesta punitiva que brinda o podría brindar el Poder Judicial” —el destacado me pertenece—.

Agrega la distinguida magistrada : “la normativa cuestionada por la Cámara (art. 204.2, CPP), al margen de que pueda ser objeto de críticas —quizás, por su “ambigüedad o vaguedad”—, parece obedecer a la intención de reglamentarla, para ciertos supuestos de naturaleza penal en los cuales no exista un interés que exceda al de las partes involucradas en un

determinado conflicto que los tiene como protagonistas directos e inmediatos”.

4. Con la breve reseña transcripta del primero de los casos resueltos por el Tribunal Superior queda explícita la diferencia conceptual que gobierna, en general, el criterio de los integrantes de la Cámara con competencia penal y los jueces del Tribunal Superior respecto del significado del sistema procesal imperante en este ámbito, y de los institutos insertos en éste que impactan de lleno en el programa criminológico establecido por el Congreso Federal para toda la Nación Argentina.

Hasta donde advierto, el particular régimen federal que nos gobierna no debe ser un obstáculo sino todo lo contrario. La uniformidad penal y el deber del Estado, en respeto de los derechos fundamentales de todos los argentinos, de garantizar un trato igualitario en casos semejantes, es una obligación compartida entre el gobierno federal y las provincias.

5. Sin embargo los fundamentos no son tan claros como parecen serlo.

En el reciente precedete “Cristian Gómez” del Tribunal Superior de Justicia¹⁶, los Sres. Magistrados referidos en el párrafo anterior, si bien en el marco de una causa donde se discutía una cuestión distinta¹⁷, parecieron acercarse a la posición que mayoritariamente expresamos los integrantes de esta Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas en relación a la imposibilidad de las partes de un proceso penal de disponer sobre su vigencia o extinción.

Así, en resumidas cuentas, citando al profesor alemán Günther Jakobs, señalaron que el conflicto penal tiene carácter público, que “... *de las infracciones de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público*” y que “*la decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma (...) no pueden interpretarse como una vivencia del sistema indivi-*

dual 'persona singular', sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social".

Sobre la base de esas reflexiones concluyeron que, el hecho de que la acción sea pública da cuenta de que hay un interés del pueblo en que no existan delitos. No del pueblo de la CABA por los delitos cometidos en la Ciudad, sino del interés de toda la República por los delitos cometidos en su territorio. Si el interés en juego fuera exclusivamente individual, la acción habría sido organizada por el Congreso como dependiente de instancia privada o, directamente, como privada. Así, en el modo en que está prevista en el CP, la acción no puede ser renunciada por el titular del derecho afectado por el presunto delito.

En el precedente que venimos citando, los magistrados en cuestión dejaron en claro que cualquier decisión del legislador local no puede reducir el alcance que el legislador nacional asignó a la persecución de delitos.

6. En el precedente reseñado en el párrafo anterior parecería retomarse la senda conceptual según la cual las causales de obstrucción a la persecución penal pública no pueden ser establecidas por las Legislaturas locales derogando las establecidas por el legislador de la Nación.

Es que ese resulta ser el sentido del alejamiento del diseño utilizado como modelo por el constituyente de 1853, y también el criterio adoptado uniformemente por los codificadores del actual Código Penal y de la casi totalidad de los proyectos que lo antecedieron. Por ello, el régimen de la acción es una cuestión material, tanto para el legislador federal al dictar las normas penales, cuanto para el legislador local para regular la competencia contravencional.

En modo alguno las provincias y la Ciudad Autónoma están habilitadas a introducir en sus normas procesales criterios de oportunidad,

en violación al principio de legalidad, por lo menos en el modo en que se postula en nuestro ámbito.

Tampoco es correcto que se entienda la mediación como uno de los tantos criterios de oportunidad otorgados al fiscal para decidir qué delito debe investigar y cuál no. Entre otras cosas porque, si de algo no puede haber duda es de que la Legislatura no está habilitada para derogar el artículo 274 del Código Penal. Podemos debatir sobre la naturaleza penal o procesal del régimen de la acción pública, más no sostener que nuestros fiscales se encuentren fuera del alcance de dicha norma prohibitiva.

Por último, ignorar los fundamentos teóricos que justifican la justicia restaurativa de la que la mediación es uno de sus instrumentos, justamente deslegitima una herramienta que puede ser de gran utilidad para propiciar verdaderas soluciones para los conflictos que subyacen detrás de algunos delitos.

Las provincias y la Ciudad Autónoma pueden y deben organizar sus instituciones, entre ellas el Poder Judicial, y diseñar los procesos como mejor lo consideren. En cuanto a la justicia penal, todas deben tributar el modelo procesal acusatorio que la Constitución Nacional y con mayor expresividad nuestra constitución han impuesto.

El sistema acusatorio es una garantía para los ciudadanos, pero como tal nada expresa sobre sus notas específicas. Los roles determinados de cada uno de los protagonistas del proceso, la función y reaseguros establecidos para cada etapa, son cuestiones infraconstitucionales que serán válidas en tanto no traicionen el sentido de la manda.

La obligación es ofrecer un sistema acusatorio genuino. No obstante, la concentración de potestades en el Ministerio Público Fiscal que establece el procedimiento local, lo convierte pe-

ligrosamente en un inquisidor clásico, en tanto se le asignan las funciones de investigar, de velar por la legalidad del proceso, de negociar con el acusado, de proteger a la víctima, de conciliar a las partes, y de adoptar decisiones incontroladas.

Si a ello se suma una conceptualización excesivamente generosa del carácter acusatorio del proceso, la situación se acerca a lo que con crudeza sostuvo el profesor Sancinetti en cuanto a que: 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 ocurría, sin atenerse a un principio de igualdad.

Como dato final, vale recordar —que no es menor el detalle— que la Ciudad es una provincia en ciernes; es decir, que se encuentra en un proceso inconcluso de autonomía, ya que uno de los elementos basales de cualquier autoridad local es la de contar con facultades de legislación y de jurisdicción plenas. Una la tiene, la otra la reclama.

Las legislativas, como quedó demostrado, las ejerce no sin marcadas contradicciones. Basta como ejemplo justamente la regulación de la acción y de la mediación en el derecho contravencional: consideró a aquella como una cuestión de fondo, por ello la reguló en el Código Contravencional e incorporó expresamente la mediación o autocomposición como una causal de extinción de la acción.

Como sus facultades legislativas en esa materia están fuera de toda duda y legisló de manera correcta en lo atinente a la acción, atribuyó al juez la decisión final sobre la homologación del

acuerdo de mediación y sobre la extinción de la acción contravencional por dicha causal.

Como carece de atribuciones para hacer lo propio respecto de los delitos, ya que no dicta el Código Penal y la acción penal está regulada, como corresponde, en ese ordenamiento, introdujo la mediación en el Código Procesal Penal pero como un criterio de oportunidad reglado. Le otorga al fiscal la potestad exclusiva de propiciar la mediación y la de archivar las actuaciones en caso de éxito.

El juez —el mismo que participa activamente en el proceso contravencional controlando que las partes arriben voluntariamente al acuerdo, libres de toda influencia— no interviene porque, justamente, no podría declarar extinguida la acción penal por una causal no prevista en el Código Penal.

En esta situación de autonomía retaceada, ese Código Procesal Penal se aplica a un universo mínimo de delitos. La gran mayoría de los que se cometen en nuestro territorio son conocidos y resueltos por una justicia que no forma parte del Estado Autónomo y que aplica normas procesales distintas.

Aun en el supuesto de que resulte válida la admonición de que cada provincia puede regular institutos procesales que alteren sustancialmente el ejercicio de la acción penal, únicamente en nuestra Ciudad Autónoma se daría la irracionalidad de que en un mismo lugar, según que un delito haya sido o no transferido será o no perseguible, según intervenga un fiscal que está obligado por el principio de legalidad u otro que, si bien está alcanzado por este principio, es habilitado procesalmente a aplicar criterios de oportunidad.

No es una película del futuro; ya ocurre hoy. Un mismo conflicto que involucra a los mismos sujetos, según cuál sea la calificación legal que se le asigne a los hechos, puede ser mediado

o no. Si las amenazas son simples, en nuestro Poder Judicial se invitará a conciliar; si fueran coactivas, recibirá el tratamiento propio de la justicia tradicional.

Se me podrá decir que el problema no es nuestro sino del de al lado. Y sí, puede ser. Pero, cuando el problema es además del de al lado y también del de más allá, y del de más y más allá, evidentemente algo no cierra.

En un futuro, que esperemos no sea muy lejano, puede ocurrir que todos los delitos ajenos a la competencia federal sean juzgados por la justicia local, bajo las reglas procesales aquí analizadas.

Me pregunto si son sostenibles los criterios expuestos precedentemente frente a todos los delitos. ¿Sería socialmente aceptable y sostenido con la misma firmeza por nuestros Tribunales que un proceso por robo seguido de muerte culmine en una mediación entre el acusado y los familiares de la víctima?

Teniendo en cuenta que la justicia restaurativa compromete a la comunidad toda para la solución del conflicto que involucra a dos o más de sus integrantes, ¿sería bien recibido que se propicie la mediación entre el representante de la administración pública y el funcionario corrupto que la haya perjudicado?

¿Sería tolerable que frente a ilícitos de similares características, algunos puedan mediar porque el fiscal tiene interés en ello y otros deban resignarse a una “justicia tradicional” aunque tengan voluntad de solucionar el conflicto por otra vía?

Con una visión más federal y abarcadora, me parece sumamente cuestionable que según en qué provincia se cometa un delito, su autor sea sancionado con las penas legales o tenga a su mano variadas alternativas para evitarlas. Del lado de la víctima, que pueda verse satisfecha con la pena aplicada al autor y la reparación civil obtenida o negocie directamente con el au-

tor el resarcimiento por el daño sufrido. Desde la comunidad toda, que contemple el asunto como propio o como ajeno y exclusivo de los involucrados directos.

Peor aún, según en qué Estado se trate, se ejercerán las potestades punitivas conforme lo manda el Código Penal o se privatizará el conflicto por resultar más económico y, aparentemente —ya que no hay comprobación empírica— más eficaz.

Lo dicho pone en evidencia mi opinión. La resumo en una línea: estoy a favor de la utilización de medios alternativos en el sistema penal, pero no del modo anárquico en que son implementados en el presente.

El mejor camino para ofrecer un sistema penal coherente y justo es que a nuestra justicia tradicional le sumemos, complementariamente, la justicia restaurativa para un universo limitado de delitos que pueden ser mejor resueltos por esa vía para beneficio de las partes y de la comunidad; pero hagámoslo para toda la Nación a través de una reforma del Código Penal. Así, el federalismo no se va a ver resentido en modo alguno.

Adhiero entonces a la opinión de que la Legislatura de la Ciudad ha ejercido competencias propias del Congreso de la Nación dictando normas que, como el artículo 204.2 CPP, violan la Constitución Nacional.

V. El funcionamiento de la mediación penal y contravencional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Muy brevemente y capciosamente reproduzco en forma textual un testimonio de una víctima: “Hice una [denuncia] por estos mismos hechos y por ende contra el mismo imputado ... pero, los deseos de hacer esta nueva denuncia, es porque en esta fiscalía **no han hecho nada y**

encima me preguntan si me interesa una mediación, lo cual es ilógico considerando el contenido de estos hostigamientos”.¹⁸

Seguramente existen muchos más conflictos contravencionales y penales resueltos satisfactoriamente a través de la mediación, pero es sintomático lo expuesto por una víctima de una contravención sobre la “lógica” de la propuesta de componer con su victimario y viene a convalidar lo expuesto respecto de la sensación de abandono a su suerte como respuesta inmediata del Estado.

Según el Anuario 2010 de Mediación “Estadísticas descriptivas sobre los procesos de mediación gestionados por la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos” publicado por la Dirección de Política Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

- a- El ingreso de causas llevadas a mediación aumentaron aproximadamente un cincuenta por ciento entre 2008 y 2009, y un diez por ciento entre 2009 y 2010;
- b- En 2010, en materia penal el 60,5 % de las mediaciones fueron por el delito de amenazas; en menor medida por daños, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y por usurpación, en este caso el 6,5%. En materia Contravencional, los ruidos molestos y el hostigamiento involucran el 90 %;
- c- **Se fijaron durante el año un total de 8.243 audiencias:** 4.929 por causas penales y 3.314 por causas contravencionales;
- d- Se mediaron el 49% de las causas y de ellas **exitosamente el 74,5 %;**
- e- Del 51% de las causas **sin mediar, el 89% fueron por “incomparecencia”;**
- f- Las mediaciones penales exitosas se produjeron mayormente en los casos de amenazas; las contravencionales en los de ruidos molestos y los de hostigamiento;

- g- El 65% de las mediaciones penales quedaron resueltas en un período de hasta 3 meses y solo el 14,4 % se extendió más de 6 meses;
- h- En materia contravencional, en un período de hasta tres meses se resolvieron el 78% de los casos.

Del sistema informático JUSCABA surge que en 2010 se iniciaron **40675** causas contravencionales y **16516** causas penales.

En apenas 8569 causas contravencionales y 4283 causas penales se produjo una intervención efectiva de los jueces, de modo tal que **32106** y **12233** respectivamente, **se iniciaron y concluyeron en el ámbito del Ministerio Público.**

Comparando estas cifras con las consignadas en el Anuario antes citado, es fácil concluir que las mediaciones tienen una incidencia relativa en la facultad de disponer de la acción penal que el Tribunal Superior reconoce a los fiscales en base a su particular comprensión del sistema acusatorio.

Las razones por las cuales el 75% de las causas penales concluyen por disposición del fiscal, cuando tiene plena vigencia en la República Argentina el principio de legalidad y oficiosidad de la acción, y los resultados que arroja la implementación de la mediación como expresión de la justicia restaurativa que se propicia, merecen un detenido análisis y repensar el sistema penal argentino desde la experiencia del sistema acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

VI. Conclusiones

Más que conclusiones me interesa dejar planteados algunos interrogantes que surgen a partir de la realidad descripta:

- ¿Importa el modelo de justicia, vale discutir sobre él y, más aún, vale el valor justicia?
- ¿La tradición cultural argentina acepta una justicia consensuada?

- ¿Importa la víctima o, en realidad, la introducción del principio de oportunidad?

- Si importa la víctima, ¿corresponde invitarla a consensuar con su acusado, sin una mínima indagación previa sobre la relevancia penal del hecho?

- Si la justicia como valor reposa, como tantas otras funciones del Estado, en lo formal y en lo sustancial, ¿supone una buena administración de justicia brindarle a la víctima como respuesta implícita que le conviene “un mal acuerdo antes que un buen juicio”?

- ¿Sirve importar e insertar instituciones de la justicia reparadora en el modelo tradicional, sin establecer los objetivos de esa implantación?

- ¿Sirve conminar al imputado, incluso sin que exista acto procesal que fije el objeto de la investigación penal preparatoria y que formalmente aquel ostente tal calidad, a acordar una reparación para evitar el proceso afectándose así el principio de inocencia?

- ¿Instaura la mediación dos tipos de justicia, una para los pobres que no pueden ofrecer una seductora propuesta de reparación del daño causado, y otra para ricos o poderosos que sí pueden comprar su impunidad?

- Reconocer que solo es un instrumento de simplificación o negación del proceso como expresión del principio de oportunidad y de disposición de la acción, ¿permitiría re-discutir la mediación penal para que opere realmente a favor de la víctima, imputado y comunidad como una verdadera expresión de justicia restaurativa?