

MEDIACIÓN PENAL.

* Martín Ramírez

SUMARIO

I-INTRODUCCION

II-PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

III- RESOLUCION ALTERNATIVAS DE CONFLICTOS. LA

MEDIACIÓN PENAL.

IV-CONCLUSIONES

I- INTRODUCCIÓN.

Sabido es el cúmulo de tareas que pesan sobre la justicia penal. En este contexto muchas veces la tramitación de ciertos procesos culmina con una resolución de mérito que deja el problema o “conflicto” que le dio origen subsistente.

A dicho “conflicto” lo podemos definir como a un estado de desarmonía. Esto significa una nueva perspectiva de la cuestión penal, ya no pensada en la necesidad de la imposición de una pena, sino orientada a la búsqueda de una solución a una situación, lo cual resulta favorable para todas las partes involucradas.

Muchos de los “conflictos” que son materia de investigación en la justicia penal, se vinculan a cuestiones vecinales o familiares, por lo que la permanencia de los mismos tras la intervención de la justicia, produce a

* Abogado UBA / Posgrado en Derecho Penal en la Universidad de Palermo.-
Jefe de Despacho de 1ra. – Relator / Tribunal Oral en lo Criminal nro. 27 de la
Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

veces un replanteo -con la consiguiente recarga de trabajo-, y sobretodo, genera en los que promovieron las acciones -con el dictado de las resoluciones referenciadas-, una sensación de insatisfacción y descreimiento de la justicia.

La situación de permanencia del “conflicto”, incluso se puede presentar, no obstante la imposición de una pena tras el proceso judicial.¹

Lo antedicho, no conlleva una crítica a una decisión jurisdiccional, sino que como se podrá apreciar con el avance de la lectura, a observar la cuestión penal desde otra perspectiva, y por lo tanto, abordar su solución también desde otro espacio.

Recuerdo que hasta hace no mucho tiempo atrás, cuando no se había producido aún la transferencia de competencia de delitos a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, algunos de ellos, que claramente revestían el carácter de “conflictos” familiares/vecinales, no recibían tratamiento por parte de la justicia nacional, por cuanto muchas veces se atendía a una orfandad probatoria y la causa pasaba rápidamente a un estado de archivo.

El Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, precepta el instituto en análisis y ya tiene implementado un sistema para resolver en forma alternativa el “conflicto”.²

¹ Julio Maier sostuvo: “estimo que lo único rescatable son los esfuerzos de algunos por entender a los conflictos sociales, que inevitablemente ocurren en la sociedad, prescindiendo de la violencia, que no por ser estatal y legitimada por el orden jurídico, deja de ser desarrollo de la violencia como método de solución de esos conflictos. En efecto, la pena estatal constituye el máximo desarrollo de la violencia autorizado por el orden público y aplicado por funcionarios del Estado facultados para ello. Entre estos intentos, la restitución al statu quo ante (reparación) para el portador del bien jurídico agredido por el autor y la composición autor-víctima, como método o procedimiento para cumplir acabadamente ese propósito, son los más claros exponentes de la pretensión renovada por humanizar el sistema penal, pretensión que, en sí, es tan antigua como la aparición en el mundo de la pena estatal” Prólogo del libro “Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso” Compilación: Gabriela Rodríguez Fernández. Ed. Del Puerto. Año 2000.

Los mismos hechos que antes eran desatendidos por la justicia, hoy en día reciben por parte de la justicia de la ciudad el tratamiento que merecen, pero esto sigue siendo una materia pendiente en el orden federal y en otros códigos provinciales.

II- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD.

A-El principio de “legalidad” en nuestro sistema jurídico positivo se encuentra plasmado en el art. 71 del CP, que establece que *“Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción de las siguientes....”*.

En las antípodas de este principio se encuentra el de “oportunidad”, vinculado a la posibilidad de disposición de la acción penal, fundamentada en razones de política criminal y procesal. Concretamente es la posibilidad de no iniciarla, de suspenderla, de limitarla en su extensión objetiva y

2

Art. 204.- VÍAS ALTERNATIVAS “En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal 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”.-

subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente. Se erige en una excepción al principio de legalidad.

En nuestro derecho, impera el principio de oportunidad reglada, por lo que los casos en que resulta aplicable se encuentran previstos legislativamente.

En lo que a este trabajo interesa, señalaremos como criterios de oportunidad expresos o reglados, el previsto en la ley 23737 –de estupefacientes-, y el incorporado por la ley 24.316 –probation.-

La ley 23.737, establece para las personas consumidoras que dependiesen física o psíquicamente de estupefacientes, una medida de seguridad curativa consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo que sea necesario a esos fines. Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal en aquellas causas que se encuentren personas procesadas. A su turno, dicho cuerpo normativo establece que acreditado el resultado positivo del tratamiento se dictará el sobreseimiento definitivo, caso contrario se reanuda el trámite sumarial – arts. 18 y 19.-

Por su parte la ley 24316, introdujo al código penal, el instituto de la probation, incorporando los arts. 76 bis, ter y quarter, los que contemplan la posibilidad de suspender el trámite del proceso, por tanto la prescripción de la acción penal, a la espera del cumplimiento o no, de las reglas de conducta impuestas al encartado. En caso de cumplimiento se dictará su sobreseimiento, de lo contrario, se seguirá con el trámite de la causa.

Estos dos principios de oportunidad reglados, tienen en común, que preceptúan casos de suspensión de la acción penal, a la espera del resultado favorable o no, de un tratamiento en un caso, y del cumplimiento de ciertas obligaciones en el otro.

B- La falta de la plena vigencia del principio de oportunidad, colabora con la sobrecarga de tareas del poder judicial, y por tanto, va en desmedro de la posibilidad de brindar un mejor servicio de justicia.

El cúmulo de tareas que abarrotan a la justicia penal es reconocido ampliamente, a tal punto que a nivel nacional, las finalidades de las leyes 24.825 y 24.826, que incorporaron al Código Procesal Penal de la Nación, los arts. 431 bis y 353 bis –juicio abreviado e instrucción sumaria-, persiguieron el fin de otorgar mayor celeridad al proceso y a posibilitar menor gastos de recursos.

En concreto, las formulaciones críticas contra la vigencia del principio legalidad se centran en dos posturas.

La primera de ellas es la falta de reconocimiento de la incapacidad estatal de investigar todos los delitos, circunstancia que permite el ingreso de un criterio utilitarista vinculado a que los órganos estatales posean la libertad jurídica de destinar sus recursos hacia los hechos de mayor gravedad.

La segunda, que el contexto de esta incapacidad estatal, se produce una selectividad “informal” del sistema, la cual se encuentra generalmente orientada a la persecución a los hechos de mayor relevancia.

C- Por contrapartida, el principio de oportunidad funda sus razones en cuestiones de política criminal y procesal, como ser, descongestionar el sistema judicial, canalizar la selectividad informal de casos, evitar la punibilidad de algunas acciones, descubrimiento de ilícitos más relevantes, aplicación de aplicar penas morigeradas mediante acuerdos o su no aplicación en ciertos casos, todos estos, criterios que se admiten en relación a conductas cuya no persecución y castigo resulta tolerable.

Es así que se comparte lo señalado por Maximiliano Rusconi: “*Creo que el principio de oportunidad es un buen instrumento para evitar la*

realidad de una justicia selectiva y discriminatoria que se oculta detrás del ideal tranquilizador del principio de legalidad procesal. Y lo es justamente porque obliga a los organismos de la Administración de Justicia a la aplicación de criterios de selección objetivos, previstos en el sistema legal, transparentes y destinados no a un inhumano control violento de alguna clase social, sino a lograr una justicia penal más eficiente. Se podría sostener que tampoco aquí se presenta la igualdad ante la ley, al proponer el cambio de una “selectividad” por otra” (RUSCONI, Maximiliano Las Fronteras del Poder Penal, Ed. 2005 Ciudad Argentina, pág. 161).

III- RESOLUCION ALTERNATIVAS DE CONFLICTOS. LA MEDIACION PENAL.

A-Los objetivos del derecho penal se vinculan al fin que persigue la pena. Las opiniones generalizadas consideran que la pena tiene un efecto sobre la comunidad como prevención general, para que los que no han delinquido no lo hagan, en tanto que para otros, la pena tiene efecto sobre el delincuente, para que este no vuelva a delinquir.

Como se señalara en párrafos anteriores, estamos en presencia de un paradigma sobre la cuestión penal, el cual se desentiende de la necesidad de la imposición de una pena y tiene como fin la solución del “conflicto”.³

Se presenta como un sistema diferente al esquema de sanciones punitivas y al modo de intervención del estado moderno.

³ Si bien me refiero a nuevo paradigma, por cuanto no existen una extensión uniforme de su utilización, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución nro. 40/34 del 29 de noviembre de 1985, declaraba: “7) Procesamientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas nativas, deberán ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas”.-

Este sistema no implica prescindir del estado, por cuanto este tendrá la función de garante de los derechos individuales de las personas.

La “mediación penal” se enmarca en el contexto de un modelo diferente de justicia, la cual tiene las características de ser “restitutiva”.

“La noción de la justicia restitutiva sostiene que cuando se comete un crimen, el ofensor incurre en la obligación de restaurar a la víctima, y por extensión a la comunidad, al estado de bienestar que preexistía a la ofensa. Ello sin olvidar el principio de equilibrio entre la seguridad, la adecuada rendición de cuentas y el posterior reintegro del delincuente a la sociedad. Hay una relación entre comunidad, víctima y victimario que debe recibir una atención equilibrada y se estima que todos ganarán beneficios tangibles de la interacción en el sistema” (“Resolución Alternativa de disputas y sistema penal” Elena I. Highton, Gladys Alvarez y Carlos Gregorio, Ed. Ad-Hoc, ed. 1998, pág. 59).

Podemos definir a la mediación penal como un método para recomponer situaciones de “conflictos”, en el que las partes intervienen en forma voluntaria con la colaboración de un tercero.

Tenemos la presencia de las partes que aparecen involucradas en un “conflicto” que tiene como trasfondo la ley penal que define la posición de víctima y ofensor, siendo la mediación penal un espacio en el que interviene un tercero que sostiene la posibilidad de diálogo sobre las razones y efectos de lo ocurrido.

El propósito de la mediación es la de proveer un procedimiento de resolución del conflicto que se perciba como justo para las partes; para ello provee la oportunidad de discutir la ofensa, obtener respuestas y expresar sentimientos; y proveer la oportunidad de negociar un plan de reparación mutuamente aceptable.

Además la mediación devuelve el “conflicto” a sus verdaderos protagonistas, el ofensor y la víctima, siendo que también lo resuelve en tiempo oportuno.

B-En el curso del proceso de mediación, deben regir en forma ineludible ciertos principios.

El primero de ellos es de la voluntariedad de las partes. Ellas son invitadas a participar de dicho proceso y ante la negativa de alguna se cierra el trámite automáticamente.

El segundo es la confidencialidad. El proceso incluye entrevistas individuales y reuniones conjuntas. Los mediadores deberán mantener el secreto de lo actuado y el único documento público será el acta o acuerdo en el que caso en que se arribe a tal solución. Caso contrario, lo realizado en el procedimiento no podrá ser utilizado por las partes en un eventual juicio, de llegarse a esta instancia.

El tercer principio es la imparcialidad o neutralidad de los mediadores en el desarrollo del proceso.

El cuarto y último lo constituye la celeridad e informalidad que surge del mismo ámbito en que se lleva a cabo, un espacio de interrelación ágil y dinámico.

C-Con relación a la forma de abordaje del “conflicto” podemos encontrar mayoritariamente dos esquemas.

Uno “acuerdista” que tiene como objetivo final la concreción de un convenio entre las partes que ponga fin a la demanda.

El otro “transformativo” que si bien intentará llegar a un acuerdo, tratará de resolver la situación poniendo énfasis en la “revinculación” de los sujetos participantes, el reconocimiento de la existencia del conflicto, la búsqueda de la solución desde los propios recursos y la reparación del daño causado.

Finalmente cabe destacar que durante el proceso de mediación las partes deberán gozar del respecto de las garantías legales.

IV- CONCLUSIONES.

La implementación de la mediación penal contribuye a resolver verdaderamente aquellos “conflictos” que se presenten ante la justicia - previa evaluación de su admisibilidad-, y además, como política criminal, su utilización como mecanismo de oportunidad, contribuirá a descongestionar la endémica sobrecarga de tareas que pesa sobre la justicia penal.

Por otra parte, la verdadera resolución de un “conflicto” que se presenta como delito, permitirá no acentuar el descreimiento que goza por parte de la comunidad la justicia.

Por tratarse de una cuestión cuya implementación se vincula a la disposición de la acción penal –relacionado con el principio de oportunidad y el art. 71 del CP-, debería legislarse a nivel nacional –art. 75 inc. 12 de la CN.-, ello a los fines, de procederse a una legislación uniforme y evitar el eventual planteamientos de inconstitucionalidad.

Considero que la mediación penal prejudicial, resulta la más adecuada a los fines propuestos, la que para nada vulneraría los fines del derecho penal vinculados al fin de la pena, ya que, ante la falta de un resultado favorable, la amenaza de sanción estaría siempre presente.

Es así que resulta necesario la implementación de dependencias especializadas en recepción de denuncias penales que realicen un estudio previo sobre la posibilidad de resolver en forma alternativa el “conflicto”,

para luego de verificada la conveniencia de la aplicación al caso de un sistema de mediación penal, dar intervención a una oficina especializada.

El arribo de las partes a un acuerdo de mediación durante el curso del proceso, puede generar como efecto la suspensión de la acción penal – como ocurre como criterio de oportunidad con la probation-, su extinción o el archivo de la causa.⁴

En cuanto a su implementación luego de una condena, persigue la finalidad de su modificación, pero como ya lo mencionara, entiendo que su rol preponderante lo cobraría de manera prejudicial.

Cierta parte de la doctrina plantea a la mediación penal para todos los casos, conclusión a la que se arriba tras hacer un análisis de la pena y sus efectos nocivos, y sostener el abolicionismo de esta.

Por mi parte, no entiendo a la resolución alternativa de conflictos como a una “panacea”, solución de todos los males, pero sí, considero que aplicada de manera razonable, y a los casos adecuados, puede contribuir, como se dijo, para llevar a la comunidad soluciones a los “conflictos” que se presentan como delitos.⁵

⁴ El Código Procesal Penal de la CABA establece: “Art. 199.- ARCHIVO DE LA DENUNCIA Y DE LAS ACTUACIONES DE PREVENCIÓN. REVISIÓN. El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá 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 art. 204 se encuentra transcrito como nota al pie nro. 2 y hacer referencia la mediación.

⁵ “La mediación víctima-victimario, con su enfoque sobre la justicia retributiva, no puede proveer todas las respuestas que merece la problemática del crimen, pero constituye una parte esencial de la solución” (“Resolución Alternativa de disputas y sistema penal” Elena I. Highton, Gladys Alvarez y Carlos Gregorio, Ed. Ad-Hoc, ed. 1998, pág. 88).

Habrán casos en que resulte improcedente, por lo cual, la etapa de “admisión” resulta fundamental a los efectos de que la mediación arroje un resultado favorable.

La mediación penal encuentra su objeto principalmente en aquellos delitos de menor cuantía y originados en contextos familiares-vecinales, por cuanto los mismos muchas veces, tiene la característica de permanencia en el tiempo.

Son estos, en definitiva, los “conflictos”, que no pueden encontrar una solución sino es utilizado un sistema de “resolución alternativas de conflictos”.

Uno de los puntos neurálgicos y más novedosos de la mediación lo constituye la participación que se le otorga a la víctima, la que resulta un verdadero “convidado de piedra” en las legislaciones procesales.

Entiendo a la mediación penal., como un elemento más en la directriz de brindar un mejor servicio de justicia

Resulta claro que la mediación históricamente se vinculó a cuestiones civiles y esta circunstancia es la que hace que muchos no se atrevan a concebir su aplicación en un proceso penal.

La cultura de los operadores judiciales resulta la más hostil a un cambio.

Desde hace un tiempo a esta parte se han producido en el orden procesal cambios más que sustanciales.

Hace veinte años atrás regía a nivel federal un código de neto corte inquisitivo, siendo que tras la sanción y promulgación del actual –ley 23984- que nació “viejo y caduco”⁶, se ha producido un viraje en el orden

⁶ “Código Levene, ¿nacerá viejo y caduco?” Daniel Pastor . Artículo publicado en la revista “No hay Derecho”, nro. 6, Ed. Del Puerto, año 1992. El artículo refleja el estado espiritual sobre la reforma procesal penal de aquella época. “El nuevo Código viene a reemplazar al absolutamente vetusto y obsoleto CPPP Nación, sancionado en

procesal digno de destacar producto de la incorporación de varios institutos –oralidad, se siguió con el debate vinculado a la concesión de la investigación al fiscal, se incorpora luego la probation, el juicio abreviado, se discute el juicio por jurados, etc....-

Lo expuesto, genera la convicción de la pertinencia de pensar en un procedimiento enmarcado en una justicia que contenga caracteres “restitutivos”.

Por ello, en el entendimiento de que nuevas formas son posibles y en el contexto de un modelo en crisis, abrigo esperanzas de que el sistema se vea plasmado en el orden nacional en forma uniforme.

1988 y vigente, como ligeras reformas parciales, desde el 1/1/1889, con un sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, escrito y secreto. Su autor Manuel Obarrio, tomó como modelo a la antigua legislación inquisitiva española, vigente a través de la compilación de 1879. Sin embargo, esta legislación había sido abandonada por España ya en 1882”. Ante la posibilidad de pérdida de implantar un ordenamiento procesal de corte acusatorio el autor señaló: “con los ojos puestos en la Constitución, no podemos ver más que un nuevo fracaso “en la agotadora marcha hacia la libertad y la democracia” y, por lo tanto, debemos dejar planteada, desde ahora, la reforma del nuevo CPP Nación que, en septiembre de 1992, nacerá, también, “viejo y caduco”.