

“XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

“El Derecho Procesal como un camino hacia la Paz Social”,
Termas de Río Hondo, Santiago del Estero,
14,15 y 16 de septiembre de 2017

COMISION 4: Conflicto y comunicación. **Tema:** La cuestión del art. 59 inc. 6° C. Penal (conf. ley 27.147). Extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

PONENCIA: *“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LA MEDIACION PENAL COMO ABORDAJE DEL CONFLICTO PENAL”*

AUTOR: SAMAME, María Inés; Fecha de nacimiento: 4/09/1989; Domicilio: Nicolas Avellaneda n°1947 Barrio Alta Cordoba, Ciudad de Cordoba; Codigo Postal:5001; Correo electronico: samamemaria@hotmail.com ; teléfono:0351 152090063

POSTULACIÓN: Se hace saber a las autoridades de la Asociación Argentina de Derecho Procesal la intención de competir para la publicación del presente en el libro del Congreso.

SINTESIS DE LA PROPUESTA: En el marco del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal y su temática sobre el conflicto jurídico y las nuevas soluciones; el presente trabajo tiene como propósito develar nuevas vías en el abordaje de los conflictos, analizar con una mirada crítica-reflexiva la reciente reforma del art.59 del CP mediante ley 27.347, la disponibilidad de la acción penal, y su recepción en las legislaciones provinciales. Planteando algunos de los siguientes interrogantes: ¿Qué implicancias conlleva esta reforma penal?, ¿Cuáles pueden ser las modalidades de aplicación del principio de oportunidad?, ¿Qué es la mediación penal?, ¿Para qué tipo de delitos puede resultar procedente su utilización?; a los que intentare dar respuesta para luego arribar a una conclusión personal.

“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LA MEDIACION COMO ABORDAJE DEL CONFLICTO PENAL”

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de Legalidad, debilidades frente a la realidad. III. El principio de oportunidad en el código penal y en el nuevo código procesal penal de la nación, implicancias en los códigos procesales provinciales. IV. La mediación en el ámbito penal, modalidades, implicancias, el rol de la víctima, regulación en códigos procesales provinciales. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I.INTRODUCCION.

Frente a la comisión de un delito, es necesario un procedimiento mediante el cual el Estado, a través de sus órganos persecutorios, impulse una investigación, verifique la existencia del hecho, la participación del imputado y de ser punible aplique la sanción correspondiente al responsable.

Nuestro sistema penal consagra el principio de legalidad procesal, así todo hecho que sucede en la realidad debe ser necesaria e inevitablemente perseguido, juzgado, y en su caso penado. Tal como lo establece el art. 71 del Código Penal, complementándose con el art.274 del mismo código.

Esta regla es entendida como *“la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predispuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo”*¹

Podemos decir que el principio de legalidad prima desde el momento inicial de la investigación, ya que es inevitable su comienzo frente a la posible comisión de un delito, como así también durante el desarrollo de todo el proceso, ya que la misma es irrevocable.

En relación las anteriores afirmaciones, cabe destacar lo que sucede en la realidad del ámbito penal, ya que el sistema judicial no puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometan en la sociedad. Nos encontramos así, frente a una imposibilidad material (ante la falta de

1 AA.VV., Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Ciencia Derecho y Sociedad, Cordoba 2003,p.78

recursos materiales y humanos) por parte del aparato judicial. La realidad entonces muestra una situación curiosa y maligna, pues como lo que llega al sistema no puede ser totalmente investigado, juzgado y sancionado, como hay una impotencia de los órganos públicos para dar abasto frente a este número de delitos, el proceso de selección se orienta hacia una priorización inversa; se hace en forma informal e irracional.

Tratando de dar respuesta a esta problemática, surgen distintos criterios de política criminal que intentan priorizar la investigación de algunos delitos frente a otros (ya sea por su gravedad o trascendencia pública), como así también aportar distintas formas de resolución diferentes a la imposición de una pena.

II.PRINCIPIO DE LEGALIDAD, SUS DEBILIDADES FRENTE A LA REALIDAD

Como ya adelante, el principio de legalidad es entendido como *“la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predispuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo”*². Este principio nace de lo establecido en el art. 71 del Código Penal, en donde por regla general el delito debe ser perseguido por el Estado (salvo los casos de acción privada). De esto se desprende la característica de la inevitabilidad lo que implica, que ante la presencia de un posible delito, necesariamente se tiene que poner en marcha la investigación, para proseguir con el juzgamiento y castigo en caso de corresponder. Así mismo se debe destacar que en nuestro país no existen normas constitucionales que impongan el principio de legalidad, sino que este es consagrado en el Código Penal, en el artículo antes citado. Pero como se ha dicho al comienzo, este principio recibe críticas o es cuestionado cuando es llevado al campo de la realidad, allí nos encontramos con que, por encima de lo que manda la ley, en verdad no tiene plena efectividad. Como establece Cafferata Nores, *“la realidad muestra con contundencia la crisis de vigencia practica del principio de legalidad, la existencia de un inevitable, arbitrario y extendido fenómeno de selección de casos, cabe*

² AA.VV., Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Ciencia Derecho y Sociedad, Cordoba 2003,p.78

preguntarse ya no solo de la teoría, sino también desde lo operativo, si no es aconsejable buscar el modo para evitar la aludida selección se siga haciendo sin criterio, sin responsables, sin control, sin razonabilidad y, sobre todo, sin recepción de los criterios teóricos que la postulan como conveniente. La respuesta a tal interrogante proviene de lo que se denomina discrecionalidad u oportunidad”³. Por último es importante señalar, que no existe sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a los que se conocen o denuncian. Ello obedece a la imposibilidad material del aparato estatal para investigar y juzgar todos los delitos (cuyo catálogo aumenta constantemente), derivada de la desproporción entre el número de éstos y el de órganos públicos encargados de su persecución y juzgamiento.

III.EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGO PENAL Y EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. IMPLICANCIAS EN LOS CÓDIGOS PROCESALES PROVINCIALES.

Lo contrario al principio de legalidad procesal, precedentemente desarrollado, es el principio de disponibilidad, más conocido como principio de oportunidad. Podemos decir que frente a la imposibilidad empírica de perseguir todos los delitos surge el principio de oportunidad. Por el momento la doctrina no es unánime en su conceptualización como así tampoco en sus características principales. Sin perjuicio de lo antes señalado, puede definirse el principio de oportunidad como la facultad del órgano encargado de la persecución penal, ante la noticia de un hecho punible, de no iniciarla o, en caso de que se encuentre en curso, suspenderla, tornando más eficiente funcionamiento de la justicia penal. Existen distintos criterios y consecuencias de aplicación de este principio, lo que se analizara posteriormente.

El principal fundamento que argumentan quienes defienden este principio, es que su vigencia aportaría transparencia a la selectividad con la que opera el poder punitivo, estableciendo criterios claros, favoreciendo al control jurídico y política criminal. Esta facultad significa en la práctica la posibilidad

³ CAFFERATA NORES, Jose “Cuestiones actuales sobre el proceso penal” 3ª edición actualizada. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998 p.32

de administrar recursos, que son limitados, con los que cuentan los órganos encargados de la persecución penal.

Así mismo favorece a la aplicación de soluciones no violentas ante el conflicto originado por el incumplimiento a ley penal, materializando el principio de última ratio. Priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación, o cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor, según los casos. Se encuentran dentro de estas soluciones alternativas, la reparación de la víctima, la mediación, la suspensión del juicio a prueba, (art. 76 bis, CP), o su rehabilitación (tratamiento de recuperación del adicto acusado de tenencia de droga para consumo personal, art. 18, ley 23.737), o la pérdida del interés de castigar (pena natural), entre otros institutos.

Sin embargo quienes proclaman el principio de legalidad procesal, señalan como crítica a la disponibilidad de la acción penal afectar el principio de igualdad receptado en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional con motivo de la selectividad natural de casos.

Las atribuciones propias del principio de oportunidad, pueden ser dejadas por el orden jurídico exclusivamente en manos de los órganos de la acusación, para que las ejerciten discrecionalmente (lo que se conoce como oportunidad libre) cuando lo crean conveniente, o bien pueden ser prefijadas por la ley, como una excepción al principio de legalidad.

La oportunidad reglada significa entonces que, sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, se admiten excepciones por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal, tanto en sus motivos, como en sus alcances. La ley 27.147, promulgada el 17 de Junio de 2015, estableció dicho principio en el Código Penal. Se incorporó al art. 59: “La acción penal se extinguirá:...5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...”. Y

el art.71 quedo así dispuesto: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) las que dependieren de instancia privada; 2) las acciones privadas”.

Sin embargo, la realidad demuestra que algunas provincias, frente a la crisis del principio de legalidad, la ausencia de una legislación uniforme con vigencia en todo el país que establezca criterios de oportunidad y la imperiosa necesidad de dar respuesta a los delitos, han comenzado a legislar sobre esta materia incluyendo en sus códigos procesales distintos criterios de este tipo. Paralelamente, existe una amplia discusión doctrinaria en torno a la facultad que tienen las provincias en legislar en materia de oportunidad. En relación a si la acción penal es una cuestión de derecho de fondo o corresponde netamente a un aspecto procesal.

Sobre la naturaleza de la acción y por ende la competencia para legislarlos se ha afirmado: “Cierta sector doctrinario da competencia a la Nación para legislarlos con el argumento de la naturaleza sustancial de la acción, otro sector, si bien opina sobre el carácter procesal de la acción, por el principio de igualdad ante la ley le otorgan competencia sobre el tema a la Nación”⁴ . Otros sostienen en cambio se inclinan por un aspecto procesal de la acción penal, “como el medio instituido por ley para comprobar la efectiva existencia de un hecho criminoso, precisar las consecuencias de su comisión, individualizar a su autor o autores y someter a estos a todas las consecuencias jurídicas de la infracción cometida”⁵ otorgándole facultades de regulación a las provincias a través de sus códigos procesales.

La ley 27.147 permite ahora que el CPPN estatuya el principio de oportunidad. Así, el art.30 establece que el representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: criterios de oportunidad, conversión de la acción, conciliación, suspensión del proceso a prueba. Esta facultad encuentra una importante

4 ROMERO VILLANUEVA-GRISSETTI, Rircardo A. “ Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado” t.1 editorial Mediterránea Córdoba 2003 p.317

5 MOLINARIO Alfredo “Interrupción de la prescripción de la acción penal” en “Revista de psiquiatría y criminología” t.V, 1940

limitación pues el representante del Ministerio Público Fiscal no podrá disponer de la acción penal cuando el imputado sea un funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

La conversión de la acción penal pública en privada se prevé a pedido de la víctima cuando el fiscal aplicara un criterio de oportunidad, solicitara el sobreseimiento al final de la investigación preparatoria o si se tratara de un delito que requiera instancia de parte. En este caso, se requerirá el consentimiento de todas las víctimas aun en aquellos casos en donde solamente alguna de ellas se constituyera en parte querellante. Por su parte, se incorpora la posibilidad de la conciliación mediante la cual la víctima y el imputado pueden efectuar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o en los delitos culposos siempre que no existan lesiones gravísimas o resultado muerte. El procedimiento requiere que dicho acuerdo se presente a ser homologado por el juez, el que puede convocar una audiencia con todas las partes. Una vez acreditado el cumplimiento del acuerdo, se extingue la acción penal; si el acuerdo se incumple, la víctima o el fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.

En el marco de este impulso de recepción del principio de disponibilidad de la acción penal, el legislador cordobés se puso a tono, con un cierto grado de morosidad, recientemente al promulgar la ley 10.547 sancionada en fecha 16 de Junio del año en curso, que viene a modificar el Código Procesal Penal de Córdoba (Ley 8123), incorporando en su sección segunda las reglas de disponibilidad de la acción penal, siguiendo el criterio de oportunidad reglada receptada en el código procesal de la nación, es loable destacar esta esperada reforma provincial.

IV. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL, MODALIDADES, IMPLICANCIAS, EL ROL DE LA VÍCTIMA, REGULACIÓN EN CÓDIGOS PROCESALES PROVINCIALES.

Podemos definir a la mediación como una negociación asistida por un tercero, un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a las mismas, a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en la resolución del conflicto. Es un conjunto de prácticas diseñadas para ayudar a las partes involucradas en una controversia, en el que un tercero imparcial colabore a las partes a comunicarse y realizar elecciones voluntarias e informales en un esfuerzo para resolver el conflicto, constituyendo así un procedimiento de pacificación social, aportando a las víctimas un rol significativo.

Se interesa en el acercamiento de las víctimas en la resolución del conflicto penal, ofreciendo al infractor los medios eficaces para que pueda realizar una reparación al daño causado, asumiendo la responsabilidad de su accionar dañoso.

Entre las características más destacables de la mediación que le diferencian del proceso judicial encontramos: a) la solución es alcanzada por las propias partes interesadas, no por el juez, pero con la intervención de una tercera persona (mediador), b) la voluntariedad, lo que equivale a decir que las partes, especialmente el demandado, no concurren obligadas, sino por propia iniciativa y algo muy importante: no existe la obligación de solución, c) la confidencialidad, que impide que se haga valer en contra lo que se conoció en contra si fracasó la mediación.

En Argentina el desarrollo de sus prácticas fue declarado de interés nacional mediante decreto 1480/92 y se sancionó la ley 24.573, que introdujo la obligatoriedad de la audiencia de conciliación entre las partes previa al juicio. Sin embargo, las causas criminales fueron expresamente excluidas de su normativa. Han sido los códigos provinciales los que introdujeron la mediación en materia penal como método alternativo de resolver el conflicto derivado del delito.

Sólo a modo de propuesta, aludiré a continuación a modo de ejemplo los casos en los que se podría aplicar el instituto de mediación como instancia previa a la iniciación de un proceso penal, conjugado con el actual artículo 59 del Código Penal, siendo estos: a) Suspensión del juicio a prueba (probation): se puede emplear la mediación para que ofensor y ofendido lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño; b) en aquellos delitos que afectan a la persona o a sus derechos patrimoniales, en este sentido los conflictos que afecten de manera excluyente a víctima y victimario, y que la conducta incriminada carezca de expansión y peligrosidad social; c) En todos los delitos de instancia privada actuales se podría dar la oportunidad a la víctima y victimario, para que logren pactar mediante una adecuada instancia de mediación previa, al no poder el órgano estatal actuar de oficio por ser necesario instar la actuación de la ley penal o bien activar los mecanismos de una acción conciliatoria, d) en aquellas denuncias formuladas en donde no se diera cuenta de un hecho tipificado penalmente, como una instancia previa al receso o archivo, efectuando una invitación a las partes a utilizar este mecanismo para encontrar una respuesta satisfactoria.

En cuanto a la reparación de la víctima como criterio de oportunidad, en algunas provincias se encuentra legislada en forma autónoma y en otras está integrada como requisito del procedimiento de mediación. En la ciudad de Buenos Aires, la mediación se encuentra prevista en su código de procedimiento (Ley 2303), como un instrumento para posibilitar un acuerdo y solución del conflicto entre las partes, que se da en el marco de un proceso ya iniciado, siendo de aceptación voluntaria, procediendo ante aquellos delitos de acción pública dependientes de instancia privada y aquellos perseguibles de oficio en los que pueda arribarse a una mejor solución para las partes (art.204 inc 2). Quedan excluidos de este procedimiento los delitos contra la vida, lesiones gravísimas y delitos contra la integridad sexual. En la provincia de Santa Fe, se encuentra receptado el principio de oportunidad en el art. 19 Código Procesal Penal (Ley 12.734), para aquellos hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad,

interés público, o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad, también para los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio; siempre que exista conciliación entre los interesados y el imputado. De forma complementaria se exige que el imputado haya reparado los daños y perjuicios en la medida de lo posible, o que haya celebrado un acuerdo en dicho sentido con la víctima o afianzado la reparación.

V.CONCLUSION

A modo de conclusión e intentando dar respuesta a las interrogantes planteadas al inicio, podemos decir que el principio de oportunidad da prioridad a otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, especialmente en los delitos de poca monta o mediana gravedad, o mínima culpabilidad o participación. Así surge la mediación penal, incorporada por criterios de oportunidad, manifestándose como una propuesta de la doctrina como alternativa al juicio y la pena.

Mas luego de haber efectuado un análisis crítico, propugno una transformación practica y legislativa, de efectiva aplicación, que implique un cambio de paradigma; en respuesta a las necesidades de la realidad social que exigen un nuevo sistema de administración de justicia. Frente a sistemas judiciales colapsados, la Mediación Penal se vislumbra como una nueva estrategia de política criminal y método de resolución de conflictos cuyo objetivo final es reestablecer el orden social. Si bien este instituto se encuentra ampliamente receptado en el derecho civil, en el ámbito penal es aun materia novedosa, y por el momento debemos conformarnos con una escasa recepción en tan solo algunos códigos procesales provinciales.

VI.BIBLIOGRAFIA.

AGUAD, Dolores- BAZAN, Natalia- BIANCIOTTI, Daniela- GORGAS, Milagros- BERNICE, Olmedo. (2011). *LA REGULACION PROVINCIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD*. CORDOBA: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, Insituto Ciencias Penales.

CAFFERATA NORES JOSÉ I. - MONTERO JORGE - VELEZ VICTOR M. -
FERRER CARLOS- NOVILLO CORVALAN MARCELO - BALCARCE
FABIAN - HAIRABEDIAN MAXIMILIANO - FRASCAROLI MARIA
SUSANA- AROCENA GUSTAVO. (2003). *MANUAL DE DERECHO
PROCESAL PENAL*. Cordoba: Ciencia Derecho y Sociedad.

CAFFERATA NORES, J. (1998). *Cuestiones Actuales sobre el proceso
penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

CREUS, C. (2004). *derecho penal parte general*. Buenos Aires: Astrea.

MOLINARIO, A. (1940). Interrupcion de la prescripcion de la accion penal.
Revista de psiquiatría y criminología.

NEUMAN, E. (1997). *mediacion y conciliacion penal*. Buenos Aires:
Depalma.

ROMERO VILLANUEVA GRISETTI, R. A. (2003). *Codigo Procesal Penal de
la Provincia de Cordoba comentado*. Cordoba: Mediterranea.