

## La mediación como requisito de procedibilidad

### De la acción penal en ciertos delitos

(Alejandro Cabral)

**CONCLUSIÓN:** Actualmente, muchas de las personas que concurren a la justicia penal, buscan en ella la solución rápida de determinados conflictos que si bien podrían llegar a encuadrar en una figura penal, más bien aparecen como derivados de problemas familiares, vecinales, contractuales o de deudas comerciales, que no tienen una solución satisfactoria en el proceso penal (ya sea porque es vidrioso si el hecho constituye delito, o porque no es la sanción penal lo que pretende la persona que viene a denunciar, sino la solución del problema planteado); tampoco tienen una solución en el proceso civil (por la falta de respuesta oportuna). En este tipo de casos, efectuada la denuncia, considero oportuno que luego de una evaluación realizada por el fiscal sobre la posibilidad de solucionar el conflicto por otra vía, y como instancia previa a la investigación y promoción de la acción penal (como requisito de procedibilidad de la acción), se realice una mediación por órganos especializados en la materia, ya sean pertenecientes al Poder Judicial, contratados por él, o extraños a este. Y, recién entonces, con el informe negativo de este organismo en el sentido que no se pudo llegar a un acuerdo o conciliación, se dé curso a la formación de la causa penal.

Por todo lo expuesto, entendemos que no existe impedimento legal alguno para que un Código Procesal regule de manera taxativa ciertos requisitos de procedibilidad de la acción penal en determinados delitos, lo que en nada se contrapone con el principio general de legalidad, por ser cuestiones inherentes a la forma en que se ejercita la acción penal, ya sea por parte del Ministerio Público Fiscal o del querellante, y que no causan estado.

## LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

### DE LA ACCIÓN PENAL EN CIERTOS DELITOS

(Alejandro Cabral)

#### 1. PROBLEMÁTICA

Uno de los temas que más preocupa o interesa a la sociedad, es el de intentar cambiar los sistemas judiciales, de manera tal que efectivamente se realice JUSTICIA y se resuelvan los conflictos que a diario presenta la gente que concurre a denunciar.

El Derecho tiende a regular la vida en sociedad, para lograr una armonía y pacificación entre las personas que la componen. A su vez, nuestra profesión (la abogacía) debe tender -desde el estudio acabado de las leyes- a lograr esa armonía, mediante la utilización de todos los medios legales a nuestro alcance (ya sea a través de acuerdos, conciliaciones, arbitrajes, etc). Cuando ello no es posible se recurre a un juez a efectos de que interprete las normas y solucione el conflicto existente entre dos o más personas.

Sin embargo, los operadores del sistema judicial (jueces, los representantes de los distintos Ministerios, secretarios, abogados y empleados del Poder Judicial) parece que en vez de abogar por una solución simple, sin darse cuenta conspiran contra esta complicando lo más elemental, para finalmente arribar a una solución traumática que a ninguna de las partes conforma.

Muchos de estos problemas no derivan de una mala voluntad, sino de la estructura en la que hemos sido formados los abogados, impidiéndonos ver las cuestiones desde el sentido común de la gente. El Derecho tendría que ayudar a resolver los conflictos que a diario plantean los distintos habitantes; sin embargo, parece como si dicha herramienta, tal cual está concebida actualmente, en vez de ayudar a lograr una convivencia pacífica, aún agrava más los conflictos.

El problema no es el Derecho, sino los operadores del

sistema y las estructuras en que estamos imbuidos, la que nos impiden reaccionar rápidamente frente a los cambios que presenta la sociedad.

La gente común, no confía en la justicia y menos aún en los abogados. Dicen que todo lo complicamos y, a poco que nos examinemos, lamentablemente debemos concluir que es verdad. La falta de sentido común parece invadir el sistema y los miembros que la componen. Tal vez sea porque es una materia que no hemos cursado.

Considero que el problema no está en las normas de fondo, sino en aquellas que pretenden ponerlo en práctica, es decir las normas que regulan el proceso. Ya Kafka, nos hizo advertir lo absurdo de dicho proceso, pero nada -o muy poco- se ha realizado para cambiarlo.

Tanto el Derecho Civil como el Derecho Penal, tienen por objeto regular la vida en sociedad y proteger determinados intereses que están plasmados en las normas (el bien jurídicamente protegido). Ahora bien, tal cual está concebido actualmente el proceso ¿realmente tiende a proteger los bienes que pretende tutelar o, por el contrario, genera más desconfianza y más inseguridad? Creo que realmente crea más inseguridad y desconfianza. La mayoría de la población no entiende el proceso ni los tiempos que este tarda en desentrañar un caso que para ellos es muy sencillo.

El problema está, en que hasta el momento, no nos hemos planteado intentar solucionar los conflictos, sino aplicar las normas sobre los papeles, sin advertir que detrás de cada uno de ellos hay personas concretas que están buscando una solución. Es por ello, que en muchos casos en vez de solucionar el asunto planteado, generamos nuevos conflictos.

En este sentido, por ejemplo hay determinados hechos que si bien podrían llegar a encuadrar en una figura penal, más bien aparecen como derivados de problemas familiares, vecinales, contractuales o de deudas comerciales, que no tienen una solución

satisfactoria en el proceso penal (ya sea porque es vidrioso si el hecho constituye delito, o porque no es la sanción penal lo que pretende la persona que viene a denunciar, sino la solución del problema planteado), como tampoco en el proceso civil (por la falta de respuesta oportuna). Sin embargo, tales hechos esperan una respuesta de la "JUSTICIA" y, si bien -muchos de ellos- no parecen importantes a los ojos de los que nos encontramos inmersos en el aparato judicial, para la mayoría de la población sí lo son, porque implican su inserción y relación con los demás miembros de la comunidad. Me refiero a los hechos que podrían eventualmente tipificar los delitos de lesiones leves, lesiones leves calificadas por el vínculo, amenazas, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, impedimento de contacto con padres no convivientes, retención indebida, libramiento de cheque sin provisión de fondos; usurpación, daños, presuntas defraudaciones en la que existe un contrato incumplido, calumnias e injurias, delitos culposos que no sean cometidos por funcionarios públicos, concurrencia desleal, entre otros muchos. Con frecuencia, estos hechos no son investigados o quedan en el camino; y, por el contrario, cuando se llega a una condena penal porque se lo ha considerado delito, la misma no resuelve el conflicto que pretendía solucionar.

## **2. SOLUCIÓN PROPUESTA**

En estos casos considero que, previo a la investigación y como requisito para habilitar la acción penal, sería conveniente y necesario realizar otros pasos tendientes a la solución del conflicto y no a la aplicación de la pena.

Debemos tener en cuenta que el Derecho Penal, es eminentemente retributivo (es un mal impuesto al culpable por el incumplimiento del derecho) y por ello, es un derecho de excepción (última ratio legis) que debe ser utilizado como forma complementaria o secundaria, para reforzar así la protección que el resto del

derecho otorga a los distintos bienes jurídicos. La aplicación de las sanciones penales, sólo se justifica cuando el resto de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, aparece como insuficiente frente a la magnitud del ataque llevado contra dichos bienes.

Por ello, **previo a poner en marcha todo el sistema penal, es necesario buscar otras formas alternativas de solucionar el conflicto. En este contexto, y teniendo en cuenta que muchas de las personas que se presentan a diario a denunciar pretenden la solución del problema planteado y no la aplicación de una sanción penal, considero oportuno que luego de una evaluación realizada por el fiscal sobre la posibilidad de solucionar el conflicto por otra vía, con la denuncia misma y como instancia previa a la investigación y promoción de la acción penal ( como requisito de procedibilidad de la acción), se realice una mediación por órganos especializados en la materia, ya sean pertenecientes al Poder Judicial, contratados por él, o extraños a este. Recién entonces, con el informe negativo de este organismo en el sentido que no se pudo llegar a un acuerdo o conciliación, se podría dar curso a la formación de la causa penal.**

### **3. REGIMEN A INCORPORAR EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL**

La propuesta efectuada precedentemente podría llevar a pensar que es necesario modificar el Código Penal, pero a nuestro criterio ello no es así. Entendemos que tal requisito de procedibilidad debe ser regulado por los Código Procesales de cada provincia.

Ello así pues, la acción penal como tal tiene dos fuentes: una, fundamentalmente material o sustantiva (regulada en el Cód. Penal), que deriva de la potestad represiva del Estado para restablecer el orden jurídico quebrantado; otra, procesal o adjetiva, que tiende a la efectiva realización de la justicia (del orden jurídico penal) consagrada en las normas procesales y, por tanto, regula la forma en que se ejerce esa acción, la paralización del

proceso y, aún su cierre por no ser viable su ejercicio.

Ahora bien, el Código Penal establece tres formas de ejercitar esa acción, según el interés público que tenga el Estado: acción pública (la ejercen los órganos del Estado), de instancia privada (en donde es necesario la manifestación de voluntad de un particular), o acción privada (la ejerce directamente un particular).

Según Carrara "La acción es pública cuando se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad... si el delito ha agredido la autoridad o cosas tocantes a los derechos generales; o, ... si la ofensa causada al individuo ha consternado y atemorizado por repercusión a todos los ciudadanos, lo cual quiere repararse con la pena. En este sentido la acción es pública... La acción encaminada a vengar las ofensas ajenas tiene que ser pública, ya que no se ejerce en virtud de un derecho individual, ni como contenido necesario del derecho que la ley suprema les da a los individuos, ni en interés del individuo sino en virtud de un derecho social y en interés de la sociedad" (Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, Del Acusador, pág. 328/329)

Si ello es así, el interés público está dado no por el tipo de acción, sino por el verdadero interés que tiene la sociedad en la investigación y represión de un hecho delictivo, el que es delegado a un órgano del Estado. Actualmente, en la mayoría de los ordenamientos procesales como así también en un sistema acusatorio, tal decisión se encuentra en manos del Fiscal, por ser quien tiene a su cargo la apertura del proceso judicial mediante la acusación.

Ahora bien, ¿como puede un Agente Fiscal establecer el interés público de la sociedad en la investigación de un hecho, si supuestamente debe iniciar de oficio todas las acciones que el Código de antemano establece como públicas? El problema deriva de no estar claro qué parte de la acción penal pertenece a la faz material del derecho penal y qué parte de dicha acción pertenece a la faz

procesal.

Al principio dijimos que a los ordenamientos procesales les corresponde establecer la forma en que se ejerce esa acción, y por tanto, deben consagrar de qué manera debe ejercerse la acción pública, como así también cuando se paraliza el proceso y, aún su cierre por no ser viable su ejercicio. Lo que no puede hacer el Código Procesal, es extinguir la potestad represiva en sí misma, legislando sobre el nacimiento o extinción de la acción penal, pero sí debe establecer las reglas y supuestos para la concreta promoción y posterior ejercicio de esa acción (arts. 5 y 121 y ss. de la Constitución Nacional).

Si bien en nuestro sistema actual rige el principio de legalidad que establece el deber de iniciar de oficio todas las acciones penales que no sean dependientes de instancia privada o de acción privada, el ejercicio de tales acciones corresponde al Ministerio Fiscal, prohibiendo la instrucción de oficio por el juez de instrucción. De esta manera, en el momento que dicho órgano toma conocimiento del hecho -ya sea mediante una denuncia o ante la actuación prevencional de policía- debe valorar y evaluar no sólo el mérito existente para tener por demostrados los extremos de la imputación, sino que es en esta instancia en la que debe analizar si existen pruebas producidas o a producirse suficientes para al menos sostener una eventual acusación, o por ejemplo, si el daño causado es mínimo en comparación con la eventual pena a aplicar. Así van apareciendo los distintos criterios que pueden ser tenidos en cuenta para establecer cuales son los procesos en los que es factible arribar a una solución final del conflicto y cuales, por su escasa prueba, o por su nimiedad no merecen el menor análisis, debiéndose en su caso tratar el modo y ámbito en el que tal problemática pueda ser solucionada. Tal selección, en nuestra opinión, no viola el principio de legalidad consagrado en la ley de fondo, pues sólo tiende a reglamentar la forma de actuación del Agente Fiscal.

En cierta forma actualmente sucede algo semejante, pues si el Agente Fiscal solicita la desestimación de la denuncia, y el Juez de instrucción no coincide con tal tesisura no puede abocarse directamente a la investigación. Debe en su caso, elevar las actuaciones en consulta a la Excm. Cámara o al Fiscal de Cámara, según los casos. El Juez al no poder pronunciarse sobre la imputación efectuada en la denuncia, no puede desincriminar al sujeto denunciado dictando un sobreseimiento y, por tanto, no puede existir acto jurisdiccional que pueda causar estado (cosa juzgada). Sólo corresponde archivar las actuaciones por no existir promoción de la acción penal (ver El Proceso Penal, Clariá Olmedo, Ed. Depalma, 2a edición pág. 87). Tan es así, que si cambiaren las circunstancias, válidamente el mismo fiscal que solicitó el archivo, posteriormente podría solicitar la pertinente instrucción del sumario. (ej. el fiscal no promueve la acción por considerar que el hecho puesto en conocimiento es un suicidio, por lo que se archiva la causa. Sin embargo circunstancias posteriores, demuestran que el hecho no era un suicidio sino un homicidio y, en consecuencia, reabre la investigación).

El archivo en sí mismo, no causa estado y por tanto, no extingue ningún tipo de acción. Su regulación es de naturaleza estrictamente procesal, como lo son también los obstáculos fundados en privilegios constitucionales, la caducidad de instancia, los defectos formales de la instrucción del sumario o las nulidades absolutas que hacen retrotraer todo el procedimiento. La mayoría de ellos, llevan al cierre de la causa pero no al aniquilamiento de la acción como lo hace la prescripción. Por tal razón, no puede decirse que un instituto de derecho procesal como lo es un requisito de procedibilidad pueda afectar el principio de legalidad o la potestad punitiva del Estado.

Actualmente, los Códigos Procesales mixtos sólo regulan dos causas por las cuales no se ejercita la acción: cuando el



hecho imputado no constituya delito; o, cuando no se pueda proceder por existir algún obstáculo. A nuestro criterio, nada impediría que dentro del principio de legalidad consagrado por el Código Penal, se establezcan en los Códigos Procesales requisitos de procedibilidad de acción penal para cierto tipo de delitos taxativamente previstos, en los que tanto el Ministerio Público Fiscal como el querellante particular, deban previamente intentar una instancia de mediación. Ello así, porque en tales supuestos no se requiere ningún pronunciamiento jurisdiccional que ponga fin a la acción. Si la mediación da sus frutos, la causa penal no fue iniciada y por lo tanto, no es necesario pronunciarse; por el contrario si la mediación no dio resultado, se iniciará la acción penal con el informe negativo del organismo mediador y el requerimiento de instrucción fiscal. Sería absurdo pretender un pronunciamiento respecto de una causa aún no iniciada.

De esta forma, el Fiscal al tomar conocimiento por cualquier medio del hecho (ya sea por denuncia ante él interpuesta o por comunicado policial) interviene derivando el asunto a un organismo mediador, el que en un plazo razonable le deberá elevar sus conclusiones a efectos de que proceda a archivar las actuaciones o que efectúe el pertinente requerimiento de instrucción. Como vemos, no desconocemos la intervención oficiosa del Estado ante el conocimiento de la existencia de un hecho delictivo, sólo proponemos que basados en algunos criterios de oportunidad, el órgano encargado de instar e impulsar el proceso, pueda buscar una solución alternativa previa a la iniciación de la acción penal.

Consideramos conveniente que este sistema se enmarque a su vez en un sistema acusatorio puro con investigación preliminar a cargo del Fiscal, cuyo fin específico sea la decisión del Ministerio Público Fiscal de promover o no la acción penal y donde no sea necesaria una regulación formal de tal investigación; **pero nada obsta a que en los actuales Códigos procesales mixtos se introduzca una**

norma que tienda a facilitar otras vías de solución del conflicto, previo a la iniciación de la acción penal.

Por todo lo expuesto, entendemos que no existe impedimento legal alguno para que un Código Procesal regule de manera taxativa ciertos requisitos de procedibilidad de la acción penal en determinados delitos, lo que en nada se contrapone con el principio general de legalidad, por ser cuestiones inherentes a la forma en que se ejercita la acción penal, ya sea por parte del Ministerio Público Fiscal o del querellante, y que no causan estado.