Análisis de la procedencia de la mediación en el nuevo sistema procesal penal

Por Daniel Aimone.

Como hemos visto, en la actualidad jurídica nacional e internacional, el tema de la resolución alternativa de conflictos ha cobrado una importancia manifiesta. Ahora, cabe plantearnos si esta idea de potenciar los sistemas alternativos al juicio tienen un lugar en el campo penal, el que también se encuentra colapsado por la sobredemanda de tutela judicial. Esto se señala en vista de la existencia de las llamadas salidas alternativas contempladas en el nuevo sistema, especialmente en los acuerdos reparatorios, establecidos en el artículo 241 del Código Procesal Penal. Sin duda, estos mecanismos permiten hacer más flexible nuestra estructura penal, toda vez que, bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 1906, los arreglos sólo llegaban a las consecuencias civiles de los delitos, siendo difícil o derechamente imposible, salvo en los delitos de acción privada, el acceso de la autocomposición a lo estrictamente criminal. Por el contrario, bajo el nuevo sistema, tales acuerdos, al alero de las salidas alternativas, dan pie para incorporar elementos de negociación que permitan salidas rápidas, descargando desde luego la carga a los Juzgados de Garantía, al Ministerio Público y a la Defensoría. Todo indica entonces que los mecanismos de aproximación de las partes tienen una cabida segura en la reforma procesal penal.

Dentro de la resolución alternativa de conflictos, la mediación aparece como el método más eficaz y recurrido, al nivel de ser ya un concepto incorporado a nuestro lenguaje jurídico. Si bien esta inusitada explosión en la utilización del término es del todo positiva, debemos señalar que ella se hace muchas veces desconociendo el verdadero alcance y contenido de la mediación. Lo anterior se debe a que ésta es y ha sido considerada en forma trivial, no existiendo por parte de los usuarios un serio y acabado entendimiento de ella.

Se ha sostenido que la mediación parece un instrumento útil en el nuevo proceso penal, instando a practicarla en especial en los acuerdos reparatorios. Tal afirmación a nuestro juicio no es correcta, pues ésta se estructura básicamente en la voluntad de las partes, la que debe ser manifestada en forma libre y sin sujeción a coerción alguna. Como demostraremos, ello no ocurre en el nuevo modelo. El ofensor o imputado jamás será libre ni estará en condiciones de igualdad para mediar con la víctima.

En primer lugar, debemos delinear cuál es el contexto de la nueva justicia penal en Chile. La necesidad de alterar el proceso inquisitivo, viene fundamentada en que el mismo no puede dar respuesta, al menos en un tiempo oportuno, a la cantidad de causas que resulta necesario atender. Es para lograr estos objetivos que se intenta regular un procedimiento de imposición de condenas más sencillo. Por ello, el nuevo sistema ha estructurado una serie de salidas o caminos cortos para imponer penas o castigos, siempre más bajos, en pro de una administración de justicia con altos índices de causas terminadas. Esta tendencia es un modelo presente en muchos países como Italia, Alemania y EE.UU., en que la negociación es un elemento propio de la justicia criminal. Tal realidad, conocida como Plea Bargaining, que traducida al castellano significa literalmente "súplica por el descuento", se ha ido incrementando, atendido que la obligatoria persecución de los crímenes es de imposible cumplimiento en el derecho penal máximo. Esto es lo que, en definitiva, ha llevado a los sistemas jurídicos occidentales a asumir criterios que permitan la posibilidad de lograr acuerdos. Con esto, se deja abandonada la obligatoriedad de la persecución penal, para introducir criterios de oportunidad fundados en consideraciones político-criminales. Como es

obvio, y lo ponen de manifiesto múltiples estudios, todo proceso penal es selectivo; y, en consecuencia, de lo que se trata es de hacerlo consciente y deliberadamente selectivo, a fin de adecuar político-criminalmente la utilización del instrumento penal .

El hecho de dejar la puerta abierta a la procedencia de los acuerdos en materia penal, implica el riesgo, en cuanto al esclarecimiento de los hechos, que éstos no digan relación a la verdad desde el punto de vista jurídico y procesal, no basándose en una comprobación legal, sino más bien como el fruto de un acuerdo, a una verdad consensuada sobre los hechos que originaron la responsabilidad. Estos acuerdos, desde el enfoque macro del nuevo sistema, lógicamente implican un ahorro en la administración de justicia, eludiendo juicios orales, representando una significativa economía al sistema.

El Plea Bargaining es un concepto que justamente permite salir del modelo inquisitivo, accediendo a una justicia ágil y dinámica. Bajo el nuevo sistema, negociar una salida, sea a través de un acuerdo reparatorio u otra alternativa que proponga la reforma, inyecta una fluidez que antes no existía. El hecho de negociar implica lógicamente hacer concesiones entre los oponentes, en sede penal, entre la víctima e imputado, asistida aquella por el fiscal, siendo justamente el beneficio para éste la aplicación de una pena o castigo menor al que pudiere corresponderle en un juicio oral o abreviado de comprobarse su responsabilidad. De esta forma, existe para el imputado un precio o pago, en el ejercicio del Plea Bargaining para obtener la menor pena o sanción a cambio de una suerte de confesión o allanamiento a los hechos que haga poner término a la causa, con consecuencias menos gravosas para el ofensor.

Con este sistema, en cierta forma se negocia, se cierra un pacto, alejándonos por consiguiente de un verdadero juzgamiento. Un bargaining es un descuento, es algo obtenido a precio reducido, que se opone a un juicio con el resguardo de las garantías legales.

Hecho este análisis, es fácil advertir la poca libertad y las mínimas condiciones de igualdad que tendrá el imputado, por ejemplo en un delito de lesiones menos graves, un cuasidelito o un hurto, para llegar a un acuerdo reparatorio. Esto, pues sobre el imputado pesa la necesidad imperiosa de ese acuerdo, ya que, de no llegar a él, caerá sobre él toda la persecución penal del Estado, pudiendo ser condenado incluso a una pena privativa de libertad. El imputado entonces no es libre, quedando quebrantada la indispensable voluntad que asiste y condiciona a la mediación.

El justo temor del ofensor de verse expuesto a una condena, obviamente sobrepasa la libertad y voluntad de éste para someterse a ella. Esa es una coacción suficiente para que, vía acuerdo reparatorio, se ponga fin a una causa criminal. Esta amenaza desde luego que intimida el actuar del imputado, facilitando el acuerdo. Así, queda plantearse qué tan libre está una persona para mediar, teniendo presente que su voluntad está mermada, estando casi en una situación de fuerza que la obligará a llegar a un acuerdo, salida concebida a la luz del concepto del bargaining, obteniendo eso sí, consecuencias menos perjuiciosas en cuanto a lo criminal.

Tal libertad se verá afectada en forma dual, pues por una parte el imputado se verá compelido de acceder a la posibilidad del acuerdo reparatorio, y por la otra, su voluntad, ya dentro del proceso mismo de negociación también se verá afectada, pues en ese intertanto estará siempre presente la posibilidad subyacente del castigo. Ante esto, debemos convenir que resulta del todo intimidante la circunstancia de verse expuesta una persona a la aplicación de una pena criminal, pues esto necesariamente constituye una violencia sicológica sobre el imputado que lo inhibirá de lograr un acuerdo a la luz de las máximas de la mediación.

Todo lo señalado nada tiene que ver con la legitimidad de los acuerdos reparatorios, pues lógicamente el ofensor siempre estará expuesto a la amenaza de una pena, siendo las salidas alternativas una tendencia reconocida y justificada en el ámbito internacional. Sólo

planteamos que la mediación no tiene un lugar en el campo del orden negociado en sede procesal penal, distando mucho ese escenario de fuerza en su propia concepción. Sí la tendrán la negociación y la conciliación, pues en éstas, si bien la voluntad tiene un papel preponderante, no buscan la satisfacción de ambas partes o la obtención necesaria de un resultado justo o equitativo, sino que se dejan llevar por índices de rentabilidad que aconsejan poner termino a la controversia. Esto se refleja con mayor claridad en la negociación, pues ella busca, a través de la ecuación de obtener la mayor ventaja al menor costo, llegar al mejor acuerdo para la pretensión de la parte.

La mediación tiene una fisonomía particular y propia, dando un gran valor a la voluntad y a la libertad, la que entendemos desde todo punto de vista, sea la decisión de someterse a ella, de mantenerse en ella, de lograr un acuerdo, como asimismo el hecho de no existir elementos externos o móviles, sobre todo coactivos que induzcan a la parte a aceptarla. La mediación, jamás podrá proceder en una instancia coercible, siendo aptos otros mecanismos de resolución alternativa, en los que el rol de la voluntad diga más relación con el perfeccionamiento del acuerdo.

Con todo, estimamos que la generación de espacios para la negociación es del todo positiva. Rescatar el principio de autonomía en delitos de baja entidad necesariamente es un avance, pues permite acuerdos entre la víctima y el victimario, despejando así el instrumento penal para su utilización en delitos de más alta lesividad. Las partes se apropian del conflicto y le dan solución, lo que constituye una verdadera innovación en la forma de administrar justicia. De la misma manera, el orden negociado representa numerosas ventajas al sistema, existiendo una mejor distribución del tiempo, una rebaja de costos, descongestión de tribunales, materializandose ello en el acceso a una justicia más rápida y eficaz.

Principios de la mediación. Imposibilidad de su aplicación en sede procesal penal.

Hemos sostenido la improcedencia de la mediación en materias penales, haciendo especial hincapié en la falta de libertad y voluntad del imputado para participar en ella. Con todo, corresponde tener presente otras consideraciones que fortalecen aún más nuestra postura. La mediación se rige por ciertos principios, los cuales deben ser de rigurosa aplicabilidad para que ésta sea procedente. Así, debemos confrontar estas máximas con la idea de mediar en materias penales, a fin de demostrar lo ilusorio que puede ser plantear tal propuesta. A continuación analizaremos aquellos principios (excepto el de voluntariedad ya analizado) que no pueden ser ejercidos en sede criminal.

Principio de Igualdad: La mediación debe velar por el equilibrio de las partes que participan de ella. En una mediación penal, especialmente en un acuerdo reparatorio, necesariamente existirá una desigualdad notoria, el imputado deberá reconocer que ha producido un daño en la víctima, la cual es la fuente de la obligación a contraer. Ahora, y como ya se señaló, ésta tiene el poder de la pena en su favor, siendo un arma de indubitable valor para negociar en los términos más convenientes para aquélla, desbalanceando de esa forma la natural igualdad que debe darse en un procedimiento de mediación.

Si bien resulta pretencioso el hecho de confiar en una igualdad absoluta, lo cierto es que la mediación es guiada por un tercero neutral que nada tiene que ver con las partes. Ello es lo que acontece en sede civil (Proyecto de ley que crea los Tribunales de la Familia y nueva ley de matrimonio civil), en donde existen mediadores entrenados y capaces de empoderar a la parte más débil, nivelando así las posturas. No ocurre lo mismo en sede penal, ya que aparte de advertir la desventaja irremediable que recae sobre el ofensor, pues el peso de la pena es imposible de revertir, está el grave inconveniente que bajo las actuales condiciones del sistema procesal penal, no existe un tercero imparcial que pueda, o al menos intentar, igualar a las partes.

Principio de imparcialidad: La imparcialidad es una de las bases del proceso de mediación, la que por motivo alguno debe ponerse en riesgo. Esta es un componente ético que legitima la justicia del instituto. Las partes han depositado la confianza de ser dirigidas en el diálogo por un tercero, a quien privadamente han señalado sus posturas e intereses en el conflicto. Así las cosas, debemos preguntarnos quién servirá de mediador en el proceso penal, pues es fácil advertir que, justamente, dado el interés del fiscal en la investigación del delito, éste no será imparcial. La entidad perseguidora de él, jamás podrá ser un mediador, que en definitiva son los responsables de la integridad de la mediación, la que se fundamenta en la imparcialidad, situación que los fiscales, atendida su función, no están en condiciones de entregar.

Principio de Confidencialidad: No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que sea revelado en la o las audiencias. Sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo. Las partes deben estar seguras de que nada de lo que digan será usado en su contra para el caso que falle la mediación. Ante este planteamiento, queda aún más claro que el fiscal no podrá practicar ninguna mediación, en el sentido estricto del término, en virtud de su propia funcionalidad, atendido su misión esclarecedora de los hechos que constituyen el delito en la persecución criminal, tal como lo disponen los artículos 77 y 180 del Código Procesal Penal.

Consideraciones generales.

Como se aprecia, perentoria es la actitud del fiscal en el proceso penal, toda vez que existe un mandato legal que forzosamente lo inclina a la víctima. Así lo expresa el artículo 6 del Código Procesal Penal, al establecer la protección de ella, como asimismo la obligación del fiscal de promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Igualmente, el artículo 157 faculta al Ministerio Público de solicitar al Juez de Garantía decrete respecto del imputado una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

Esto refleja en forma cierta y fehaciente la plena desigualdad, falta de imparcialidad y confidencialidad que se daría en una mediación guiada por el fiscal. Por ello es categórico sostener que, aún haciendo caso omiso a la libertad del imputado para mediar, tema referido en el acápite anterior, bajo las actuales condiciones del sistema ninguna entidad ni del Ministerio Público ni del nuevo sistema penal, es capaz de garantizar imparcialidad ni menos confidencialidad. Todo esto debe extenderse a la defensoría, la que obviamente vela por los intereses y garantías del imputado, como asimismo al Juez de Garantía, pues es el que debe resolver en el caso que las partes no logren poner término al juicio.

Del mismo modo, debemos señalar que el mediador debe tener un entrenamiento, sean destrezas adquiridas o habilidades innatas, pues su rol no es nada fácil y no cualquiera puede asumir el papel de éste. Por esta razón, los mediadores tiene una preparación exigente, que les permitirá a las partes acercar sus posiciones. Sobre esto, tanto en la experiencia internacional como en los cuerpos normativos estudiados, los mediadores deben estar inscritos en un registro, al cual sólo acceden los que cumplen con los altos estándares de capacitación e idoneidad. De esta forma, ante el hecho que el fiscal, el defensor o el Juez de Garantía pretendan hacer una mediación, junto con fallar los presupuestos de voluntariedad, igualdad, imparcialidad y confidencialidad, se encontrarán con la falta de los elementos técnicos indispensables para desarrollar una mediación.

Todo lo expuesto da cuenta únicamente, que bajo las actuales condiciones del sistema, la mediación no es un medio que pueda ser utilizado en la reforma procesal penal. Al contrario, vemos en la conciliación y en la negociación las herramientas justas que permitirá

un correcto uso del bargaining, accediendo a acuerdos y facilitando las gestiones estratégicas, tanto en el fondo del juicio, como aquellas que se orientan a buscar una salida alternativa o la posibilidad de un procedimiento abreviado, simplificado o cualquiera otra opción contemplada en el sistema.

Resoluciones Alternativas en el Derecho Comparado.

Como señalábamos en relación al bargaining, el tema de los acuerdos en el delito también se ha formulado en el derecho comparado. Existen diversas experiencias que han visto en los métodos alternativos una política de justicia de gran convocatoria. Países como Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria y Colombia dan fe de un exitoso uso de ellos, pero que han sido precavidos, y no han llamado mediación al método que sirve para lograr acuerdos. Esto es debido al grado de desarrollo que ha alcanzado la mediación en esos lugares, utilizando más bien el nombre de "Conciliación" como la fórmula de obtención de ellos. Estas son realizadas por centros especializados, los cuales no están vinculados a ningún organismo interviniente en el proceso, garantizando de esta forma tanto la imparcialidad como la confidencialidad indispensables para un acuerdo justo.

En el sistema alemán se han desarrollado planes de conciliación delincuente - víctima, la mayoría en el ámbito del derecho penal de menores. Del mismo modo, en los casos de delitos de acción privada (Absolute Antragsdelikte), se contempla un procedimiento de conciliación previo al ejercicio de la acción. En otra categoría de delitos, los cuales la persecución es efectuada primaria y generalmente a través de la instancia de parte (Relative Antragsdelikte), se prevé por la legislación alemana igualmente una instancia de conciliación (parágrafo 280 Código de Procedimiento Criminal Alemán). Semejante es lo que ocurre en Austria, país en el cual el término de resolución de conflicto fue reemplazado por el de "Compensación de la ofensa fuera de los Tribunales" (Aussergerichtlicher Tatausgleich) . El tercero manejador del conflicto es llamado Konfliktregler (regulador del conflicto) y no Vermittlend (mediador), obedeciendo el orden de los acuerdos a instancias de negociación (Verhandlung) y conciliación (Versöhnung), no así de mediación (Vermittelung). En Colombia, en el marco del programa para la modernización de la administración de justicia, se promulgó la ley de Descongestión de Despachos Judiciales, la que creó los centros de conciliación en materia penal del Ministerio de Justicia. Del mismo modo, en Canadá, por medio de la Law Commision of Canada Divertion, se llevaron a cabo los procedimientos conciliatorios entre la víctima y el autor del delito, diligencia realizada con la ayuda del fiscal, del juez y hasta del mismo defensor.

Así, como se observa, en los países señalados, en los cuales sí se da un orden de negociación permitiendo la autocomposición en materia criminal, la mediación como tal no se presenta como herramienta de gestión.