

Sistemas penales comparados



Mediación penal y justicia alternativa

Alemania

Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M.

Universidad de Friburgo de Brisgovia / Universidad de Gotinga

1. Consagración legal de la mediación

Mediante la ley de combate de la delincuencia¹ del 28 de octubre de 1994 se consagra en el Código Penal alemán el § 46a que regula la compensación autor-víctima (“Täter-Opfer-Ausgleich”, TOA en lo que sigue) y la reparación del daño ocasionado con el delito². De esta manera se introduce, en forma tácita, la mediación en el Derecho penal de adultos. Esta innovación tuvo su modelo en la ley penal juvenil³ que consagra el TOA en el § 10 párr. 1 frase 3.^a n.º 7 como medida educativa, en el § 15 como condición impuesta a propósito de las medidas de corrección, ya sea en forma de una reparación material del daño (párr. 1 n.º 1) o de una reparación inmaterial mediante disculpa (párr. 1 n.º 2) y, desde la ley de modificación de la ley de justicia juvenil de 1990, en los §§ 45 y 47 como condición para el sobreseimiento⁴. Asimismo, se nutre también de algunas ideas matrices consagradas en el proyecto alternativo sobre reparación penal de 1992 (AE-WGM) el que, sin embargo, propone una regulación, especialmente procesal, mucho más detallada⁵.

En concreto, la disposición consagra que si el autor se ha esforzado por alcanzar una compensación con la víctima (TOA) a través de la reparación completa o, en su mayor medida, del hecho cometido o si ha aspirado a ello seriamente (numeral 1) o si ha indemnizado completamente o, en su mayor medida, a la víctima, significando para aquél la reparación del daño prestaciones personales notables o renunciadas personales (numeral 2), el tribunal podrá reducir la pena de conformidad al § 49 párr. 1 o podrá prescindir de ella, en

caso de no resultar una pena privativa de libertad superior a un año o una pena pecuniaria de hasta 360 días-multa.

Asimismo, la institución se consagra en algunas disposiciones procesales como el § 155a (la fiscalía y el tribunal deberán examinar en todo estado del proceso la posibilidad de obtener una compensación entre el acusado y el afectado por el delito. En casos apropiados deberán encausar esfuerzos en tal sentido, sin que se pueda estimar como apropiado un caso sin la voluntad expresa del afectado), el § 155b StPO (que consagra normas sobre la protección de datos respecto del envío de informaciones personales desde la fiscalía o el tribunal a instancias mediadoras) y el § 153a n.º 5 StPO (que consagra como una de las alternativas del sobreseimiento condicional la TOA). Recientemente se ha agregado al deber de información en el primer interrogatorio del § 136 StPO el dar cuenta, si el caso resulta apropiado para ello, sobre la posibilidad de iniciar un TOA⁶.

2. Conceptualización de la mediación penal

Ya que la disposición introduce en forma tácita la mediación en el numeral 1 la doctrina ha ofrecido diversas conceptualizaciones de la misma. JUNG entiende por mediación: “un marco de actuación y un desarrollo que está concebido para la solución consensual de un conflicto entre varios participantes, bajo intervención de un tercero ajeno al mismo y carente de facultades de decisión”⁷.

El § 46a regula, por ende, dos mecanismos más amplios que la mediación, que la pueden incluir, pero que no la exigen como elemento esencial. Así, el término más amplio lo constituye la *reparación* (§ 46a n.º 2) que, en concepto de los redactores del proyecto alternativo referido, significa la compensación de las consecuencias del delito mediante una prestación voluntaria del autor⁸. La *compensación autor-víctima* (TOA) (§ 46a n.º 1) es un mecanismo más restringido toda vez que exige

un proceso comunicativo entre las partes. Finalmente, no toda compensación autor-víctima, aun presuponiendo un proceso comunicativo, constituye necesariamente un proceso de mediación, ya que no requiere perentoriamente de la intervención activa de un tercero ajeno al conflicto y de la aplicación de un método científico y de un procedimiento determinado. Según MÜHLFELD, de no concurrir cualquiera de estos elementos más bien se está en presencia de una forma de superación del conflicto que representa una *negociación* directa (sin intervención de tercero) o una *conciliación* (con intervención meramente pasiva y sin un método científico y un procedimiento determinado⁹). Esta autora invoca también, para establecer la diferenciación con una negociación bipartita, el origen etimológico (griego) de la palabra mediación en el sentido de “no perteneciente a ninguna de las partes”¹⁰.

3. Principios fundamentales

Como principios esenciales de la mediación en materia penal la doctrina alemana señala tanto la *voluntariedad* como la *autorresponsabilidad*. En cuanto al primer principio, es de la esencia de una TOA que, tanto el autor como la víctima, son completamente libres de iniciar, participar o retirarse de este proceso. Sin embargo, pareciera que la mediación penal, a diferencia de lo que ocurre en la mediación en otras clases de conflictos jurídicos, no puede ser plenamente voluntaria, especialmente si ya se ha iniciado la persecución penal (basado en el principio de legalidad, § 152 párr. 2 StPO) y, en tal medida, en terminología de CHRISTIE, ya se ha *expropiado* el conflicto a las partes¹¹. Sobre el autor pesa entonces, como la espada de Damocles, la continuación de la persecución penal e incluso la imposición de la pena en toda su extensión, en caso de no alcanzar un resultado positivo. Es así que incluso se llega a negar la posibilidad de una genuina mediación en materia penal¹² o se prefiere hablar de una *voluntariedad limitada*. En cuanto a la auto responsabilidad, ésta implica que sólo los partícipes pueden determinar el contenido, alcance y los resultados de la TOA. Con todo, esta autonomía no alcanza al establecimiento de las consecuencias jurídicas del acuerdo, ya que esto queda entregado exclusivamente al juez, el que incluso puede ignorar por completo el acuerdo al momento de imponer la pena. Este tratamiento amplio de las consecuencias jurídicas incluso se analiza bajo una posible inconstitucionalidad, ya que podría significar un trato desigual de autores con prestaciones repara-

torias similares, infringiendo el art. 3 párr. 1 de la Constitución federal alemana¹³.

4. Campo de aplicación

Si bien el texto legal consagra una TOA de aplicación universal y no prevé ningún límite en cuanto a la gravedad del delito en cuestión se ha sostenido que, por aplicación de los principios generales de interpretación, no alcanzaría a delitos de bagatela por razones de proporcionalidad y economía procesal, toda vez que el § 153 StPO, basándose en tales consideraciones, permite omitir la presentación de una acusación formal o dictar un sobreseimiento sin consecuencias ulteriores para esta clase de delitos, lo que hace injustificable el esfuerzo que implica la TOA¹⁴. Sin embargo, este razonamiento no se aplica a todos los casos, ya que la TOA no requiere necesariamente de la intervención de la fiscalía o el juez y puede acordarse directamente entre las partes, a través de una simple oferta reparatoria y su aceptación al inicio de la investigación, lo que en ciertos casos supera la economía procesal señalada.

Más claro resulta la exclusión de los llamados delitos sin víctima, ya que la mediación requiere de un *lesionado* al que ha de compensarse. Ya que esto sólo implica la existencia de una persona, no quedan excluidas *a priori* las personas jurídicas, en la medida en que se pueda personalizar el conflicto mediante un representante y se pueda así entablar la comunicación necesaria. Si bien en principio quedan excluidos los delitos contra bienes jurídicos colectivos, como el manejo en estado ebriedad (§ 316), ello no acontece en aquellos casos en que la conducta afecta a una persona concreta como por ejemplo en las conductas de resistencia en contra de personal policial (§ 113)¹⁵.

Asimismo, resulta razonable hacer extensible la mediación a los delitos en grado de tentativa, toda vez que con ello se puede cumplir el fin preventivo reconocido en doctrina a la TOA y, además, se puede dar lugar a la reparación de daños inmateriales que en delitos tentados no necesariamente son inferiores a los consumados¹⁶.

5. Las prestaciones reparatorias

Las prestaciones del autor a realizarse en la TOA conjugan dos clases de elementos. Por un lado, debe existir, como elemento objetivo, una reparación material (devolución, pago de una suma, restauración, etc.) o inmaterial (pedir disculpas o reconocimiento) del daño o también, lo que RÖSSNER y BANNENBERG denominan presta-

ciones simbólicas según el deseo de la víctima (por ej., trabajo comunitario para determinadas organizaciones). Por otro lado, como elemento subjetivo, debe siempre concurrir el ánimo de querer realizar un esfuerzo serio de reparación por parte del autor.

De este modo, el contenido y el alcance de lo acordado a través de la mediación resulta muy amplio y, sobre todo, sujeto exclusivamente al acuerdo de las partes y no susceptible de evaluación jurídica en cuanto a la suficiencia para constituir una TOA (por ej. la cuantía del daño material o la apreciación de un tercero imparcial)¹⁷.

6. Las consecuencias jurídicas

El tribunal puede ante una TOA exitosa proceder de tres maneras: dictar un juicio de culpabilidad sin imponer pena alguna (en la medida en que no resulte aplicable al caso concreto una pena superior de un año o una pena pecuniaria de hasta 360 días-multa), atenuar la pena en los términos del § 49 párr. 1 o rechazar la aplicación de las consecuencias jurídicas del § 46a.

Como criterios objetivos que encausan la discrecionalidad del juez se mencionan usualmente la culpa y responsabilidad del autor, así como la prevención especial y general de la medida aplicada al caso concreto. En cuanto a la TOA misma se debe tomar en consideración la intensidad de la misma en el sentido de los esfuerzos realizados por el autor y la amplitud de reparación concreta prestada. Siguiendo a RÖSSNER y BANNENBERG se podría hablar de un “valor de acto y de resultado” de la reparación que compensan el desvalor de acto y resultado de la conducta ilícita¹⁸.

7. Críticas a la institución de la TOA

Las críticas que se formulan a la TOA en la doctrina alemana son diversas y profundas. Por lo que en este marco sólo resulta posible dar una vista general sobre los principales cuestionamientos y las respuestas que se han ofrecido.

Se sostiene, en primer lugar, que la TOA significaría la introducción de un cuerpo extraño al sistema penal. Se trataría de una institución no equiparable a la pena ya que esta última implicaría, más que la restitución a un estado anterior, la imposición de un mal¹⁹. La TOA sería una consecuencia de carácter civil a la que el autor del delito estaría obligado de todas maneras, como consecuencia de su conducta punible por lo que, en este caso, el Derecho Penal pasaría a ser superfluo²⁰. Bajo el manto de la protección de la vícti-

ma, en realidad se mejoraría la posición del infractor. De tal modo, no se podría hablar de una *tercera vía del Derecho Penal*, como se plantea especialmente por ROXIN²¹, eso sí, respecto de AE-WGM, sino que solamente de una consecuencia accesoria de este que puede, a lo sumo, significar una disminución de la pena, pero no evitar su imposición producto del juicio de culpabilidad²².

A esto agrega P.-A. ALBRECHT que la TOA generaría un dualismo no justificable teóricamente respecto de los presupuestos para aplicar la pena, ya que recibiría preferentemente aplicación en casos en que se puede responder con una compensación material a intereses concretos de víctimas individualizables, incluso con una consiguiente eliminación de la pena, pero al contrario, esto no sería posible o se dificultaría enormemente en casos que afectan intereses colectivos con daños inmateriales²³. De tal modo, se diferenciaría entre delitos con tendencia a un “Derecho Penal complaceable” y otros sin esta tendencia²⁴.

Todas estas consecuencias conllevarían una sensible merma en la función preventivo general de la pena²⁵. Incluso se quiere ver, especialmente en la tercera vía propuesta por el AE-WGM, una tendencia abolicionista²⁶.

Ya que no es posible dar cuenta en este marco de las detalladas réplicas que se han manifestado, valga acá sólo la respuesta planteada por algunos redactores del AE-WGM, respecto de las críticas más catastrofistas, en el sentido de que éstas parecen ignorar que la TOA no pretende eliminar el juicio de culpabilidad y su reproche ético-social como característica esencial de la respuesta penal a conductas ilícitas²⁷.

También se plantean aprehensiones en torno al respeto de un justo proceso y del Estado de Derecho, afirmándose que la orientación preferente hacia la víctima implicaría poner en peligro la función esencial del proceso penal que consistiría en la calificación imparcial por un órgano jurisdiccional de un reproche de culpabilidad formulado por el órgano persecutor, ya que en la TOA la víctima sustituiría, en cierto modo, estas funciones, de modo que el inculpaado pasaría a enfrentarse, en una posición desmejorada, a un juicio subjetivo y de parte con elementos de un reproche moral y a una igualdad de armas de corte civil. Asimismo, mediante el proceso penal en un Estado de Derecho se buscaría emitir un juicio de culpabilidad al que, en un paso posterior, se le asignan consecuencias jurídicas en forma de una pena determinada, lo que se alteraría con la TOA en la medida en que dicha institución se concibe como una alternativa al proceso penal en sí, preestableciendo desde ya roles de “víctima inocente” y “au-

tor culpable”, de quien se exige una compensación²⁸.

Valga acá, nuevamente a modo de resumen de las réplicas formuladas en la literatura, la referencia a la voluntariedad de la TOA, lo que implica que el acusado, de estimar que se enfrenta a una excesiva injerencia de la víctima o la fiscalía, puede siempre hacer uso de todos sus derechos procesales regresando al proceso penal ordinario²⁹.

Finalmente, se sostiene que la TOA, como también otras flexibilizaciones en el ámbito del sobreseimiento, desvían de la necesidad político-criminal de descriminalización ya en el ámbito de la tipificación de conductas³⁰. Al menos respecto de la TOA esta crítica no es aplicable ya que, precisamente, según se ha señalado *supra* y se desprende de las estadísticas presentadas a continuación, no se aplica teórica ni prácticamente a los delitos de bagatela. Las necesidades de descriminalización, más allá de este ámbito, no son debatibles en este marco ni afectan a la TOA por su principio de aplicación universal.

Sin embargo, sí aparecen justificables las críticas dirigidas a la falta de determinación (art. 103 párr. 2 Constitución federal alemana, § 1 StGB) de la consecuencia penal por el ilícito, cuando ésta depende de una amplia discrecional del tribunal respecto de la valoración de conductas del acusado concebidas de manera muy vaga en la ley, como es el caso en el § 46a.³¹

8. Algunos datos estadísticos

Un estudio empírico del año 1995 realizado por HARTMANN y STROEDEL³² a nivel nacional respecto de 42 proyectos de TOA que abarcan un número de 1813 casos con 2296 víctimas y 2620 acusados, arroja una estadística que en algunos aspectos rompe con ciertos prejuicios que rondan en la literatura en torno a la utilidad y efectividad de la TOA en Alemania. Así, respecto de los delitos aptos para una TOA se constata que un 70% de los casos se refirieron a delitos violento e incluso un 12% (casos juveniles) y un 7% (casos de adultos) a crímenes. Este estudio también destaca la buena disposición de las víctimas invitadas a una TOA, ya que un 80% se declaró favorable a la participación, lo que ni siquiera decae en caso de delitos violentos (por ej., 63% en robos). La disposición por parte de los acusados también resulta muy alta con un 93% en los casos juveniles y un 89% en la delincuencia adulta. Respecto al porcentaje de TOAs que se lleva a cabo con un contacto directo (privado u oficial) entre los involucrados se registra en los casos juveniles un 79% y en los adultos un 62%. En cuanto a la efectividad de una TOA, la estadística

arroja un alto porcentaje de éxito en caso de la aceptación de un intento de TOA por parte de los involucrados: en los casos juveniles 85% y en el Derecho Penal de adultos 78%. Finalmente, en cuanto a un posible retraso en el proceso penal, el estudio señala que en lo referente a los casos de TOAs exitosos, éstos duraron en promedio 80 días, la mitad de los casos concluyó en menos de 65 días y en los casos que fracasaron el caso volvió a la administración de justicia en promedio en 44 días.

Estos datos se abonan, sin duda, a aquellas posiciones favorables al TOA y a la mediación en el Derecho Penal y probablemente expliquen también el hecho de que esta forma de solución del conflicto penal haya experimentado un considerable aumento en Alemania desde 2800 casos en 1989 a más de 9000 en 1995.

Notas

1. Cfr. en BGBI. I pp. 3186 y ss. (Verbrechensbekämpfungsgesetz) y asimismo la Ley para el establecimiento procesal penal de la compensación autor-víctima, etc. del 17 de diciembre de 1999 (BGBI. I pp. 2491 y ss.) mediante la cual se introdujo este instituto en el catálogo de las causales para sobreseer condicionalmente del § 153a StPO (Ley Procesal Penal alemana). En lo que sigue los parágrafos sin indicación de su origen se refieren al Código Penal alemán.

2. Ya que la reparación en sí constituye un acto unilateral, no será analizada separadamente. Sin embargo, cabe tener presente que la suspensión condicional de la pena (§ 56 StGB), como posible consecuencia de la reparación, también es aplicable cuando se da en forma de una TOA.

3. RÖSSNER/KLAUS, “Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis”, p. 111, en Dölling, *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland*, 2000, dan cuenta de la existencia de la TOA en este ámbito ya en la legislación penal juvenil del año 1923, si bien no en forma expresa, si como una de las medidas educativas que evitaban la pena.

4. Crítico en cuanto al carácter omnipresente de la TOA en la legislación juvenil, su consecuente dispersión dogmática y su posible aplicación arbitraria en la práctica, RÖSSNER/KLAUS, *op. cit.* pp. 112 y ss.

5. Cfr. BAUMANN, *et. al.*, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munich 1992, existe una traducción al español de Beatriz de la Gándara Vallejo, editado por CIEDLA y la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998.

6. Introducido mediante la ley de reforma de los derechos de la víctima (Opferrechtsreformgesetz) del 24 junio del 2004, cfr. BGBI. I, p. 1354.

7. JUNG, “Mediation - ein Ansatz zu einer, Entrechtlichung sozialer Beziehungen?”, en: Jung/Neumann (eds.), *Rechtsbegründung - Rechtsbegründungen*. Günter Ellscheid zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1999, p. 70, *el mismo* parecido en *Mediation: Paradigmawechsel in der Konfliktregelung?*, libro homenaje a Schneider, Berlin/Nueva York 1998, p. 915.

8. Cfr. § 1 párr. 1 frase 1.ª AE-WGM.

9. Sobre el método científico y el procedimiento necesario para desarrollar una mediación, cfr. con detalle MÜHLFELD, *Mediation im Strafrecht*, Francfort 2002, pp. 79 y ss.

10. MÜHLFELD, *op. cit.*, p. 196.

11. Cfr. CHRISTIE, "Conflicts as property", en *British Journal of Criminology*, 1977, pp. 1 y ss. El concepto es recogido con cierta frecuencia por la doctrina alemana, ya sea para negar la posibilidad de devolver definitivamente el conflicto a las partes, incluso a través de la mediación, así por ejemplo, MÜHLFELD, *op. cit.*, p. 140, como también para explicar la finalidad de la misma, así por ejemplo, JUNG, *op. cit.*, p. 914.

12. Así BANNENBERG/WEITEKAMP/RÖSSNER/KERNER, *Mediation bei Gewalttaten in Paarbeziehungen*; Baden-Baden 1999, p. 17.

13. Así RÖSSNER/KLAUS, "Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis", p. 60, en: Dölling (ed.), *Täter-Opfer Ausgleich in Deutschland*, Godesberg 2000.

14. Cfr. RÖSSNER/BANNENBERG, *Das System der Wiedergutmachung im StGB unter besonderer Berücksichtigung von Auslegung und Anwendung des § 46a StGB*, pp. 10 y s., en libro homenaje a Meurer, Berlín 2002, texto que también puede consultarse bajo www.jura.uni-marburg.de/straftr/roessner/dokumente/ss02/Gedaechtnisschrift_Meurer_Zweitversion.doc. Las referencias de páginas se refieren a esta versión.

15. Así en opinión de RÖSSNER/BANNENBERG, *op. cit.*, p. 11.

16. En ese sentido LOOS, *Bemerkungen zu § 46 a StGB*, libro homenaje a Hirsch, Berlín 1999, pp. 863 y s.; RÖSSNER/BANNENBERG, *op. cit.*, pp. 11 y s.

17. Esto no obsta a que las tres alternativas previstas en el numeral 1 del § 46a no sean susceptibles de ser jerarquizadas objetivamente, correspondiendo a la reparación completa, la mayor jerarquía, a la reparación en su mayor medida, la siguiente y a la aspiración sería de reparación sin resultado, la inferior. Como destacan RÖSSNER/BANNENBERG, *op. cit.*, p. 16, todas ellas pueden dar lugar a una TOA válida y, más aun, en el caso concreto, llevar a consecuencias jurídicas idénticas. Estos autores señalan como único límite un requerimiento desproporcionado por parte de la víctima, que sea de tal modo reprobable, que sobrepase el umbral previsto para el delito de coacciones (§ 240), especialmente con miras al abuso de la presión que significa la renudación unilateral del proceso.

18. Cfr. RÖSSNER/BANNENBERG, *op. cit.*, p. 20.

19. Cfr. HIRSCH, *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, ZStW 102 (1990), p. 538.

20. Cfr. HIRSCH, *op. cit.* p. 542.

21. Cfr. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionssystem, passim*, libro homenaje a Baumann, Bielefeld 1992, texto que Roxin dedica íntegramente a refutar las críticas de Hirsch y contradecir el modelo propuesto por éste.

22. Cfr. HIRSCH, *op. cit.* p. 544.

23. Según HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, p. 97, Munich 2002, esta característica, de una orientación hacia delitos contra víctimas y con daños concretos y no de delitos contra intereses colectivos y con daños inmateriales, hacen de la TOA una institución en cierta medida anacrónica.

24. Así P.-A. ALBRECHT, *Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz - 10 Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich*, p. 84, en libro homenaje a Schüler-Springorum, Colonia 1993 (estas 10 tesis se reproducen también en P.-A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, 3.ª ed., Munich 2000, pp. 184 y ss., obra traducida al español por Bustos Ramírez, *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, 1990).

25. Así LOOS, *Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung"*, ZRP 1993, p. 54; LAMPE, *Wiedergutmachung al, dritte Spur des Strafrechts*?, GA 1993, p. 491.

26. Cfr. HIRSCH, *op. cit.* pp. 545 y s.; LAMPE, *op. cit.*, p. 492.

27. Cfr. En tal sentido SCHÖCH, *Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, libro homenaje a Roxin, Nueva York 2001, p. 1053; ROXIN, *op. cit.* p. 248, ambos con ulteriores argumentaciones.

28. Cfr. P.-A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, p. 184.

29. Cfr. por ej. KEUDEL, *Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleichs*, Maguncia 2000, pp. 27 y ss., con ulteriores referencias.

30. Cfr. P.-A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, p. 187.

31. En tal sentido WALTHER, "Was soll, Strafe?", *Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems*", ZStW 111 (1999), p. 127; si bien HASSEMER/REEMTSMA, *op. cit.*, pp. 91 y ss., coinciden con esta crítica, la matizan en el sentido de una cierta necesidad de maduración (especialmente jurisprudencial que luego sea asumida por la legislación) de una institución que evalúan como positiva. Se trataría de una evolución muy similar a la experimentada por otros institutos penales como las condiciones para la omisión punible o las del estado de necesidad justificante.

32. HARTMANN/STROEDEL, "Die Bundesweite TOA-Statistik", pp. 198 y ss., en: Dölling (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland*, Godesberg 2000.

Argentina¹

Luis Fernando Niño²

Profesor Universitario - Magistrado Buenos Aires

I. En una ponencia presentada ante el 10.º Congreso Nacional y 2.º Regional sobre "Acceso a la Justicia y Proceso Judicial", celebrado en Buenos Aires en junio de 2003, el publicista Marcelo A. Solimine puso de relieve las razones que lo impulsaban a tomar partido por las soluciones alternativas al proceso penal tradicional, para zanjar progresivamente los conflictos derivados de la transgresión a las normas de ese carácter³. En primer lugar, la convicción acerca de que la consagración absoluta del principio de legalidad que proclama la persecución penal de todo delito cometido, es empíricamente impracticable; en segundo término, y ligada a la anterior, la subsistencia de una selección (formal o informal, institucionalizada o espontánea) que pone en crisis aquel principio. En tercer término, la genérica inadecuación de la pena privativa de libertad de cara a la resolución del conflicto penal en un Estado de Derecho democrático.

Sentadas tales premisas, abogaba por la adopción de "concesiones normativas al principio de oportunidad", con el objeto de descongestionar el sistema mediante una selección racional y transparente, y por la previsión de penas alternativas, como respuesta menos autoritaria que la clásica,

cifrada básicamente en las penas privativas de libertad; y apuntaba que, en el marco de aquellas “concesiones”, los mecanismos de resolución alternativa de conflictos (soluciones reparatorias, conciliatorias o terapéuticas) “ofrecen las mejores condiciones, elevando la calidad de solución del conflicto, dando respuestas que pueden ser percibidas como más justas por los protagonistas (víctima-victimario); resultando menos autoritarias y, en términos de política-criminal, más útiles para la sociedad”⁴.

Otros estudiosos del tema han puesto el acento, a la hora de inclinarse por la implementación de mecanismos distintos al del procedimiento penal común, en la irremediable lentitud de este último, con su correlato de retraso en la determinación de eventuales responsabilidades y de fijación de respuestas adecuadas. Para tales autores, cabe adjudicar la crisis del principio de legalidad a “las carencias materiales y humanas en el Poder Judicial, la mora y la burocratización, razones de política legislativa y criminal, deficiencias en los sistemas de anoticiamiento del delito, la falta de elementos científicos modernos, la gran cantidad de causas, etc.”⁵

En ese orden de ideas, se ha denunciado años atrás la falsedad de la antinomia entre “solución rápida” y “solución justa”, reivindicándose a la oportunidad como característica fuerte de una solución justa⁶.

Lo cierto es que diversos mecanismos de simplificación del proceso forman parte ya del derecho positivo de muchos países europeos y algunos americanos, realidad en la cual, sin perjuicio de las buenas razones invocadas al comienzo, es juicioso advertir el influjo del pragmatismo centrífugo de la única superpotencia contemporánea⁷.

De modo genérico, son mecanismos de simplificación del proceso penal todos aquellos institutos que permiten disponer del caso sin necesidad de someterlo a las reglas del procedimiento común⁸, definición que permite incluir en su amplio marco a figuras tales como la suspensión condicional de la persecución y la aplicación del principio de oportunidad condicionada a la reparación del daño.

En sentido estricto, se reserva la denominación para aquellos procedimientos específicos, más sencillos que el ordinario, que permiten obtener un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión penal⁹. Sobre éstos, vale aditar, debe recaer el más escrupuloso análisis de los operadores del sistema encargados de controlar la constitucionalidad de las normas generales, para evitar que sucumba la más preciada garantía de este modelo de organización social.

II. En la República Argentina, a despecho de la conjugación de los diversos factores predisponentes para la introducción de soluciones diversas a las clásicas para la resolución de los conflictos extremos de la interferencia intersubjetiva, dos elementos conspiran contra su recepción en el ordenamiento normativo. De una parte, el arraigo de los principios de legalidad y oficialidad en la mentalidad de los miembros de los poderes políticos del Estado y de los operadores del sistema de administración de justicia. De otra, la forma de gobierno adoptada durante la etapa decimonónica de organización nacional, un federalismo con vistosos ribetes de unitarismo, que conduce a muchos juristas a sustentar la tesis de que el régimen general de las acciones penales constituye materia privativa del poder delegado por las provincias al gobierno central, concepción que impediría a las provincias elaborar mecanismos rituales que se aparten de lo reglado sobre el tópico en el código de fondo, que rige para todo el país.

De todos modos, y aunque autorizadas voces se atienen a la clara letra del Código Penal¹⁰, la ambigüedad del concepto de acción penal —y, básicamente, el reconocimiento de su dimensión procesal—, han dado pie a que, innovando por sobre el régimen federal, en el que no se ha incorporado normativamente el sistema de mediación penal ni otros métodos alternativos de solución de conflictos que los que detallaremos, haya comenzado a obtener tratamiento legislativo aquel sistema, en algunas provincias argentinas.

En rigor, cabe señalar que la renuencia de las autoridades nacionales a la recepción legislativa de los diversos métodos alternativos ha reconocido, en los últimos años, concesiones puntuales pero trascendentes; aunque muchas de ellas, tal como veremos, aparecen paradójicamente vinculadas a posturas político-criminales expansivas, desembarazadas de ciertos prejuicios éticos vigentes desde Carrara hasta poco tiempo atrás, en lugar de responder al propósito de democratizar la solución de las controversias.

Así, pues, la única ley de mediación vigente a nivel federal¹¹ (24. 573) excluye expresamente del sistema a las causas penales. En cambio, introducen excepciones al férreo principio de legalidad, aunque de manera desarticulada y —en varios casos— con el sesgo predominantemente represivo que señalábamos, las siguientes leyes nacionales:

Ley 22278, de régimen penal de la minoridad¹². Se trata de una norma representativa del sistema de la “situación irregular”, en contradicción con la visión del niño como sujeto de derechos, propia de la Convención Internacional sobre el tópico. De todas maneras, faculta al juez a atenuar o —incluso— a eximir de pena al niño (la imputabilidad en

adolescentes se ubica entre los 16 y los 18 años), teniendo en cuenta el resultado del tratamiento tutelar.

Ley 23077, de protección del orden constitucional y la vida democrática¹³. Repone el texto original del art. 217 del Código Penal, eximiendo de pena al que rebelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

Ley 23737, de estupefacientes y psicotrópicos¹⁴, acepta la suspensión del proceso a favor del imputado dependiente física o psíquicamente de tales sustancias (arts. 17 y 18) instrumentando un tratamiento curativo cuyo resultado exitoso le permitirá obtener, según los casos, exención de pena o sobreseimiento. Análogamente, prevé una medida de seguridad educativa para procesados no dependientes —principiantes o experimentadores— que aceptaren someterse a tratamiento, pudiendo obtener, en caso de concluirla satisfactoriamente, el sobreseimiento (art. 21). La misma ley prevé, en sus artículos 29 bis y ter, la figura del arrepentido que revelare una confabulación para cometer delitos de tráfico, revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores o aportare información que permita secuestrar sustancias o cualquier tipo de activo vinculado al tráfico de las mismas¹⁵.

Ley 24769, llamada ley federal penal-tributaria, cuyo art. 16 prevé la extinción de la acción penal para el infractor de evasión simple que acepte y cumpla con la pretensión fiscal o previsional.

Ley 25087, de modificación al Código Penal, respecto de los delitos ahora denominados contra “la integridad sexual”: el nuevo art. 132 de dicho código sustantivo prevé, como causal extintiva de la acción penal, el avenimiento entre víctima e imputado, si aquella fuera mayor de dieciséis años. En este precepto se avanza expresamente en la filosofía de dotar al sistema penal de dispositivos alternativos hasta facultar al Tribunal de aceptar la propuesta cuando estimare que es “un modo más equitativo de armonizar el conflicto, con mejor resguardo del interés de la víctima”.

Ley 25742¹⁶, en su virtud, se incorporó el artículo 41 ter al código de fondo en materia penal: establece que las escalas penales previstas en los delitos de privación ilegal de la libertad calificada y secuestro extorsivo pueden reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes y encubridores que, “...durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento”. Para los supuestos en que pudiera corresponder prisión o reclusión per-

petua, se prevé una escala de ocho a quince años, con la condición, en todos los casos, de que al eventual beneficiario se le asigne una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes hubiera identificado. Por último, “la pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del previo de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad”.

Ley 25764¹⁷, esta ley, denominada “Programa Nacional de protección de testigos e imputados”, se procura “preservar la seguridad de imputados y testigos que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal, relativa a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación y los previstos por las Leyes números 23737 y 25241”. En su art. 5 se señalan medidas de protección que, en tratándose de imputados, rozan la impunidad respecto de los ilícitos que se le pudieran haber atribuido¹⁸.

III. Tal como se señalara en el párrafo anterior, algunas provincias, contraviniendo la opinión generalizada respecto de la naturaleza federal de la cuestión del régimen de las acciones y las penas, se han lanzado a incursionar en mecanismos alternativos de solución de conflictos, que tienden, inocultablemente, a la extinción de aquéllas, en caso de reunirse determinados requisitos.

Las jurisdicciones pioneras en la materia son las provincias de Chaco, Neuquén y Buenos Aires.

La Ley 4989/2002, de la Provincia de Chaco instituye, por su artículo 1.º, a la mediación penal como forma de resolución de conflictos. El art. 19 pauta la posibilidad de declarar extinguida la acción penal, por insubsistencia de la pretensión punitiva del Estado, cuando el acuerdo se hubiera cumplido; el art. 21 contempla una reducción de la pena que hubiera sido impuesta por una sentencia firme, cuando la escala penal abstracta hubiera impedido la mediación, y en la medida en que se verifique la reparación del hecho, con aceptación de la víctima¹⁹.

En la provincia de Neuquén este método de resolución de conflictos está previsto en materia penal juvenil (ley 2302).

Cuadra añadir, en el caso neuquino, que alberga en su superficie a comunidades pertenecientes a los pueblos originarios, cuya preexistencia cultural y étnica ha sido reconocida mediante la reforma constitucional de 1994 (CN art. 75 inc. 17), que esos grupos indígenas poseen formas de composición de desarrollo análogo al de la moderna conciliación, si bien su reconocimiento por la jus-

ticia nacional y provincial es aún escaso y condicionado.

En la Provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 12.061²⁰, cuyos artículos 38 y 45 regulan la mediación y la conciliación.

En algunas circunscripciones judiciales bonaerenses existe un doble sistema de mediación, solventado por la oficina de asistencia social respectiva y por la fiscalía habilitada para derivar causas a los mediadores. Éstos son provistos por los colegios de abogados de las diferentes jurisdicciones, vinculados a través de convenios con el Ministerio Público Fiscal. La práctica concreta se desarrolla en sede de la Fiscalía, y el espectro de ilícitos sujetos a mediación abarca las lesiones leves, las amenazas, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y excepcionalmente, pequeñas defraudaciones o estafas y aun hurtos o robos de poca monta.

Conforme a datos recabados por la abogada Mariela Barresi (v. nota 1), entre el 70 y el 80% de los casos culminan con un acuerdo, que es redactado y suscrito por las partes.

IV. Párrafo aparte merece, por sus características específicas, la institución —a nivel nacional— de la suspensión del proceso a prueba, una modalidad de la “diversion” estadounidense, impropia-mente popularizada como “probation” en nuestro medio, toda vez que no se arriba, conforme a su regulación, a la declaración de responsabilidad penal del encausado.

Incorporada por ley 24.316²¹, dicha norma faculta al imputado para solicitar la suspensión del procedimiento sin que ello implique reconocimiento de culpabilidad, cuando el delito de acción pública por el que viene indicado estuviera reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años.

La interpretación de ese tope ha dado lugar a posiciones encontradas en la jurisprudencia. De acuerdo con la tesis más restrictiva, la previsión se refiere a las escalas penales consideradas en abstracto, de modo que sólo abarcaría delitos correccionales, cuyas penas máximas no exceden de aquel monto. La contraria afirma que la previsión se refiere a la pena que cabría aplicar en el caso concreto, ampliando así notablemente el espectro de aplicación.

La jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo primar años atrás el criterio restrictivo²². Sin embargo, y con base en la idea de que la jurisprudencia obligatoria vulnera, entre otros principios constitucionales, el de división de poderes, buena parte de los tribunales orales de la Ciudad de Buenos Aires y algunos de otros puntos del país continúan otorgando sus-

pensiones del juicio a prueba, previa declaración de inconstitucionalidad de la ley 24050, que proclama la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria del órgano casatorio de referencia.

A pesar de la deficiente implementación de recursos humanos y materiales en punto al seguimiento de las reglas de conducta impuestas a los beneficiarios de la suspensión del proceso a prueba, el resultado global de la puesta en marcha del instituto es satisfactorio, a diez años de su incorporación a la normativa penal vigente, posibilitando —entre otras ventajas— el protagonismo de la víctima, a la que el incoado debe ofrecer una reparación del daño causado “en la medida de lo posible”, cuya razonabilidad queda sujeta al criterio del juez o tribunal interviniente (Cód. Penal, art. 76 bis).

V. Finalmente, por ley 24825²³ se agregó como art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, el denominado “juicio abreviado”, institución que ha sido legislada en la mayoría de las legislaciones provinciales y que consiste, básicamente, en el acuerdo por el cual fiscal y defensa pautan una determinada pena, que nunca puede exceder de seis años, y que opera como límite máximo de la sanción a aplicar por el tribunal, en caso de homologar dicho convenio.

El tratamiento del tema por la ley nacional ha merecido la declaración oficiosa de inconstitucionalidad por parte de algunos magistrados, entre los que se cuenta el autor de esta nota, dado que, conforme a su mecánica, el juicio no se abrevia, sino que se suprime, y el imputado está obligado, como requisito para la presentación de la propuesta ante el órgano judicial, a reconocer su culpabilidad y a aceptar la calificación legal escogida por el fiscal y la pena propiciada. En algunas provincias, como Tierra del Fuego, esos reparos se han salvado, previéndose exclusivamente la abstención de presentar nueva prueba, pero dejando incólume la posibilidad de alegar de las partes, y sin forzar al imputado a la admisión de su culpabilidad y punibilidad²⁴.

Notas

1. En la colección de datos para el presente informe participaron las Abogadas Mariana GRASSO y Mariela BARRESI, de la UBA. El primer borrador fue redactado por la primera de las nombradas.

2. Profesor de Posgrado en UBA, UNLZ y UB (ARG.), LUZ (VEN) y USAL (ES).

3. El título de la ponencia, publicada en formato digital por la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina, entidad organizadora del evento, es: “Los mecanismos de resolución alternati-

va de conflictos como opción frente a la crisis del sistema de justicia penal”.

4. SOLIMINE, Marcelo A., *op. cit.*
5. VELEZ, Víctor María: “Reflexiones sobre el juicio abreviado”, disertación pronunciada en la Procuración General de la Nación, ejemplar mimeografiado, Bs. As., 1997.
6. COSACOV, Gustavo: “El mito de la no impunidad”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1988, pp. 27-8.
7. En este sentido, cuadra coincidir con Bernd SCHÜNEMANN: “¿Crisis del Procedimiento Penal? - ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, pp. 49 y ss.
8. BOVINO, Alberto: “Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco”, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 141-2.
9. BOVINO, A.: *op. et loc cit.*
10. Explica el Profesor Julio B. J. MAIER, acerca del tema en cuestión: “Pienso, como Núñez, que el régimen de las acciones penales de su ejercicio y extinción, al menos entre nosotros, pertenece al Derecho penal material, no sólo porque sus reglas, en definitiva, representan condición para la punibilidad de un hecho, sino también, porque se trata de decisiones políticas básicas que definen el sistema penal y que deben regir igualitariamente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del poder legislativo en el congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes (C.N., art. 75, inc. 12), en una decisión contraria al modelo federativo y utilizado por nuestros constituyentes para lograr el texto de nuestra Constitución Nacional. Sin embargo, la traza de la frontera entre el Derecho penal material, contenido en el CP, y por tanto, competencia reguladora del Congreso de la Nación, y el Derecho procesal penal, según la tesis dominante, revela zonas grises y es, por ende, en última instancia, arbitraria: el paradigma de tal arbitrariedad han sido, tradicionalmente, y no sólo en nuestro derecho, precisamente, las reglas relativas al ejercicio y a la extinción de las acciones penales, montadas a caballo de ambas zonas del Derecho penal. Pienso, también, que una pacífica pertenencia de estas instituciones al CP desde hace muchos años, entre nosotros, autoriza a resolver el problema de la manera indicada a comienzos del párrafo —al menos hasta que una discusión sobre el punto no varíe esta sentencia—, aun cuando no me gustan los argumentos temporales y conservadores para avalar soluciones y reconozca, como lo he dicho, que el punto puede ser discutido (aut. cit. “La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querrela. Un agravio federal”, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 1997-B, pp. 747/8).
11. Se trata de la Ley 24573, dada en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional el 4-X-95, y reglamentada por Decreto 91/98.
12. B.O. del 28-VIII-1980.
13. B.O. del 27-VIII-1984.
14. B.O. del 11-X-1989.
15. Valga agregar que estas previsiones han dado lugar a fuertes críticas. En particular, se cuestiona que son violatorias de la garantía de igualdad ante la ley, porque benefician a quien más alto se encuentra en la escala de tráfico —y, en consecuencia, está mejor posicionado para aportar información susceptible de desbaratar la organización— en desmedro de los eslabones inferiores o marginales.
16. Publicada en el B.O. del 20-VI-2003.

17. Promulgada de hecho el 12-VIII-2003.

18. Dicho artículo estatuye: “Las medidas especiales de protección, cuando las circunstancias lo permitan y lo hagan aconsejable, podrán consistir en: a) La custodia personal o domiciliaria; b) El alojamiento temporario en lugares reservados; c) El cambio de domicilio; d) El suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona beneficiaria se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios. En ningún caso la asistencia económica se otorgará por más de seis (6) meses; e) La asistencia para la gestión de trámites; f) La asistencia para la reinserción laboral; g) El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar.”
19. De este instrumento legislativo, cuyos antecedentes son las leyes 4162 de 1995 y 4498, del mismo año 1998, cuadra reseñar aquí las siguientes previsiones: el art. 1: que consagra a “la mediación penal como forma de resolución de conflictos”; el art. 2, que define a la mediación como “... el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, la víctima u ofendido”, agregando que “cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entrar a consideración la reparación ante la comunidad”; y el art. 4, que precisa que, en principio, la mediación “... podrá proceder especialmente” en “hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación y multa” y a los “hechos previstos como contravención”.
20. B.O. PBA, del 8 y 9-I-1998.
21. B.O. del 19-V-1994.
22. Plenario “Kosuta” del 17-VIII-1999.
23. B.O. del 18-VI-1997.
24. Una exposición bastante completa de las diferentes posturas adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia en torno al instituto creado por la Ley 24.825 en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, año 4, n.º 8, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Brasil

Lélio Braga Calhau

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ).
Conselheiro do ICP – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais (Brasil).
Editor do site www.direitopenal.adv.br
Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE).

I. Notas Introdutórias

Em termos gerais, o Brasil avançou muito pouco no campo da mediação penal. Necessário, um breve retrospecto histórico para que possamos nos posicionar, discorrendo sobre o momento atual e sua perspectiva para o futuro.

Até o ano de 1988, quase não se falava no Brasil em mediação penal. Existiam algumas poucas iniciativas de mediação (quase sempre ações isoladas) na Justiça Civil, mas nada existia na área criminal. Com o advento da Constituição Federal de 1988¹, o tema da mediação, ainda de forma tímida, novamente voltou à tona com a criação constitucional da figura do *Juizado Especial Criminal*. A criação constitucional do Juizado Especial Criminal, e da conseqüente figura do *crime de pequeno potencial ofensivo*, só foi efetivada realmente sete anos depois no ano de 1995. A Lei Federal 9.099/95, sancionada em 26 de setembro desse ano, teve como inspiração o modelo da Justiça Criminal Consensual².

Todas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não excedam dois anos, que antes abarrotavam os juízos e tribunais, agora serão julgados pelos Juizados Especiais Criminais. Se o autor do fato admite não discutir sua culpa (*nolo contendere*) e aceita a *pena* (na verdade, sanção) proposta pelo Ministério Público (nunca pode ser pena privativa de liberdade), encerra-se o caso imediatamente sem a necessidade da colheita de provas. Essa *aceitação imediata de uma sanção alternativa* não gera reincidência nem antecedentes criminais.³ No modelo brasileiro a atuação do Ministério Público quando oferece a transação penal é bastante limitada e não possui a elástica margem discricionária⁴ do *plea bargaining* norte-americano.

O modelo da Justiça Criminal brasileira até o ano de 1995 era extremamente rígido e meramente retributivo, onde a vítima era totalmente alijada do processo criminal. A adoção do modelo consensual para os crimes de pequeno potencial ofensivo rompeu com esse paradigma e introduziu no Brasil a *Justiça Criminal Consensual*. Esse processo se orienta pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

O sistema da justiça consensual brasileiro tem dado bons resultados. Nele, a idéia da resolução dos conflitos é aplicada primordialmente e podemos acompanhar diariamente a pacificação social, no decorrer das audiências, onde amigos, parentes e estranhos, procuram muitas vezes, abandonar a

vingança irracional contra a outra parte e buscam com a orientação do magistrado e do membro do Ministério Público a reconciliação⁵. Antes de 1995, na maioria desses casos ocorria a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ante do processo chegar ao seu fim.

Todavia, alguns pontos deixam a desejar, como a falta de maiores investimentos dos Tribunais nesses juizados, que funcionam muitas vezes com uma quantidade insuficiente de juízes, promotores, serventuários, muitos acumulando atribuições ou várias audiências sendo marcadas no mesmo

horário, sendo diversas pessoas ouvidas ao mesmo tempo o que traz prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional.⁶

II. A Mediação penal hoje no Brasil

O modelo consensual brasileiro trouxe vários benefícios, mas hoje enfrenta diversas críticas sobre sua efetividade. Se logo após a vigência da Lei 9099/1995, as audiências preliminares eram designadas em poucos dias após a ocorrência do suposto crime, já há casos de cidades onde a primeira audiência é marcada somente para o semestre ou o ano seguinte.

A transação penal e a utilização das penas alternativas também têm gerado muitas dúvidas quanto à sua eficácia. O pagamento de cestas básicas ou a doação de mercadorias a instituições de caridade têm sido as formas mais usadas de pena alternativa. Tal prática acabou provocando comentário maldoso entre inimigos do Juizado Especial Criminal; “agora, um tapa na cara (lesão corporal leve) custa um salário mínimo, pago em forma de cobertor e agasalho”. Vale notar, incidentalmente, que esse comentário deixa bem claro quais os limites da civilização do Direito Penal, e de como ele reage sobre o imaginário da sociedade acostumada a administrar o controle social através do arbítrio do delegado de polícia ou através de uma ação penal pública inacessível à negociação entre as partes. De todo modo, ainda não existem avaliações sérias sobre a eficácia da pena alternativa, entendendo-se por eficácia a produção de resultados palpáveis na pacificação do conflito jurídico e social.⁷ Nesse contexto, têm ocorrido problemas também na inexistente fiscalização do cumprimento dessas penas restritivas de direitos. Existe um controle formal do seu cumprimento, mas na prática nem o Ministério Público, a Magistratura e a Polícia fiscalizam a execução dessas sanções. Em vários casos, os infratores não cumprem as penas ou desaparecem de suas comarcas, e o Estado só toma conheci-

mento desse descumprimento, quando ocorreu a extinção da punibilidade.

No Brasil, nas cidades grandes e médias, em geral, existem varas judiciais e órgãos do Ministério Público especializados atuando no Juizado Especial Criminal. Todavia, a explosão de litigiosidade vivida pelos outros ramos do Poder Judiciário a partir da Constituição Federal de 1988, também atingiu os crimes de pequeno potencial ofensivo. Antes, esses pequenos conflitos eram resolvidos pela polícia, muitas vezes sem nenhuma formalização ou instauração de inquérito, e hoje passaram a serem encaminhados ao Poder Judiciário. Resumindo, o que foi criado, inicialmente, para desobstruir a Justiça, hoje, quase 10 anos depois, contribui também para a morosidade do Poder Judiciário. Existem cidades onde as audiências criminais desses crimes são tão numerosas, que chegam a serem designadas com intervalos de 5 a 10 minutos, o que traz grande prejuízo para a qualidade do serviço prestado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Não há como conciliar com qualidade todos os conflitos em uma audiência de cinco minutos de duração⁸.

O modelo enfrenta um outro grande dilema. O que fazer com os réus que reincidem diversas vezes? Essa pergunta é necessária, pois para a grande maioria das pessoas, a primeira audiência encerra o conflito e ocorre a pacificação social. Todavia, os descumprimentos das sanções acordadas em sede dos Juizados Especiais Criminais não podem acarretar a pena de prisão e já tumultuam os casos de pessoas que são processadas três, cinco, sete vezes em sede de crimes de pequeno potencial ofensivo e desrespeitam sistematicamente, tumultuando a sociedade civil e gerando revolta nas pessoas que cumprem regulamente a lei penal.

Alguns doutrinadores brasileiros acusam, ainda, a Lei 9099/95, de ferir os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal com o advento do instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, esse tendo aplicação extensivas a outros crimes que não os abrangidos pelo Juizado Especial Criminal.⁹

III. Justiça alternativa x Justiça restaurativa

Justiça alternativa é uma expressão que possui diversos sentidos. Tomando-se como norte um modelo afastado do sistema formal da Justiça Criminal Ordinária, e mais flexível que a Justiça Criminal Consensual, temos o modelo criminológico da *Justiça Restaurativa*.

A Justiça Restaurativa é um novo movimento no campo da vitimologia e da criminologia. Iniciado

na Nova Zelândia, o modelo, agora, passa a ser estudado no Brasil e começam a serem implantados “projetos-piloto”, com o intuito de se avaliar a funcionalidade desse modelo na realidade brasileira.

No Brasil, começam a se realizados seminários, membros do Ministério Público e da Magistratura recentemente viajaram até a Nova Zelândia para compreender melhor o funcionamento da Justiça Restaurativa e a sua implantação, e alguns instituições, com o apoio tímido do governo, estão instalando mecanismo de resoluções de conflitos criminais com a participação ativa de membros da comunidade local.

Infelizmente, não há lei ainda que trate da Justiça Restaurativa no Brasil e o assunto ainda é desconhecido pela grande maioria de juizes, membros do Ministério Público, policiais e advogados que militam no campo criminal. Sua implantação só deverá ocorrer efetivamente em médio e longo prazo.

IV. Referências Bibliográficas

AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann. *A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais* in *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói, Intertexto, 2003.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*, 2ª ed, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4ª, ed, São Paulo, RT, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais – a concretização antecipada do direito de punir*. São Paulo, RT, 200.

WUNDERLICH, Alexandre et allis. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

Notas

1. Segundo o artigo 98, da constituição brasileira a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

2. Em suas disposições gerais, determina que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas

causas de sua competência (1.º) O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (2.º).

3. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4.ª, ed, São Paulo, RT, 2002, p. 610.

4. Artigo 76 da Lei 9099/95 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1.º - Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2.º - Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3.º - Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4.º - Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5.º - Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6.º - A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

5. CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*, 2.ª ed, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, pp. 46-47.

6. CALHAU, *op. cit.*, p. 47.

7. AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann. *A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados especiais Criminais in Juizados especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói, Intertexto, 2003, pp. 41-42.

8. E aquí existe outro grave problema que é o despreparo de alguns juízes e membros do Ministério Público, acostumbrados com o modelo da Justiça Criminal Ordinária, e que não tem o bom senso de procurarem resolver de forma adequada o conflito criminal, e acabam forçando as partes envolvidas (ex: lesão corporal simples) a pedirem o arquivamento do processo.

9. Nesse sentido: KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais - a concretização antecipada do direito de punir*. São Paulo, RT, 200. E ainda: WUNDERLICH, Alexandre et al. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal - Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

Chile

Felipe Caballero Brun
Prof. de Derecho Penal
Univ. La República

En estricto rigor la mediación en materia penal no ha sido reconocida por el derecho vigente en

Chile. Sin embargo, es posible encontrar en el ámbito adjetivo del sistema penal algunos elementos que, a pesar de no involucrar un proceso de mediación propiamente tal, poseen estrecha vinculación con los planteamientos sustantivos de alternatividad a la pena. Se trata básicamente de diversas instituciones procesales que, directa o indirectamente, llevan a la no imposición de la sanción penal prevista en la ley.

En este sentido el Código Procesal Penal¹ —con vigencia territorial gradual desde el año 2000 y que tendrá vigencia en todo el territorio chileno recién en julio de 2005— contempla instituciones como la oportunidad en la persecución penal, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

a) El principio de oportunidad (establecido en el artículo 170 CPP) faculta —dejando siempre a salvo los derechos de la víctima— al Ministerio Público a no iniciar la persecución penal o a abandonar la ya iniciada cuando el hecho a investigar no comprometiére gravemente el interés público y siempre que la pena mínima asignada (en abstracto) a dicho hecho no sobrepase los 540 días de privación de libertad y que el hecho no se tratara de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En general la operatividad del principio de oportunidad ha estado orientada por criterios de gestión y de practicabilidad definidos por el Ministerio Público. En todo caso ello es coherente con la naturaleza y fundamentos de esta institución, que se entienden en la medida que ella es una herramienta importante para racionalizar el uso del proceso penal. Es importante destacar que la aplicabilidad de la oportunidad en el sistema chileno se da de manera reducida y frecuentemente en relación a las faltas; toda vez que —que debido a la inflación penal que presenta nuestro diseño penológico— el universo de delitos respecto de los cuales podría (teóricamente) aplicarse es escaso y de extraña ocurrencia.

b) La suspensión condicional del procedimiento (regulada en los arts. 237 y ss. del CPP) permite que, una vez transcurrido el plazo fijado por el tribunal de garantía, se extinga la acción penal con lo cual la persecución y la eventual penal que pudiere derivarse de ella se evitan. Para la procedencia de esta institución —que tiene naturaleza jurisdiccional— es necesario: el acuerdo del imputado, que la pena a imponerle (en concreto) no superare los 3 años de privación de libertad y que éste no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito². Las condiciones que pueden imponerse al imputado para la operatividad de esta institución son (una o más de una): residir o no en un lugar determinado, abstenerse

de frecuentar lugares o personas específicas, tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, asistir a algún programa de educación o capacitación, pagar (a título de indemnización de perjuicios) una determinada cantidad (o garantizar su pago) a favor de la víctima, acudir periódicamente ante el Ministerio Público y fijar domicilio. El incumplimiento injustificado, grave y reiterado de las condiciones impuestas, así como una nueva formalización del Ministerio Público por hechos distintos en contra del imputado harán que el órgano jurisdiccional revoque la medida (art. 239 CPP).

c) Los acuerdos reparatorios (arts. 241 y ss. CPP) constituyen una verdadera herramienta de alternitud que desplaza la sanción penal hacia el acuerdo de voluntades de índole compensatorio que puede producirse entre el imputado y la víctima. La aprobación por parte del órgano jurisdiccional del acuerdo reparatorio constituye causa de extinción de la responsabilidad penal del imputado y además permite perseguir el cumplimiento forzado de las obligaciones en él contenidas. Estos acuerdos sólo proceden respecto de delitos culposos, de lesiones menos graves y de aquellos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial. Además para su procedencia no debe existir un interés público prevalente en que se continúe con la persecución penal. A pesar de ser reducido el ámbito de operatividad de estos acuerdos, se ha producido una importante discusión jurisprudencial (sin solución de casación) en torno a los límites de los mismos y a la determinación de cuando existe o no interés público prevalente en continuar con la persecución penal. Nótese que en algunas oportunidades se ha desaprobado un acuerdo reparatorio (consistente en disculpas públicas) respecto a un delito de “robo con fuerza en las cosas” por entender el tribunal que al haberse cometido el referido delito por tres personas, en horas de la madrugada y al interior de un jardín infantil existiría un interés público prevalente³. En otras el órgano jurisdiccional ha aprobado de rechamente un acuerdo reparatorio a pesar de que el delito imputado (contra el honor) no era un delito disponible de carácter patrimonial; motivando tal decisión en la imposibilidad de obligar a las partes a la realización de un juicio cuando éstas no lo desean⁴.

Además de las instituciones procesales antes indicadas, debe señalarse que existe en actual tramitación parlamentaria un proyecto de ley que regula —siguiendo el modelo de la ONU— la “responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. En dicho proyecto —que debería ser ley de la República en los próximos meses— se establecen (entre otras) como sanciones

sustantivas posibles de ser aplicadas: la reparación del daño causado y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad⁵.

Notas

1. En lo sucesivo CPP; publicado en el Diario Oficial el 12/10/2000.

2. Por lo tanto se excluyen las faltas, conforme a la división tripartita que el CP chileno realiza —en el art. 3.º— en torno a la infracción penal.

3. Sentencia del Tribunal de Garantía de Linares de 18 de enero de 2002, Rol Interno del Tribunal (RIT) 67-2002.

4. Sentencia del Tribunal de Garantía de Temuco, pronunciada por la Juez M.ª Georgina Gutiérrez Aravena, de 27 de noviembre de 2001.

5. Art. 18 del Mensaje del Presidente de la República a la Cámara de Diputados N.º 68-347, de 2 de agosto de 2002.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón
Magistrado de la Sala de Casación
Penal de la Corte Suprema de
Justicia de Colombia.

Profesor. Univ. Externado Colombia

Si por mecanismos alternativos para la solución de conflictos entendemos aquellos instrumentos que suplen o reducen la injerencia de la violencia penal oficial en la vida ciudadana, especialmente aquellos que impiden el ingreso a la cárcel, lo disminuyen, o se orientan a obtener el egreso de la misma, bien podemos decir que en Colombia, desde años, existen.

Probablemente el cimiento de ellos sea el artículo 116 de la Constitución Política, antes de la modificación hecha por el Acto Legislativo N.º 03 del 2002, y después de ésta. Tal norma dispone:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Unos ejemplos tomados de nuestra legislación penal actual permiten ratificar la afirmación, en el sentido de que existen institutos con *algún sabor* a mecanismos alternativos:

En el Código Penal (Ley 599 del 2000).

1. La *prisión domiciliaria*, substitutiva de la prisión, cuando la pena se impone por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley es de cinco años de prisión, o menos, y el desempeño laboral, personal, familiar o social del condenado permite concluir que no coloca en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena (artículos 36 y 38).

2. Las tradicionales *condena de ejecución condicional* (artículos 63. s.s.) y *libertad condicional* (artículos 64 s.s.).

3. La *ejecución domiciliaria u hospitalaria* de la pena, por enfermedad muy grave (artículo 68).

4. El *desistimiento* de la acción penal, respecto de los delitos generalmente considerados menores (artículo 82).

5. La *oblación*, frente a los delitos sancionados exclusivamente con multa (artículos 82 y 87).

6. La *retractación*, en materia de injuria y calumnia (artículo 225).

7. La *cesación de procedimiento* cuando en el delito de fraude mediante cheque es pagado el valor incorporado al mismo antes de la sentencia de primera instancia (artículo 248.1).

8. La *reparación* en delitos contra el patrimonio económico privado, es decir, cuando se restituye el objeto de la acción y se indemnizan los perjuicios causados (artículo 269).

9. En el delito de *peculado*, cuando el autor hace cesar el mal uso, *repara* lo dañado o *reintegra* lo apropiado, perdido o extraviado (artículo 401).

En el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000).

1. La *querrela*, en los delitos considerados básicamente como “privados”, por ejemplo violación de habitación ajena, violación a la libertad religiosa e inasistencia alimentaria (artículo 35).

2. La *caducidad* de la querrela (artículo 34).

3. La *sentencia anticipada*, solicitada por el procesado (artículo 40).

4. La *conciliación*, en los delitos que admiten desistimiento o indemnización integral (artículo 41).

5. La *indemnización integral*, respecto de delitos que admiten desistimiento, homicidio y lesiones culposas, lesiones dolosas con secuelas transi-

torias, contra los derechos de autor y algunos contra el patrimonio (artículo 42).

6. La *detención domiciliaria*, en los mismos eventos de la prisión domiciliaria (artículo 357).

7. El “Derecho penal premial”, concretamente las reducciones de pena por confesión y los beneficios por colaboración eficaz (artículo 413).

En el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

1. *Redención de pena* por trabajo, estudio y enseñanza (artículos 82, 97 y 98).

2. *Permiso* hasta de 72 horas (artículo 147).

3. *Libertad preparatoria*, descontadas las 4/5 partes de la pena impuesta (artículo 148).

4. *Franquicia preparatoria*, una vez superada la libertad preparatoria, de acuerdo con el sistema progresivo (artículo 149).

Consecuencia de la avalancha neoliberal, de la fuerza de la globalización, de la necesidad impuesta de privatizar y negociar los conflictos penales, y de las campañas contra la criminalidad y hacia la criminalización directa o simulada, centradas en el pesar y dolor que debe sentir la ciudadanía por la víctima, se hizo otra reforma constitucional en Colombia, dirigida en general a la justicia, específicamente a la fiscalía y, concretamente, con mayor hincapié, al principio de oportunidad reglado, controlado por el juez, entendido como excepción a los principios de legalidad y oficialidad y obediente a la política criminal del Estado.

Esa reforma fue desarrollada por un nuevo Código de Procedimiento Penal, la Ley 906 del 2004, que empezará a regir a comienzos del 2005, texto con marcado interés en la “justicia restaurativa”, la “conciliación preprocesal” y la “mediación”.

Con independencia de los conceptos y diferencias en torno a la conciliación, la mediación, la negociación, el arbitraje, los jueces privados, los mini juicios, la restitución, la reparación, la indemnización, y fenómenos similares, basta incorporar a este breve informe la concepción del legislador sobre el tema. Transcribimos, lo pertinente de la nueva legislación:

La reforma Constitucional.

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

Por el cual se reforma la Constitución Nacional. “El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1.º El artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General

de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Artículo 2.º. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En

estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez (la parte subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1092 del 2003 —M. P. Álvaro Tafur Galvis—, en el sentido de que ese control se debe ocupar tanto de la forma como del fondo del asunto).

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Artículo 3.º. El artículo 251 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Artículo 4.º. Transitorio. Conformase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciera dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de *habeas corpus*, los Códigos Penal, de Procedi-

miento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Artículo 5.º. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1.º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008.

Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4.º transitorio, velará por su cumplimiento.

El nuevo Código de Procedimiento Penal.

En el Título V de su Libro II incorporó el principio de oportunidad, institución que sin ser absolutamente imprescindible para acudir a la *mediación*, sí amplía y facilita las posibilidades de ésta. Ese articulado es el siguiente:

“TÍTULO V PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Artículo 321. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Artículo 322. Legalidad. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá

suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.

4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que

la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo primero. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo segundo. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo tercero. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

Artículo 325. Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que ésta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este código.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

Artículo 326. Condiciones a cumplir durante el período de prueba. El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.

2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.

3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.

4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.

5. No poseer o portar armas de fuego.

6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.

8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.

9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social

12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con ésta se extinga la acción penal.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el ministerio público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión.

Oído el concepto del ministerio público se resolverá de plano y contra esta decisión no procede recurso alguno.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 328. La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

Artículo 329. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

Artículo 330. Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la Ley.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado".

Y luego dedicó parte de su libro VI a la genéricamente denominada "justicia restaurativa". Lo hizo así:

“LIBRO VI JUSTICIA RESTAURATIVA

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán por que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Artículo 520. Condiciones para la remisión a los programas de justicia restaurativa. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión;

2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

Artículo 521. Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

CAPÍTULO II Conciliación preprocesal

Artículo 522. La conciliación en los delitos querrelables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querrelables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo, procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la ley 640 de 2001.

CAPÍTULO III Mediación

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

Artículo 525. Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

En los casos de menores, iniimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

Artículo 526. Efectos. La decisión del mediador tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario. En consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa".

novedosas figuras que permiten la "autocomposición" del conflicto penal y que nos dan pie para hablar del tema "Mediación Penal y Justicia Alternativa", a saber: la Conciliación, la Reparación Integral del Daño y la Suspensión del Procedimiento a Prueba.

La Conciliación: la legislación procesal la permite para los casos de faltas y contravenciones (ilícitos menores sancionados con penas de multa), los delitos de acción privada, los de acción pública a instancia privada y aquellos que admitan la suspensión condicional de la pena (que serían aquellos en los que la eventual pena a imponer en el caso concreto sobrepasaría los tres años de prisión).

Puede intentarse durante la fase de investigación y durante la etapa intermedia justo hasta antes de que se dicte el Auto de Apertura a Juicio, asumiendo el tribunal un papel activo en la misma puesto que —salvo en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de los menores de edad y en las agresiones domésticas— se encuentra en la obligación de procurar que las partes manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Se permite expresamente que los pactos conciliatorios contengan compromisos a cumplir a futuro e incluso a tractos, estableciéndose un plazo máximo de un año como término para el cumplimiento de los mismos. Término este que podría prorrogarse hasta en otro tanto ante un incumplimiento justificado.

La Reparación Integral del Daño: se define en el código de rito como la reparación a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado realizada antes del juicio oral, en delitos de carácter patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos siempre que la víctima o el Ministerio Público según el caso lo admitan.

La utilización de este mecanismo supone que durante los cinco años anteriores el imputado no se haya beneficiado de esta misma medida o de una Suspensión del Procedimiento a Prueba.

Jurisprudencialmente se han señalado como criterios para decidir acerca de la "grave violencia" de manera casuística elementos tales como el número de atacantes *versus* el número de víctimas, la utilización de armas, el lugar donde se produzca el hecho (por ejemplo si es un lugar solitario o transitado), la intoxicación producida por drogas en el agente activo como circunstancia que lo pueda colocar en un mayor estado de agresividad o cualquier otra circunstancia de hecho que suponga una posición de poder del atacante sobre la víctima.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora
Defensor Público

I. Aspectos jurídicos

El Código Procesal Penal de 1996 que entró en vigencia en enero de 1998 (sustituyendo al Código de Procedimientos Penales de 1973) introdujo tres

La Suspensión del Procedimiento a Prueba: consiste en un plan de reparación del daño causado por el delito a satisfacción de la víctima conteniendo además un detalle de las condiciones que el imputado cumplirá durante un período de prueba que será fijado por el tribunal y que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco. Se permite en aquellos casos en que proceda la suspensión condicional de pena o en asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad. No podrá echar mano de esta medida quien en los cinco años anteriores ya se haya visto beneficiado de su aplicación o de una Reparación Integral del Daño.

Al igual que la conciliación procede hasta antes de la declaratoria de apertura a juicio con la particularidad que se exige que el imputado acepte los hechos, de tal modo que se requiere que el Ministerio Público formule una acusación. Esta admisión de los hechos en caso de revocatoria de la Suspensión o de rechazo de la solicitud del acusado no podrá utilizarse para ningún efecto como una confesión.

El plan que deberá proponer el acusado podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica que podrá cumplirse a plazos. En caso de incumplimiento justificado del plan de reparación podrá ampliarse el plazo de cumplimiento de los compromisos hasta por dos años más.

De igual modo la contabilización del plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado esté privado de su libertad en virtud de otro proceso penal, en caso de que se encuentre libre el plazo se contabilizará pero no se decretará la extinción de la acción penal hasta tanto no se le exima de responsabilidad penal mediante sentencia firme en ese nuevo proceso.

Para terminar de perfilar el régimen procesal dentro del que se inscribe en Costa Rica el tema de la mediación penal y la justicia alternativa, podemos referir el disciplinamiento que se hace del concepto de víctima y las posibilidades de actuación que como sujeto del proceso se le reconocen a la misma.

Se otorga el rango de víctima a la persona directamente ofendida por el delito así como a su núcleo familiar más inmediato incluyéndose el heredero declarado judicialmente en los delitos cuyo resultado es la muerte del ofendido. De igual forma en casos de delitos que afecten a una persona jurídica y cometidos por personeros de la misma, sus miembros y asociados podrán ostentar la calidad de víctima, la que se reconoce también a asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afecten intereses colectivos o difu-

sos siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

A la víctima de domicilio conocido se le garantiza ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento si así lo ha solicitado pudiendo apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo aun cuando no se haya constituido como sujeto del proceso. Precisamente en cuanto a este último punto, la víctima podrá asumir el carácter de querellante en los delitos de acción pública provocando la persecución penal, adhiriéndose a la ya iniciada por la fiscalía o continuando con su ejercicio, y de igual forma podrá asumir la condición de actora civil.

II. Aspectos criminológicos

La reflexión criminológica sobre el tema de la mediación penal y la justicia alternativa tal vez deba iniciarse por determinar qué debe entenderse por justicia alternativa: ¿alternativa en tanto en lugar de tener una respuesta para el caso concreto mediante el dictado de una sentencia luego de un juicio penal, la obtenemos mediante una negociación entre las partes pero dentro de los mismos parámetros conceptuales de los operadores judiciales; o justicia alternativa en el tanto encontramos una nueva propuesta de justicia distinta a la “justicia judicial penal”?

En el primer caso siempre tendremos, ciertamente, una participación más directa que la tradicionalmente acordada por los sujetos directamente involucrados en el conflicto, pero signada por la óptica técnico-jurídica y política que los operadores judiciales tengan sobre el tema del delito.

Si es así, los “arreglos” a que lleguen las partes estarán altamente influenciados por criterios que tendrán poco que ver con la percepción que la comunidad tenga sobre el daño causado, la magnitud del problema, la reparación individual y colectiva según la percepción popular, etc. y tendrán más que ver con criterios relacionados con la eficiencia judicial, el cumplimiento de la estadística, la percepción del daño según la política criminal del estado, etc.

Obviamente la mediación penal —que significa mediación y composición dentro de un proceso jurisdiccional en el campo de lo penal— supone la participación obligada de los asesores legales y de los jueces, fiscales, defensores, etc. pero debe entenderse la misma en cuanto orientadores del proceso y vigilantes de que los acuerdos no sean ilegales, garantes de la paridad de las partes, etc. Pero todo esto acompañado de un bajo perfil en cuanto a suplantar o moldear bajo pretexto o por la vía del asesoramiento la voluntad que los ciu-

dadanos involucrados en un proceso penal manifiesten.

En este sentido el tema de la justicia alternativa debe ser enfocado desde la perspectiva de la justicia popular, algo de lo que en nuestro país prácticamente no existen antecedentes. Tal vez la instancia que de forma más actual y gráfica representa este tema de la justicia popular lo es la institución del jurado en aquellos países en que la misma existe.

El jurado elaborando como lo hace un juicio de conciencia y no de legalidad, construye su veredicto sobre la base de las percepciones, sensaciones, aspiraciones individuales o grupales que la colectividad tiene en un determinado momento histórico. Estas percepciones podrían coincidir con las elaboraciones judiciales o jurídicas y encontrar en ellas un vehículo o canal de manifestación, pero también podrían ir por otro camino.

Si en la aplicación de los institutos modernos que permiten la expresión de los intereses de las partes directamente afectadas por el delito cometido se privilegia la óptica retributiva, punitiva, penalizadora o reparadora que pueda inspirar al cuerpo de los juristas o de los operadores judiciales, se estaría vedando la verdadera expresión de una justicia alternativa entendida como justicia popular.

Bajo la preponderancia de la perspectiva de los operadores judiciales y profesionales del proceso penal, la experiencia costarricense tiende a “patrimonializar” el tema de la mediación penal y la aplicación de los mecanismos alternativos. Es así cómo sobre todo en las figuras de la Reparación Integral del Daño y la Conciliación, se privilegia el recurso a arreglos que supongan la entrega de alguna suma de dinero como satisfacción para la víctima, menospreciándose y bloqueándose aquellos pactos que puedan suponer la realización de algún comportamiento simbólico o compromisos personales de conducta.

De igual manera se permea la voluntad de las víctimas con criterios relativos a la prevención negativa general o especial al aconsejarle negativas a aplicar algún mecanismo alternativo en vista de los antecedentes del acusado o de la existencia de otras causas pendientes en su contra.

Siempre dentro de esta óptica de preponderancia de los intereses de la “justicia formal” frente a lo que denominaríamos “justicia popular” según lo antes descrito, se inscribirían una serie de reformas e interpretaciones jurisprudenciales relativas a los mecanismos alternativos. Reformas tales como las que introdujeron al texto original del código procesal la limitación de no poder repetir la utilización de la Reparación Integral del Daño o la Suspensión del Proceso a Prueba en un lapso de cinco años, creando una especie de registro de an-

tecedentes en cuanto a esos mecanismos concierne, o interpretaciones jurisprudenciales como la que estableció que en el caso de la Conciliación se debe exigir que el acusado no tenga antecedentes penales o la de que la Reparación Integral del Daño no puede suponer un compromiso pactado a plazos.

Ecuador

Dr. Efrain Torres Chaves

Universidad Central de Quito y Universidad Católica de Loja

En nuestro país, hay una especie de rechazo o de miedo de encarar la elaboración de un Código Penal nuevo, acorde a los principios actuales y al avance de la ciencia. Yo creo que el pensamiento humano vuela y no se arrastra pesadamente, lo que sucedió cuando se copió el procedimiento penal del modelo llamado “acusatorio”, teniendo como base la oralidad, que permite según su propia doctrina la agilidad de los trámites. El trasplante ha sido fatal en un medio judicial no preparado que recibió de golpe una estructura completamente ajena a las tradiciones ecuatorianas.

Sigue pues, entre nosotros, el viejo apotegma “*dura lex sed lex*”, como que la conciencia se acostumbró a la rudeza más que a la justicia, a la vindicta que como herencia feroz, vino de la Ley del Talión.

Desde este punto de vista, la mediación penal, es un proceso de insurgente racionalidad y si la paz social debe estar por sobre otras consideraciones, justamente aquella, trata de un apaciguamiento real e inteligente de dos posiciones radicalmente contrarias y vindicativas, a tal punto que en los viejos diccionarios de Derecho, ni se imaginaba que luego de la mediación en Derecho Internacional y en el Mercantil, pudiera existir, algo siquiera parecido en el campo penal, pues aun la indemnización de daños y perjuicios que se estableció como consecuencia de toda sentencia penal, se admitía como una especie de justicia civil restauradora.

El paso previo a las soluciones alternativas que castigaban al delito, fue a que el Derecho Penal dejó de ser un ente personal o particular para convertirse en una disciplina del Derecho Público, que se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal como testigo, pasando a la indemnización como un capítulo del juicio verbal suma-

rio, a tal punto que se daba jurisdicción y competencia de esta laya, a los jueces penales.

Los autores como QUERALT, manifiestan que la aparición de la “victimología”, permite formular una serie de consideraciones político-criminales que tienden a ver en los delitos no cosas de fierro sino actos humanos y de ahí se pasó a pensarse en la conveniencia de la “mediación” y de otras medidas alternativas favorables al ofendido.

El concepto de “víctima”, va variando en esta evolución, absolutamente racional, y no matemática que parece que se consideraba antes cuando hasta en el vocabulario legal se admitían los términos “dogma”, “dogmática jurídica”, siendo en realidad palabras opuestas radicalmente a los fines trascendentes de la sociedad como son la paz, la tranquilidad, la libertad, la seguridad.

Así como en España, en el moderno Código Penal, nada se dice sobre la mediación o la conciliación en esta materia, tampoco en nuestro país en el nuevo código de procedimiento se hace alusión alguna respecto a esta materia.

Desde luego, nuestra Revista ya en su ejemplar n.º 11 de enero de 2003, se ocupó de este tema como “doctrina”, la “mediación penal, entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, que con maestría desarrolló el Profesor Horacio ROLDÁN BARBERO, de la Universidad de Córdoba, quien dice que la primera mención legal del término mediación en España, es muy reciente y de momento su reconocimiento legal se ciñe solamente al derecho de menores.

El distinguido autor, toca puntos nuevos ante una administración de justicia, generalmente reuente, tenaz, de conservar eternamente formas y declaraciones incambiables, y así por ejemplo, manifiesta que la “inteligencia emocional” entra en la solución de los conflictos, es que no hace mucho que en la Psicología se dio paso a un cambio de una inteligencia racional a una inteligencia emocional y el mediador en el campo penal, debería ser un representante de este último campo, ya que el juez clásico es el arquetipo de la fría inteligencia racional.

El peso de la historia de la cultura, es la que invita a la solución de los conflictos por medios menos traumáticos que los clásicos y eternos.

En el Derecho Indígena sudamericano, que con pequeñas diferencias, es el mismo que pervive en las comunidades ecuatorianas y que operan bastante lejos de las ciudades y pueblos en donde la vigencia de la administración de justicia, se ha hecho piramidal y fría, tiene lecciones que debieran seguirse en la supuestamente común sabía, occidental y cristiana, y así por ejemplo, entre los indígenas, la Comunidad es el juez pluripersonal que por votación condenan al autor de un robo a de-

volver o a pagar a la víctima y como sanción colectiva con inteligencia emocional, en la mitad de un gran círculo humano se le propina un baño de agua helada más unos tantos azotes con ortiga (planta de la familia de las urticáceas, que arden y enronchan vivamente).

Estos temas están todavía intocados por las leyes del Ecuador, ya que la Constitución de la República, no se refiere a ellas ni siquiera como una declaración doctrinaria a futuro, yo creo con evidente irreverencia a todo lo que he expuesto en 45 años de cátedra universitaria y en mis sucesivas ediciones de comentarios a nuestras leyes penales, que la filosofía debe volver a destronar a los que se han llamado “estatuas de piedra” o dogmas intocables como la necesidad de la pena tras el cometimiento de todo delito.

La Revista Penal, que acoge bondadosamente todos los pensamientos que pueden ser tomados por aquellos que todavía sostienen la equivalencia del Código Penal al palo de ciego, aspiro a que estén conformes con lo que yo voy a exponer en estas páginas.

Como antecedente primario, debo confesar que conozco muchas prisiones en los más diversos países del mundo y en las cuales estaban cumpliéndose penas desde perpetuas hasta previas ejecuciones de muerte. Esto naturalmente, es la resultante de la concepción particular que cada país y en cada época, tienen del delito, de la víctima y del victimario.

Como corolario, he sacado una posición definitivamente pesimista, sobre la utilidad de las prisiones, puesto que no he podido comprobar los efectos disuasivos de ellas, y ningún caso ni siquiera referencial de delinquentes rehabilitados.

Mi posición actual, ante la política criminal y del sistema penal, sirven únicamente como protección jurídica tanto en la búsqueda de una satisfacción moral y económica de la víctima, como en la forma de concluir con esa satisfacción a mantener la paz social.

Voy a contar un caso real que me consta:

En la ciudad de Nueva York, en la cual fue condenado por rapto y violación un individuo autor de esos delitos y que tuvieron el resultado del nacimiento de un hijo. Conocí el juicio en el que hubo prueba plena de que se trataba de un apasionado enamorado por propia confesión sin correspondencia de la víctima, durante algún tiempo y a quien, al fin, luego de raptarla, la violó, por lo que fue sentenciado. Desde la cárcel, repetía en sus cartas y llamadas telefónicas, no solamente a la víctima sino a la familia y amigos de su amor, hasta que consiguió la aceptación de su propuesta matrimonial, que se llevó a cabo en el interior de la penitenciaría, con el lógico reconocimiento de la legitimidad del hijo.

Lo romántico de este caso novelesco, es que consiguió que la mujer se convenciera de la sinceridad del hombre, que al fin, ella también llegó a amarle, todo lo cual motivó que varias instituciones pidieran a las autoridades, que se considere el indulto del condenado, que había adquirido un inmueble con todos los ahorros de su vida en nombre exclusivo de su víctima y no de la sociedad conyugal y luego después la unión en matrimonio y la educación asegurada con una póliza obtenida con el resto de su peculio.

La justicia americana, dijo que no es posible aceptar como transacción, todo lo narrado, negó el indulto y solamente se aplicó la regla común a todos los penados, al rebajarle la pena.

El caso anterior es una típica mediación o una especie irregular de justicia alternativa, pues si en la más antigua de las definiciones “justicia” es dar a cada cual lo que es suyo, se podría preguntar: ¿no se dio a la víctima la debida reparación a su honor sexual? ¿No se dio a la sociedad la satisfacción debida con el castigo pecuniario? ¿No se terminó el escándalo producido al ataque de la libertad sexual con el matrimonio? ¿No se reparó a la víctima inocente del niño que iba a nacer, sin apellidos legítimos? ¿Por qué la vindicta pública tiene que ser eterna? ¿No es el delito un problema social del cual hay que liberarse lo más pronto posible?

Me ha impresionado lo que el profesor Horacio ROLDÁN BARBERO, dice en su estudio de la “mediación penal entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, en el siguiente párrafo:

“La mediación ganará, pues, verdadera entidad cuando la sociedad en su conjunto, comprenda debidamente de los acuerdos no traumáticos. Trasladada al mundo de derecho, parece más asequible en las contiendas no penales como en las desavenencias familiares o disputas laborales, pero si entendemos —como afirman los abolicionistas— que el delito es en definitiva un evento problemático y que entre el derecho penal y el derecho civil hay más una diferencia organizativa que cualitativa, no debiera haber obstáculos en extenderla también como ya está ocurriendo, a la resolución de esos conflictos más delicados llamados delitos.

En otras instancias del sistema penal, también comienzan ahora a proyectarse estas ideas. Esto sucede con la prisión, donde en lugar de tratar en términos terapéuticos, se recomienda, desde hace algunos años los programas cognitivo-conductuales basados en las llamadas habilidades sociales.

Responde, pues, a la lógica más elemental introducir estas pautas pro sociales desde el mismo momento de la decisión sobre los casos y no sólo hacerlo allí donde todo es más complicado: en el ámbito penitenciario.”

Y aquí, una experiencia personal: cuando estuve estudiando Derecho, en la Universidad Central de Quito, Ecuador, gané un concurso de merecimientos y oposición entre los estudiantes de especialización penal, para la Biblioteca del Penal García Moreno (terrible mazmorra construida por el Presidente de la República Gabriel García Moreno, a quien se calificaba de perverso y sanguinario) y me encontré todo lo que la mente humana es capaz de concebir para atormentar a otros hombres volviéndose realidad la calificación dada a tales centros por nuestro querido colega Eugenio Raúl ZAFFARONI, “máquinas deterioradas” y eso era, justamente, lo que yo vi y anoté todos y cada uno de los días en que cumplía mi trabajo para llegar a una conclusión derrotista o escéptica si se quiere, que este tipo de cárceles no sirven para nada y que la anhelada resocialización o rehabilitación del delincuente es una verdadera cargada de desprecio a la razón natural o a la conciencia de los hombres normales.

Desde entonces, no he cambiado de opinión para proclamar que solamente el trabajo y la educación progresiva, adecuada y personal darán buen resultado en internados aseados y con disciplina racional como se pretendió al fundar la megacárcel de la ciudad de Salamanca.

Por lo demás, aunque sea una posición reaccionaria también estoy convencido que junto a esta clase de centros deben estar los hospitales psiquiátricos de máxima seguridad y de los cuales no deben egresar jamás, los psicópatas perversos.

Me he permitido en exponer estos razonamientos, en vista de que en el Ecuador, no hay ni esperanza de un nuevo Código Penal que rige desde la década de los treinta, peor tener idea de una justicia penal alternativa o mediación, instituciones a las que yo admiro y anhelo su vigencia.

España

Prof. Dr. Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

Mediación y la justicia penal negociada son instituciones que tradicionalmente han tenido un reconocimiento escaso en el derecho positivo penal español, con ello no se quiere decir, sin embargo, que en la praxis no hayan existido acuerdos o negociaciones. Formalmente entrada de la justicia negociada —los pactos entre acusado y el juez o el MF— tuvo lugar de la mano de la reforma procesal de 1988 (LO 28 de diciembre de 1988), restringida al procedimiento abreviado. La reforma de la

LECrim operada en el año 2002 ha abierto aún más las posibilidades de negociación. Un mundo aparte es el del derecho penal de menor, contenido en LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM). En este espacio la terminación del proceso sin sentencia, como consecuencia de la negociación o simplemente como “diversión”, es buscada por el legislador como instrumento de política criminal para evitar la estigmatización del menor y a la vez conseguir una pronta reparación de las víctimas. Con ello puede decirse que el ordenamiento penal español se suma, paulatinamente, a dos características de la justicia penal contemporánea: la desformalización y la privatización del derecho penal producida por la admisión de la víctima en lo que anteriormente sólo era un conflicto público entre autor y Estado.

A continuación se describirán sucintamente las posibilidades de mediación-negociación que oficialmente o soterradamente permite nuestro sistema penal.

Instituciones de derecho penal material que posibilitan o requieren de la mediación y justicia negociada.

En el CP existen un conjunto de disposiciones dispersas que han posibilitado bien los acuerdos entre autor y víctima, bien los convenios entre acusación pública y acusado. De lo primero valga como ejemplo las posibilidades de “negociación” que ofrecen instituciones como el perdón del ofendido. Desgraciadamente éstas tuvieron en sectores muy importantes efectos perversos. Hasta la reforma del CP de 1989 la institución del “perdón” en los delitos contra la libertad sexual (art. 191.2 del CP) permitía “acuerdos extrajudiciales” vergonzantes entre, generalmente, autores bien situados social y económicamente y víctimas débiles que a cambio de una pequeña compensación decidían “perdonar”. Para evitar acuerdos de este tipo, el CP español, a la hora de regular el perdón del ofendido ordena al MF que intervenga para la protección de las víctimas más débiles (menores o incapaces) y pueden rechazar la eficacia del perdón ofrecida por sus representantes legales (art. 130.5 CP). Conjuntamente con la institución del “perdón”, la existencia de delitos privados ofrecía y ofrece también obviamente posibilidades para la negociación extrajudicial. Tal como señala el art. 106 de la LECrim. la acción penal en los delitos privados se extingue por la renuncia de la persona ofendida. La estrategia del CP es similar a la del “perdón”. Por idénticas razones a las allí señaladas, en los delitos contra la libertad sexual, que continúan conformándose como delitos privados, cuando la víctima es un menor o un incapaz o una persona desvalida se posi-

ibilita al MF a que presente la denuncia (art. 191 CP) y de igual forma ocurre en las faltas contra bienes jurídicos individuales en los casos, que no son muchos, en que sólo son perseguibles a instancia de parte (art. 639 CP).

En suma, lo primero que debe subrayarse, es que aunque el CP no se refiere expresamente a la negociación autor-víctima como causa originante del perdón o del desistimiento, esta realidad está bien presente en la configuración de estas regulaciones, a través de la reducción de las posibilidades de “perdón” en zonas complicadas como los delitos contra la libertad sexual y la obligación impuesta al MF de mantener la acción penal y evitar acuerdos extrajudiciales que perjudiquen a las víctimas más débiles¹.

El CP español contiene también regulaciones que propician la negociación entre autores y jueces o representantes del Ministerio Fiscal. Un claro ejemplo es el delito de chantaje, en donde el MF para facilitar la denuncia de las amenazas puede “abstenerse de acusar por el delito” con el que el autor amenaza o aceptar, si éste tiene asignada pena de prisión superior a dos años, rebajar la pena en uno o dos grados (art. 171.3). El segundo caso es la regulación de la “colaboración” en los casos de terrorismo y criminalidad organizada, donde la posibilidad de rebajar las penas en uno o dos grados conferida a los Tribunales cuando el autor “colabore activamente” (arts. 579 y 376 CP) presupone lógicamente la existencia de una negociación.

Finalmente debe apuntarse que en el derecho español la negociación o mediación también reviste importancia en el momento de la ejecución de la pena. Su vinculación en exclusiva con momentos pre-sentenciales resulta un error. La suspensión de la ejecución de la pena, la concesión del tercer grado penitenciario o de la libertad condicional se condicionan en nuestro ordenamiento a la reparación del daño, concepto que ha de interpretarse en el sentido del esfuerzo reparado. Lo que hace necesario en muchos casos negociar con la víctima con el fin de arbitrar formas o tiempos de la reparación que la satisfagan (*vid.* art. 81.3; art. 88; art. 90).

B) El proceso penal: posibilidades de mediación y de negociación.

El proceso penal español ha estado y está aún configurado por los principios procesales de necesidad, legalidad y oficialidad. Conforme al primero de ellos la imposición de una pena siempre necesita de un proceso (*nullum poena sine iudicio*). De acuerdo con el segundo de los principios, opuesto al de oportunidad, policía, MF y Jueces están obligados a la persecución de hechos presuntamente delictivos. En nuestro ordenamiento

no se autoriza a la acusación pública que retire la acusación si existen indicios de delito. El principio de oficialidad, finalmente, establece que el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de la acusación pública². Dado que la introducción de la mediación y de “justicia negociada” sólo puede hacerse suprimiendo o, sobre todo, flexibilizando la vigencia de alguno o todos los elementos de esta triada, veamos en qué medida esto ha tenido lugar.

La supresión o relajación del principio de necesidad tiene lugar a través de los mecanismos de *diversión* que permiten derivar el conflicto de la justicia penal ordinaria a otros sistemas más informales de resolución de conflictos, tales como oficinas de mediación, “juzgados de barrios” etc., que pueden imponer normalmente determinados tipos de “penas” simbólicas o arbitrar medidas de reparación a la víctima. La diversión es desconocida, al menos oficialmente, al derecho penal español. Esto no quiere decir que no sea siempre ilegal. Teóricamente, por ejemplo, podrían establecerse oficinas de mediación por ayuntamientos o comunidades autónomas en delitos de carácter privado. Igualmente en los delitos contra el honor existe, desde antiguo, una suerte de “diversión-mediación”. El proceso penal requiere en estos delitos la existencia de un acto de conciliación entre el autor y la víctima (art. 804 LECrim.).

La admisión de ámbitos de justicia negociada tampoco ha tenido lugar a través de una relajación del principio de oficialidad que permitiera, por ejemplo, al MF negociar con el acusado en torno a la presentación de determinadas pruebas. En el derecho procesal penal tanto la fase de investigación, como la fase de enjuiciamiento están enderezadas a la búsqueda de la verdad material. Este hecho es evidente en la fase de investigación, pero, sin dejar de ser cierto, debe ser matizado en la de enjuiciamiento. En este espacio el principio de oficialidad sufre determinadas restricciones debido a la necesidad de juez imparcial y al principio acusatorio. La actuación de ambos principios permite que aumente el margen de libertad de las partes, en cuanto que el juez o tribunal sentenciador sólo muy limitadamente puede proponer calificaciones alternativas a las propuestas por la acusación, como muestra la lectura estricta que se hace de lo dispuesto en el art. 733 LECrim., y ordenar la práctica de pruebas distintas a las solicitadas por las partes, como evidencia ahora el entendimiento también restrictivo que se propone del art. 729.2 LECrim. En cualquier caso, y como puede comprobarse, la tímida flexibilización del principio de oficialidad no ha tenido lugar con el objetivo de ampliar espacios de justicia negocia-

da, sino simplemente porque un entendimiento radical del mismo colisiona con principios fundamentales del derecho penal como el derecho a un juez imparcial y el principio acusatorio.

A la vista de lo anterior, ha de concluirse que el legislador español ha elegido como estrategia para posibilitar la “justicia negociada” la flexibilización del principio de legalidad y lo ha hecho además de modo bastante comedido. A diferencia de lo que acaece en otros ordenamientos que permiten al órgano fiscalizador renunciar desde un primer momento a ejercer la acción penal, lo que constituye *strictu sensu* el principio de oportunidad, la LECrim. sólo establece normalmente la posibilidad de “justicia consensuada” una vez que el proceso se encuentra bastante avanzado.

Si se pretende mostrar la evolución y el espíritu de la LECrim. en lo tocante a la “justicia negociada”, lo primero que ha de advertirse es que en realidad posibilidades de conformidad han existido desde la aprobación en 1882 de la LECrim. En efecto, los arts. 655 y 688 permiten la conformidad del acusado, al formalizar la defensa su escrito de contestación o en la fase de juicio oral, con la mayor pena solicitada en los escritos de acusación en los casos en que la acusación solicite penas no superiores a 6 años. Esta “conformidad” responde exclusivamente a razones de economía procesal y nada tiene que ver con los criterios de política criminal que actualmente inspiran la introducción del principio de oportunidad, que aunque incluyen la celeridad de los procesos, resultan más amplios. Prueba de que la “conformidad” sólo tiene en estos preceptos vinculación con la celeridad, es que el art. 655 III ordena al tribunal continuar el procedimiento si considera que los hechos han de ser sancionados con mayor pena a la solicitada por las acusaciones, lo que demuestra que el legislador decimonónico no estaba dispuesto a tolerar ningún tipo de negociación, situando al juez como garante de la legalidad.

La ampliación y reconfiguración de la conformidad en el proceso penal español tuvo lugar mediante la LO 7/1988 en el marco del proceso abreviado, aplicable a delitos con penas de prisión menores de nueve años o cualquier otra pena no privativa de libertad (art. 757 LECrim.). Esta reforma, que introduce un “giro copernicano” en la configuración de la conformidad ha sido seguida por la Ley 38/2002 y la LO 8/2003 que no alteran significativamente el régimen introducido en 1988. En esencia el régimen actual puede resumirse de acuerdo con las siguientes características:

Primera: El momento de la conformidad en el derecho procesal español es bastante tardío, sólo tiene lugar tras la apertura del juicio oral (arts.

784.3 y 787 LECrim. y art. 50 de la LOTJ). Sólo en el caso de “juicios rápidos”, en delitos sancionados con pena de hasta tres años o con pena de distinta naturaleza que no exceda de diez, la conformidad puede adelantarse a la fase de instrucción, lo que permitirá al juez de guardia (juez instructor) dictar sentencia (art. 801 LECrim.). Segunda: La regulación de la conformidad en el derecho procesal penal español está más cerca formalmente del allanamiento que del *plea bargaining*, en cuanto que implica siempre aceptar la pretensión más alta de pena. Esta configuración formal no prohíbe al MF negociar con la partes. La reforma de 2002 a través de los arts. 779.1.5.º, 784.2 y 787.1 ha introducido además una auténtica conformidad consensuada que puede calificarse ya de “negocio jurídico procesal”. Tercera: En la conformidad es necesaria por regla general (*vid.* no obstante art. 787.4 segundo párrafo) la concurrencia de voluntades del acusado y su letrado. Si no existe esta doble conformidad, la única voluntad del acusado o de su letrado no resulta suficiente. Cuarta: Al Juez se le atribuye un papel de garantía con el fin de comprobar que el acusado ha prestado su conformidad “libremente y con conocimiento de sus consecuencias”. Si el tribunal alberga dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, deberá acordar la continuación del curso (art. 787.2 LECrim.). Igualmente el juez debe velar por que la calificación de los hechos resulte acertada. Quinta: Las sentencias de conformidad únicamente resultan recurribles cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada. Sexta: La finalidad del régimen de la conformidad atiende a razones de economía procesal o de celeridad. La pronta reparación de la víctima sólo de un modo indirecto se ve favorecida por la conformidad, en cuanto que se presume que el acusado está interesado en resarcirla para que no comparezca en el proceso y no solicite pena superior a seis años. Las víctimas están totalmente ausentes de este proceso. Tampoco la conformidad está conectada con los fines de la pena, ni se presenta como una plasmación del principio de intervención mínima. Si bien las razones de prevención general se satisfacen por el hecho de que en realidad hay un allanamiento con la pena más grave, las razones de prevención especial no aparecen por ningún lado o sólo muy tímidamente (art. 801.3). Por esta razón, puede decirse, que en definitiva el derecho procesal “de adultos” sigue cimentado, en lo que concierne a la regulación de la conformidad, en los mismos presupuestos que inspiraban esta regulación en 1882. Como a continuación va a comprobarse una justi-

cia negociada conformada de acuerdo a presupuestos de política criminal contemporáneos habita únicamente en el derecho penal del menor.

C) Proceso penal del menor: el hábitat de la diversión y justicia negociada.

Entre el derecho penal del menor y el de mayores existe fundamentalmente una diferencia de índole cuantitativa, en virtud de la cual de entre los fines de la pena se enfatiza especialmente los aspectos resocializadores y reeducadores de la prevención especial y, muy especialmente, el de la no estigmatización a través del derecho y proceso penal. Estos principios otorgan un rostro diferente al derecho penal de menores que se manifiesta, al menos en nuestro derecho, en la configuración del proceso penal. Como advierte la exposición de motivos de la Ley reguladora de la responsabilidad del menor se hace en ella “un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento, renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y los supuestos de suspensión condicional de la medida durante su ejecución”. Todo ello se traduce, de un lado, en la previsión de mecanismos de terminación anticipada del proceso o diversión, pero, de otro también, en la existencia de mecanismos de justicia negociada tras la sentencia, en fase de ejecución de las medidas (penas).

Antes de la fase de juicio oral la ley penal del menor contiene tres alternativas al procedimiento penal. La primera de ellas, en cuanto que aparece en una fase bien temprana del procedimiento, es el *desistimiento de la incoación del expediente* por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18). El MF puede desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves (*vid.* arts. 13.2 y 33.3 CP) sin violencia o intimidación en las personas, o faltas. Si así lo decidió debe derivar lo actuado a la entidad pública de protección de menores, la cual tras valorar la situación, deberá promover las medidas de protección que estime adecuadas a las circunstancias del menor. Incomprendiblemente la Ley, en una concesión inadmisiblemente de la prevención general, no permite esta suspensión si el menor “ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”. Esta medida constituye una renuncia al proceso, en pos de medidas de tipo asistencial. En puridad no estamos ante una “diversión”, pues no se deriva el “conflicto” ante otra instancia. El MF mediante el desistimiento renuncia a expresar todo juicio de reproche sobre el menor. Lo que quiere decir que la aplicación de esta medida no dará lugar a la apreciación, por ejemplo, de la reincidencia prevista en el párrafo

segundo. El desistimiento del art. 18 tiene carácter preferente con relación al resto de las medidas por ser la más beneficiosa para el menor.

La segunda herramienta es el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LORRPM). Este que permite al MF desistir de la continuación del expediente cuando los hechos no sean graves (delito menos grave o falta, realizado sin violencia o intimidación y atendiendo a la personalidad del autor cuando se den alguna de estas tres condiciones, alternativamente: (a) la conciliación del menor con la víctima que el propio art. 19 define como reconocimiento del daño causado y la petición de disculpas a la víctima que habrán de ser aceptadas; (b) la reparación, que igualmente se define como “el compromiso asumido por el menor con la víctima o el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. El equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o el perjudicado, informando de todo ello al MF. La naturaleza de este sobreseimiento se asimila en buena medida a la *probation* anglosajona, pues de no cumplir el menor lo acordado el MF debe reabrir el expediente. Lo que implica que el sobreseimiento definitivo sólo tiene lugar producida la conciliación o los compromisos de reparación asumidos e igualmente en caso de que la conciliación o la reparación no puedan llevarse a cabo por causas independientes de la voluntad del menor; (c) el cumplimiento de una actividad educativa acordada por el equipo técnico, esta última cuasi regulada con más detalle en el art. 27. 4 LORRPM y más que un supuesto de negociación se trata de una medida inspirada en la ausencia de necesidad de pena.

Tras la sentencia existen también posibilidades de mediación o negociación. Así, por ejemplo la modificación o sustitución de la medida (pena) impuesta al menor en la sentencia puede quedar sin efecto si se produce la conciliación del menor con la víctima (art. 51 LORRPM) en los términos que prescribe el art. 19.

Bibliografía

ALAUSTEY DOBÓN, “Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000”, en Baldova Pasamar (ed), *El nuevo derecho penal juvenil español*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002, pp. 199 y ss.; ARMENTA DEU, “Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, PPU, Barcelona,

1991; *ibidem*, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant monografías, Valencia, 1994; CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Justicia negociada y nueva reforma procesal penal, (I) y (II)*, La Ley, 2 y 3 de julio de 2003; GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3ª ed, Colex, Madrid, 1999; HIGUERA GUIMERA, *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003.

Notas

1. En el derecho penal de los negocios también ha existido una práctica tradicional de acuerdos extraprocesales, con la presentación de denuncias o querrelas con la sola finalidad de forzar determinadas negociaciones. En la actualidad los delitos societarios, inexplicablemente delitos privados en el CP español (art. 296), constituyen un buen ejemplo de la utilización del derecho penal como instrumento de negociación para llegar a determinados acuerdos.

2. Al respecto de todos ellos ARMENTERA DEU, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003, pp. 36 y ss.

Grecia

Dr. Dimitris Ziouvas, LL.M.

*Abogado en Atenas y Francfort
Pte. del Comité de jóvenes
Penalistas de AIDP*

El ordenamiento jurídico penal griego aún no conoce ningún procedimiento de mediación, ni ninguna institución de compensación entre el autor y la víctima, como sí ocurre en los Estados Unidos o Alemania Federal. La reparación del daño sufrido por la víctima se persigue primariamente a través del Derecho Civil griego, que según el art. 214a del Código Procesal Civil obliga a las partes a realizar un intento de un arreglo consensuado antes de la vista de la causa. Sin embargo, la idea de una conciliación o de una reparación, no es en absoluto ajena al Derecho Penal sustantivo y adjetivo griego. Los intereses de la víctima reciben diversa consideración tanto en la parte general (II) como en la parte especial del Derecho Penal (IV), como asimismo en el Derecho Procesal Penal (I) y de la Ejecución Penal (III).

I. Derecho Procesal Penal

En el Derecho procesal penal se distingue entre aquellos delitos que se persiguen de oficio

(*ex officio*, art. 36 Código Procesal Penal griego), vale decir con independencia de la voluntad de la víctima, y aquellas que se persiguen sólo luego de la presentación de una querrela (art. 50 en relación con los arts. 36 y 46 Código Procesal Penal griego). En este último caso la avenencia en el conflicto jurídico entre la víctima y el autor del delito es de exclusivo resorte de la víctima. Esto ya que la víctima puede renunciar de forma expresa o tácita (mediante la no presentación de la querrela) a la querrela (art. 117¹). Además la víctima puede antes o durante el proceso penal formal retirar la querrela, ya sea ante el tribunal de primera instancia o ante el de la apelación (art. 52 Código Procesal Penal griego). En estos casos la víctima no debe justificar su decisión, por ejemplo mediante la obtención de una prestación indemnizatoria o la aceptación de las disculpas del autor del delito. Ejemplos de delitos perseguibles sólo mediante querrela son los siguientes: lesión corporal simple (art. 308 en relación con el art. 315), injurias, calumnias y calumnias maliciosas (arts. 361, 362, 363, en relación con el art. 368), secuestro (arts. 327, 328), amenazas (art. 333), daños (art. 381 en relación con el art. 383), giro de cheque sin fondo (art. 79 Ley 5960/1933). El crimen de la violación (art. 336) es un caso especial. En este caso el crimen se persigue de oficio, sin embargo, puede cesar la persecución penal, cuando la víctima declara, que el interés público en la persecución le acarrearía serios daños psíquicos (art. 344).

II. Parte General del Derecho Penal

Existen dos instancias de la Parte General del Código Penal griego en las que se consideran los intereses de la víctima.

El art. 84 párrafo 2 prevé que se dictará una sentencia atenuada en aquellos casos en que el tribunal sea de la opinión que concurren circunstancias atenuantes. La atenuación se aplica a toda clase de delitos y de inculpado. Las circunstancias del art. 84 párrafo 2 letras d y e, afectan a la víctima tanto de forma directa como indirecta. Según la letra d se atenúa la pena, si el autor ha demostrado un arrepentimiento y ha intentado reparar el daño o limitar sus consecuencias. El intento es suficiente. Según la letra e se atenúa la pena, bajo la condición de que el autor haya demostrado desde la realización del delito y durante un tiempo considerable un buen comportamiento.

El art. 79 párrafo 1 prevé que, en la determinación de la pena, se debe dar cuenta de la gravedad del hecho cometido y de la personalidad del autor. En especial respecto de la personali-

dad del autor el tribunal debe considerar, según el art. 79 párrafo 3, su comportamiento durante la realización del delito, el arrepentimiento mostrado y su disposición de limitar las consecuencias del delito.

III. Ejecución y cumplimiento de la pena

Los esfuerzos de conciliación y reparación del autor pueden producir efectos sobre la configuración de la forma de ejecución de la pena y de la forma de cumplimiento de la misma.

El artículo dispone que en el caso de condenarse al autor a una pena pecuniaria o una multa y adicionalmente a la indemnización de la víctima y no pueda cumplir ambos pagos, se le debe dar preferencia a la indemnización.

Según el art. 99 párrafo 1 la ejecución de la pena privativa de libertad de una duración de hasta dos años se debe necesariamente suspender a prueba en caso de un autor sin condena anterior. La suspensión a prueba de la pena también es posible respecto de penas de entre dos y tres años bajo determinadas circunstancias. Esta decisión queda en principio al libre arbitrio del tribunal. Sin embargo, al respecto, el tribunal debe, según el art. 100 párrafo 2, tener en consideración el comportamiento del autor luego de la comisión del delito, su arrepentimiento eficaz y su disposición a limitar los efectos de su delito.

Según el art. 100 párrafo 3 el tribunal puede subordinar la suspensión a prueba de la pena al cumplimiento de condiciones. Así se le puede imponer al condenado la obligación de reparar el daño ocasionado, satisfacer demandas restitutorias o, en general, pretensiones de orden civil hechas valer por la víctima.

Según el art. 82 párrafo 6 se puede sustituir una vez más, la pena privativa de libertad que supere el mes y que ya haya sido sustituida por una pena pecuniaria, por la obligación del autor de realizar un trabajo comunitario.

En los casos en que el delito ha provocado la invalidez física de la víctima incluso se puede establecer según el art. 82 párrafo 8, que el trabajo del condenado debe beneficiar a la víctima. Para ello debe prestar su consentimiento tanto la persona condenada como la víctima. El cumplimiento deficiente del trabajo comunitario puede tener como consecuencia que se revoque la pena conmutada y se deba cumplir nuevamente la pena privativa de libertad impuesta inicialmente (art. 82 párrafo 9).

IV. Parte Especial del Derecho Penal

El arrepentimiento eficaz del autor puede no sólo cumplir un rol como causa general de atenuación de la pena (supra II), sino que también puede jugar un rol como circunstancia que lleva a prescindir de la pena, en el caso de una compensación entre autor y víctima. Por ende, en determinados delitos el arrepentimiento del autor, que luego de la consumación del delito, de forma voluntaria y sin ningún control, por ejemplo devuelve el objeto sustraído o indemniza los perjuicios a la víctima, puede conllevar la omisión de la pena. Así se toma en consideración la evitación voluntaria de las consecuencias dañosas del delito en el perjurio (art. 224 en relación con el art. 227 párrafo 2), el incendio culposo (art. 266 en relación con el art. 267), el hurto (art. 372 en relación con el art. 379), la malversación (art. 375 en relación con el art. 379), los daños (art. 381 en relación con el art. 384), la estafa (art. 386 en relación con el art. 393 párrafo 1) y la administración desleal de patrimonio ajeno (art. 390 en relación con el art. 393 párrafo 1). A diferencia del arrepentimiento como circunstancia atenuante de la pena, en estos casos no resulta suficiente el mero intento de la reparación. Indemnizaciones parciales conllevan la extinción parcial de la pretensión punitiva.

La última forma de indemnización de la víctima también se refiere a delitos específicos. En esta categoría de delitos se presenta la mediación y la indemnización de la víctima del modo más inmediato, claro y auténtico. Así la Ley 2721/1999 prescribe, que en determinados delitos de mediana gravedad, se puede prescindir de toda pena, si el autor indemniza de propia voluntad a la víctima hasta que se haya dictado la sentencia de primera instancia o se haya abierto la vista oral, en su caso. Las prestaciones reparatorias abarcan el pago del capital, los intereses moratorios y las costas procesales. La víctima o sus herederos deben entregar una declaración en que señalen que la indemnización realmente se efectuó. Si bien se trata de una prestación voluntaria, en estos casos el autor normalmente indemniza recién a la víctima cuando el delito ha sido alcanzado jurídico-penalmente. Este procedimiento se establece para los siguientes delitos: delitos de peligro general (art. 289 párrafo 2), malversación (art. 379 párrafo 2), estafa y administración desleal de patrimonio ajeno (art. 393 párrafo 2).

También el Derecho Penal accesorio contempla bajo determinadas circunstancias la absolución del autor. Así se absuelve al autor, al que se imputa un giro de cheque sin fondos cuando indemniza a la víctima (art. 79 Ley 5960/1933). Lo mismo vale respecto del acusado por evasión de impuestos,

si paga los impuestos o llega a un arreglo con el servicio de impuestos (art. 25 párrafo 5 Ley 1882/1990).

V. Consideraciones en torno a la reforma y perspectivas

Consideraciones respecto a una compensación personal entre autor y víctima, especialmente mediante prestaciones reparatorias existen desde hace bastante tiempo. Mediante el proyecto de un nuevo Código Procesal Penal se pretende institucionalizar la conciliación entre autor y víctima y se busca entregar a la fiscalía la posibilidad de sobreeser en su caso el proceso penal. Según los fundamentos del proyecto de ley la compensación personal (conciliación) pretende la reparación inmediata y el restablecimiento del equilibrio social y de la paz social. Los planes de reforma del gobierno merecen una aprobación irrestricta.

Nota

1. Artículos sin señalamiento de su origen se refieren al Código Penal griego.

Italia*

Caterina Pongiluppi

Doctoranda Università di Trento y Università di Modena e Reggio Emilia

Hablar de “Justicia alternativa” en Italia quiere decir situarse en el plano de la novedad y de lo experimental, desde el que se intenta desarrollar puntos de partida innovadores dirigidos a un “replanteamiento”, aunque sea de modo parcial y sectorial, del sistema penal entendido en su modo manera tradicional.

Además, partiendo del principio de obligatoriedad de la acción penal vigente en el ordenamiento constitucional italiano¹, se hace necesario precisar que el concepto de “alternatividad” de la Justicia debe hacerse encajar dentro del esquema procesal, por lo que habrá que referir este concepto a las posibles modalidades alternativas de construcción y definición del procedimiento penal que consientan resolver de manera distinta la “fractura social” creada por el delito.

En la experiencia penal italiana podemos encontrar dos verdaderos “modelos” de Justicia alternativa², dotados de una carga de significado conceptual e ideológico totalmente nueva que po-

ne de relieve su concreta diferencia respecto al modelo procesal tradicional: se trata por un lado del que se ha confiado a los Jueces de menores, cuya competencia se extiende sobre los delitos cometidos por menores de dieciocho años; y por el otro, el modelo que rota en torno a la figura del Juez de paz, cuya competencia penal, creada por el reciente decreto legislativo 274/2000, afecta a algunos tipos penales “menores”³, que en la mayor parte de los casos sólo son perseguibles mediante querrela a instancia de parte.

En ambos casos, uno de los puntos más interesantes en lo referente al tema que estamos tratando lo representa el papel que asume la dimensión “conciliadora” de la Justicia, con la posibilidad de obtener espacios autónomos que se puedan reservar a una actividad de *mediación penal* entre las partes del conflicto, es decir, el autor y la víctima del delito⁴.

El DPR 448/1988, que introduce las nuevas “disposiciones sobre el procedimiento penal contra menores”, otorga la posibilidad de llevar a cabo una conciliación entre los sujetos procesales dentro de la normativa de la “suspensión del proceso y puesta a prueba” del imputado como causa de extinción de la infracción penal: efectivamente, el art. 28 prevé que el juez pueda suspender el proceso para confiar el menor “a los servicios de protección de menores de la Administración de Justicia para que desarrollen, en su caso en colaboración con los servicios locales, las oportunas actividades de observación, tratamiento y apoyo”, y en ese contexto puede asimismo “impartir órdenes dirigidas a la reparación de las consecuencias del delito y a la *promoción de la conciliación del menor con la persona ofendida por el delito*”⁵; la suspensión podrá desembocar posteriormente en una declaración de extinción del delito cuando el juez, “habida cuenta del comportamiento del menor y de la evolución de su personalidad” valore positivamente los resultados de esta puesta a prueba.

Otra disposición útil y frecuentemente utilizada⁶ para permitir la entrada de la mediación en el proceso contra menores es la prevista en el art. 9, según la que “el Juez y el Ministerio Fiscal recabarán elementos acerca de las condiciones personales, familiares, sociales y ambientales del menor, a fin de valorar la relevancia social del hecho y de disponer las actuaciones adecuadas y adoptar las eventuales medidas civiles”: en el marco de un contexto de investigación tan amplio, a menudo se solicita la útil contribución de las oficinas de mediación, a las que se solicita que verifiquen la factibilidad de un encuentro entre las partes, proporcionando a la autoridad judicial contenidos y fundamento para la aplicación de las distintas me-

didias que, en una fase generalmente muy temprana del procedimiento, aún se pueden adoptar.

En lo que concierne a la reciente normativa sobre las competencias penales del Juez de paz, la necesidad de que el juez favorezca, “en la medida de lo posible, la conciliación entre las partes” forma parte de los “principios general del procedimiento” prevista en el art. 2 del decreto legislativo 274/2000; a esta declaración de intenciones le sigue la específica señalación del momento conciliador, que será el de la audiencia de comparecencia para los casos de delitos perseguibles por querrela (que no agotan, como ya se ha dicho, la totalidad de la competencia penal del juez honorario), y otorga también al juez la facultad de posponer la audiencia, siempre que ello sea útil para favorecer una conciliación, “por un plazo no superior a dos meses”, para lo que también se puede servir “de la actividad de mediación de centros o estructuras públicas o privadas presentes en el territorio” (art. 29.4, decreto legislativo 274/2000).

Se trata de disposiciones insuficientes, pero que constituyen aperturas importantes del Derecho positivo a procedimientos paralelos al (pero no sustitutivos del) proceso penal, que intentan proporcionar plazos más prolongados y espacios más adecuados⁷ al acercamiento y encuentro entre los sujetos involucrados en el suceso —histórico antes que procesal— del que se trate.

Sin embargo, en estos momentos, la experiencia concreta de la mediación permanece aún ligada únicamente al ámbito del Derecho de menores, porque los mecanismos de conciliación a disposición del Juez de paz se encuentran todavía a la espera de una aplicación práctica relevante. Por otra parte, en el territorio italiano existen centros de mediación sólo en una cantidad muy limitada⁸, aunque últimamente se puede observar, precisamente como consecuencia de esta reciente extensión de la institución al Derecho penal de los adultos, un renovado interés y un florecimiento de iniciativas dirigidas a instituir o potenciar las necesarias estructuras de referencia⁹.

Además de las características mencionadas, existen otros instrumentos innovadores adicionales que contribuyen a caracterizar los dos sistemas (o subsistemas) que aquí se han considerado —el del Derecho penal de menores y el de las infracciones penales de las que es competente el Juez de paz— como paradigmáticos de las nuevas experimentaciones del legislador en el campo de la “Justicia alternativa” (en el sentido antes precisado): se trata de mecanismos de definición anticipada del procedimiento (a los cuales se puede añadir, como sustrato instrumental relevante, la propia actividad de mediación), que permiten la salida del circuito penal de hechos y sujetos fren-

te a los cuales la acción penal ya no parece justificada.

En este sentido, hay que destacar especialmente la institución de la “irrelevancia” o “especial levedad” del hecho como causa de improcedencia de la acción, prevista originariamente sólo para el ámbito del Derecho penal de menores, y hoy prevista también por el decreto que regula la introducción de la figura del Juez de paz (arts. 27 DPR 448/1988 y 34 Decreto Legislativo 274/2000 respectivamente): la comprobación del hecho y de la ofensa en términos de exigüidad¹⁰ lleva a excluir el propio interés del Estado en la prosecución del procedimiento, interrumpiéndolo, sea en la fase preliminar investigativa, sea posteriormente tras el ejercicio de la acción.

Además de ello, desde la óptica de una Justicia “moderada” y conciliante, como es la que se debe desarrollar ante el Juez de paz¹¹, se coloca también la causa de extinción del delito como consecuencia de la conducta reparadora prevista en el art.35 del Decreto Legislativo 274/2000: se trata también de un instrumento de conclusión anticipada del proceso para los casos en los que el imputado haya procedido “a la reparación del daño causado por el delito mediante la restitución o el resarcimiento”, y haya “eliminado las consecuencias dañosas o peligrosas del delito”; aunque hay que precisar que no se trata de un mecanismo automático, sino que a cargo del Juez queda la obligación de comprobar si las actividades de resarcimiento y reparación pueden ser consideradas “idóneas para la satisfacción de las exigencias de reprobación del delito, así como de las de prevención”.

Notas

* Traducción de María José Pifarré de Moner, Università di Macerata y Universidad de Castilla-La Mancha.

1. En base al artículo 112 de la Constitución italiana “... el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar la acción penal”.

2. En esta sede sólo es posible mencionar, sin poder desarrollar el argumento, que nos hallamos ante instrumentos que, nacidos con la pragmática finalidad de favorecer la deflación procesal, en realidad representan modalidades procesales alternativas: son los llamados *ritos especiales*, introducidos por el Código de procedimiento penal de 1988, y que posteriormente han sido modificados en varias ocasiones; especialmente interesante, por sus sustanciales connotaciones en materia de funciones de la pena y del proceso penal, lo es el mecanismo de aplicación de la pena a petición de la parte (el llamado *patteggiamento* o negociación de la pena) previsto en los artículos 444 y siguientes del código de procedimiento penal. Cfr. para algunas reflexiones sobre el tema, entre otros, MONACO-PALIERO, *Variazioni in tema di crisi della sanzione: la diaspora del sistema commisurativo*, en R.I.D.P.P., 1994, p. 444-445; DONINI, “Non punibilità e idea negoziale”, en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Ita-*

lia, Cedam, Padova, 2003, pp. 347 y ss., pp. 367 y ss.; G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1996, p. 17.

3. Se trata de delitos y faltas que se encuentran en unos casos dentro y en otros fuera del código: entre otros se recuerdan los golpes, las lesiones leves y levisimas punibles sólo a instancia de parte mediante querrela, las lesiones imprudentes, excluyendo las relativas a imprudencia profesional o a la infracción de normas de prevención de accidentes; la injuria y algunos casos de difamación, la amenaza perseguible a instancia de parte mediante querrela, los hurtos del mismo modo perseguibles y los daños; el suministro de bebidas alcohólicas a menores y enfermos mentales, así como a personas ebrias, o los actos contrarios a la decencia pública, etc.

4. Es un intento obligatorio de conciliación, en el sentido de que “el Juez verifica si el querellante está dispuesto a retirar la querrela, y si el querrelado lo está a aceptar la remisión”, lo prevé el código de procedimiento penal, en el artículo 555.3, en el ámbito del proceso ante el Juez monocrático por delitos perseguibles a instancia de parte mediante querrela; sin embargo, no se hace ninguna referencia a una actividad de mediación en el sentido propio del término, ni a la posibilidad del juez de suspender el proceso para favorecer la convergencia entre las partes.

5. Por tanto no se prevé expresamente el recurso a la mediación como modalidad de solución del conflicto, pero se hace referencia implícita a ella dejando en manos del juez una amplia discrecionalidad en cuanto a la oportunidad, plazos y modalidades de su empleo.

6. Cfr., por ejemplo, BRUNELLI, “La mediazione nel sistema penale minorile. L’esperienza dell’Ufficio di Milano”, en *Prassi e teoria della mediazione*, PISAPIA(coords.), Cedam, Padova, 2000; MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, en *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, PICOTTI-SPANGHER (coords.), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 85 y ss.

7. Sobre la necesidad de *plazos y espacios* personales y libres en la senda comunicativa de la mediación, cfr. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., pp. 102 y ss.

8. Los centros de mediación más importantes que operan en Italia desde 1997 son los de Milán, Turín y Bari, pero se están organizando nuevos servicios de mediación penal para menores bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia, de los Tribunales de menores y de los entes locales.

9. Es oportuno recordar que en Italia el modelo de mediación penal acogido se apoya en estructuras públicas con preferencia sobre los centros privados, subrayándose desde diversas instancias la necesidad de “preservar la mediación-reparación de su caída en lógicas de mercado”, para evitar reducir la cuestión criminal a un mero hecho de carácter privado entre reo y víctima, olvidando la exigencia de restablecer, por el contrario, los *lazos sociales*: cfr. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., p. 100.

10. Los criterios de referencia para la valoración de la irrelevancia del hecho a que hace referencia el decreto sobre el Derecho de menores, o de la especial levedad del hecho mencionada en el decreto sobre el Juez de paz, se precisan de manera distinta: la primera de estas disposiciones (art. 27 DPR 448/1988) se limita a dar importancia a la “levedad del hecho” y a la “ocasionalidad del comportamiento”; la norma introducida posteriormente, con el decreto 274/2000, reconoce los parámetros constituti-

vos de la especial levedad del hecho en la "exigüedad del daño o del peligro", en la "ocasionalidad del comportamiento" y en el grado (exiguo) de la culpabilidad".

11. De "moderada" dimensión y de "nuevo rostro de la Justicia penal" hablan muchos de los primeros comentarios relativos a la nueva normativa sobre el Juez de paz; véanse, sólo por citar algunos de los trabajos más significativos, las contribuciones contenidas en PICOTTI-SPANGHER, (coord.), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002; ID. *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003; SCALFATI (coord.), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Cedam, Padova, 2001; GIOSTRA-ILLUMINATI (coord.), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2001; AA.VV., *Giudice di pace e processo penale. Commentario al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, e alle successive modifiche*, coordinado por CHIAVARIO-MARZADURI, Utet, Torino, 2002.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán
Catedrático de Derecho Penal Universidad
Politécnica de Nicaragua

El Código Procesal Penal (CPN) manifiesta que la finalidad del proceso penal es "solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica", mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda y de otras soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y acuerdo entre las partes en los casos autorizados por el CPPN (art. 7). Para hacer efectiva esta finalidad, el Ministerio Público, dice el CPPN, podrá ofrecer al acusado "medidas alternativas" a la persecución penal o limitarla a algunas infracciones o personas que participaron en el hecho punible. Para la efectividad del acuerdo que se adopte se requerirá, como regla general, "la aprobación del juez competente" (art. 14). La finalidad del proceso, sin entrar a discutir lo peligroso que significa el hecho de convertir al Código procesal penal en un instrumento más del Estado en la lucha en contra del delito, abre la puerta para la formal instauración de nuevas formas de resolver los casos penales que se articulan bajo el capítulo denominado de las *condiciones legales del ejercicio del principio de oportunidad*. Bajo esta titulación, se comprenden como formas de su manifestación, la *mediación*, la *prescindencia de la acción*, el *acuerdo* y la *suspensión de la persecución* (art. 55

CPPN). Este principio no se aplicará, cuando se trate de "delitos contra el Estado o cometidos con ocasión de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza". En todo caso, la aplicación del principio de oportunidad, deja a "salvo el derecho al ejercicio de la acción civil en sede penal o civil ordinaria" (art. 55 CPPN).

I. La mediación (art. 56 CPPN)

El CPPN establece la mediación en dos momentos, primero, *mediación previa* al inicio del proceso (art. 57 CPPN), que se abre con la formulación y presentación de la acusación en la Audiencia preliminar y, la *mediación durante el proceso*, que podrá tomar lugar en "cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia del juez o veredicto del jurado" (art. 58 CPPN). La mediación procede en los casos de *faltas penales*, *delitos imprudentes o culposos*, *delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación*, y, en los *delitos sancionados con penas menos graves* (art. 56 CPPN). Los delitos menos graves, en el Código Penal vigente (1974), son aquéllos con penas menos de tres años de privación de libertad y en el Proyecto de Código Penal (1999), menos de cinco años de prisión.

1. Mediación previa al inicio del proceso. En los casos en que la mediación proceda, de previo a la presentación de la acusación o querrela, la víctima o el imputado podrán acudir en procura de un acuerdo total o parcial ante un abogado o notario debidamente autorizado, o ante la Defensoría Pública o un facilitador de justicia en zonas rurales, acreditados por la Corte Suprema de Justicia para mediar.

1.1. El acuerdo. El acuerdo a que puede llegarse, puede ser total o parcial.

1.2. Acuerdo total. De lograrse acuerdo total, se deberá hacer constar en un acta que las partes someterán a la consideración del Ministerio Público, el que dentro del plazo de cinco días deberá pronunciarse sobre su procedencia y validez. Si transcurrido este plazo no ha recaído pronunciamiento del Ministerio Público, se tendrá por aprobado el acuerdo reparatorio.

1.3. Acuerdo parcial. Si se lograra acuerdo parcial, al igual que en el caso anterior, el acta se anotaré en el Libro de Mediación del juzgado y la acusación versará únicamente sobre los hechos en los que no hubo avenimiento.

2. Procedimiento. Cuando a criterio del Ministerio Público el acuerdo sea procedente y válido, el

fiscal o cualquier interesado si éste no se ha pronunciado, lo presentará al juez competente solicitándole ordenar su inscripción en el Libro de Mediación del juzgado, y con ello la suspensión de la persecución penal en contra del imputado por el plazo requerido para el cumplimiento del acuerdo reparatorio, durante el cual no correrá la prescripción de la acción penal.

3. Efectos del cumplimiento del acuerdo reparatorio. Si el imputado cumple con los compromisos contraídos en el acuerdo reparatorio, se “extinguirá la acción penal” y el juez a solicitud de parte dictará auto motivado declarándolo así. En caso contrario, a instancia de parte el Ministerio Público reanudará la persecución penal.

4. Mediación durante el proceso. Una vez iniciado el proceso penal y siempre que se trate de los casos en que el presente Código autoriza la mediación, faltas, delitos imprudentes o culposos, delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación, y, en los delitos sancionados con penas menos graves (art. 56 CPPN), el acusado y la víctima podrán solicitar al Ministerio Público la celebración de un trámite de mediación. De lograrse acuerdo parcial o total, el fiscal presentará el acta correspondiente ante el juez de la causa y se procederá en la forma prevista de la mediación previa al inicio del proceso. La mediación podrá tomar lugar en “cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia o del veredicto en su caso”. En el supuesto que las partes hayan logrado un acuerdo reparatorio y el acusado lo haya cumplido, el juez a instancia de parte decretará el sobreseimiento correspondiente (art. 58).

II. Otras manifestaciones del principio de oportunidad

En el CPPN además de la mediación se establecen, con la finalidad de abreviar el proceso y bajar los costos económicos del proceso, *la prescindencia de la acción penal, el acuerdo y la suspensión condicional del proceso*. Respecto a la *prescindencia de la acción penal* (art. 59 CPPN). El Ministerio Público podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal, limitarla a alguna o algunas infracciones o personas que participaron en el hecho, cuando el imputado (testigo de la corona) en la colaboración de la investigación brinde información esencial para evitar que el hecho delictivo continúe o evitar que se perpetren otros o bien, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; y cuando para el Ministerio Público la pena o medida de seguridad carezca de importancia, ya sea porque él haya sufrido, a con-

secuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena (pena natural).

El *acuerdo* (art. 61 CPPN), denominado *negociación* en el Anteproyecto del CPPN, no es otro que el *plea bargaining* de los EE.UU. El acuerdo se manifiesta iniciado el proceso, y tiene la finalidad de que el acusado admita su responsabilidad en los hechos que se le imputan, para su “beneficio” y por economía procesal. En este sentido, el Ministerio Público y la defensa, previa autorización expresa del acusado, pueden entablar conversaciones en búsqueda de un acuerdo que anticipadamente pueda ponerle fin al proceso. Los beneficios del acuerdo para el acusado se expresan en el hecho de que el Ministerio Público podrá prescindir parcialmente de la persecución penal, o limitarla a alguna o algunas infracciones o personas participantes en el hecho, y disminuir el grado de participación y la sanción penal. El acuerdo puede tomar lugar en cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia del juez o del veredicto de jurado, en su caso. En el caso de que no logre acuerdo, nada de lo que tomó lugar durante las conversaciones puede ser objeto de prueba o usado en contra del acusado en ese proceso o en cualquier otro.

La *suspensión condicional de la persecución penal* (art. 63 CPPN) tiene la finalidad de que el juez suspenda la persecución penal siempre que el acusado haya reparado el daño a la víctima o garantice suficientemente la reparación. Este instituto se da por una sola vez, en delitos imprudentes o menos graves, si el acusado sin condena previa por sentencia firme, manifiesta conformidad con los términos de la acusación antes de la convocatoria a Juicio oral y público y admite la veracidad de los hechos que se le imputan. En este caso el fiscal podrá proponer al juez la suspensión condicional de la persecución penal. Además de la reparación, el juez dispondrá que durante la suspensión de la persecución penal el acusado sea sometido a un régimen de prueba, que se determinará en cada caso y que tendrá por fin mejorar su condición educacional, técnica y social, bajo control de los tribunales o de las entidades de servicio público a las que se les solicite colaboración. La suspensión condicional de la persecución penal no será inferior de tres meses ni superior a dos años, y no impedirá el ejercicio de la acción civil en sede penal establecida en el presente Código (art. 64 CPPN).

Las reglas de conductas y abstenciones para suspender la persecución penal sólo pueden imponerse si se aceptan voluntariamente por el acusado y pueden ser comenzar o finalizar la escolaridad primaria; aprender una profesión u oficio, o seguir cursos de capacitación en la institución que

determine el juez; adoptar en el plazo que el juez determine un oficio, arte, industria o profesión o permanecer en un trabajo o empleo; realizar en períodos de cinco a diez horas semanales y fuera del horario habitual de trabajo, trabajos no remunerados de utilidad pública, a favor del Estado, sus instituciones, Regiones Autónomas, Alcaldías o instituciones de beneficencia; someterse a un tratamiento médico o psicológico, si fuera necesario; participar en programas especiales de tratamiento para combatir el alcoholismo o la drogadicción; abstenerse de residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez; abstenerse de visitar determinados lugares o personas; abstenerse de consumir o abusar de las bebidas alcohólicas o de consumir drogas y sustancias psicotrópicas; abstenerse de portar de armas y de conducir vehículos automotores (art. 65 CPPN).

El juez podrá acordar, sólo a proposición del acusado, otras condiciones de conducta análogas, cuando se estime que resultan convenientes. El juez fijará con precisión el o los medios para el cumplimiento supervisado de las reglas de conducta decretadas, especialmente a través de instituciones públicas, organismos humanitarios, la colaboración de Facultades de Psicología y otras entidades con servicios de proyección social. Los funcionarios de seguimiento y control de cumplimiento de las reglas de conducta y abstenciones impuestas, fungirán adscritos al Poder Judicial y deberán informar oportunamente al Ministerio Público y al juez, según el caso, de cualquier violación de aquéllas o acerca de su cabal cumplimiento.

Durante el plazo de suspensión del proceso a prueba no correrá la prescripción de la acción penal y cumplidas las condiciones por el acusado impuestas al finalizar el plazo de prueba, el juez decretará sobreseimiento por extinción de la acción penal (art. 66 CPPN). No obstante, si incumple en forma injustificada las condiciones impuestas o comete nuevo delito, el juez, luego de oír al Ministerio Público y al acusado, decidirá acerca de la revocación de la suspensión del proceso. En el primer caso, en vez de revocarla, el juez puede ampliar el plazo de prueba por un año más. Si el juez decide revocar el auto de suspensión del proceso, convocará a nueva audiencia para dictar la sentencia correspondiente. El plazo de prueba se suspenderá mientras el acusado esté privado de su libertad por otro proceso. Si se dicta sentencia absolutoria, se computará el tiempo de privación de libertad como cumplimiento de las condiciones. Cuando el acusado esté sometido a otro proceso y goce de libertad, el plazo seguirá su curso, pero no podrá decretarse la extinción de la acción penal si-

no cuando quede firme la resolución que lo exima de responsabilidad por el nuevo hecho.

III. La Conciliación en la Justicia Penal del Adolescente

El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287/1998, crea en el Libro III, el Sistema Justicia Penal Especializada del adolescente. El objetivo del proceso penal de adolescentes, es establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o partícipe, ordenar la aplicación de las medidas correspondientes y buscar la reinserción del adolescente, en su familia y en la sociedad (art. 128). El texto especializado incorpora la conciliación como una forma de resolución alternativa al conflicto penal en el que participa un adolescente. La conciliación, dice el Código de la Niñez y la Adolescencia, “es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, con el objeto de lograr un acuerdo para la reparación, restitución o pago del daño causado por el adolescente”. El arreglo conciliatorio procede de oficio, a instancia del acusado o a petición del ofendido, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del adolescente sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del acusado (art. 145).

El Juez Penal de Distrito del Adolescente citará a las partes a una audiencia de conciliación, durante los diez días posteriores a la acusación e invitará a las mismas a llegar a un “acuerdo” (art. 146). Además el Juez podrá promover instar un acuerdo de conciliación en cualquier otra etapa del proceso, en tanto no se haya decretado la resolución definitiva en primera instancia. En la audiencia de la conciliación podrán asistir la madre, padre o tutores del adolescente, lo mismo que el representante del Ministerio Público y la instancia administrativa correspondiente (arts. 147 y 149). La conciliación no procederá en los delitos cuya pena merezca medidas de privación de libertad (art. 148). Si se llega a un acuerdo y el Juez Penal de Distrito del Adolescente lo aprueba, las partes firmarán el acta de conciliación, pero de no haberlo, se dejará constancia de ello y se continuará con la tramitación del proceso. En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, el plazo para su cumplimiento y el deber de informar al Juez Penal de Distrito del Adolescente y el Ministerio Público sobre el cumplimiento de lo pactado. El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo y cuando el adolescente cumpla con las obli-

gaciones pactadas en la audiencia de conciliación, el Juez Penal de Distrito del Adolescente dictará una resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive (art. 150).

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal

I. Introducción

El tema de la “mediación penal y justicia alternativa” no ha tenido atención por el legislador panameño, pues el ordenamiento procesal penal previsto en el Libro Tercero del Código Judicial, sobre procedimiento penal, no consagra ninguna norma respecto a mecanismos de mediación o conciliación en el proceso penal panameño.

La omisión, sin duda alguna, es grave ya que modernamente se acepta que, en ciertos delitos, es mejor la mediación y conciliación, con la consiguiente reparación a la víctima del delito, que imponer la aplicación del proceso penal respectivo si es muy probable que el sujeto que sea hallado responsable, no ingrese en prisión en virtud de la aplicación de algún sustitutivo penal previsto en el ordenamiento penal.

A pesar de la inexistencia de norma alguna en el Código Judicial, el Procurador General de la Nación (Fiscal General en otros países) en uso de sus facultades legales, por medio de la Resolución 9, de 7 de agosto de 1995, publicada en la Gaceta Oficial número 22.849 del 17 de agosto de ese mismo año, instauró un mecanismo de conciliación en el Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Auxiliar de la República.

II. Régimen legal

La resolución antes descrita creó, en el proceso penal panameño un mecanismo de conciliación al crear el “Departamento de Concertación Social del Ministerio Público”, adscrito a la Fiscalía Auxiliar de la República, ente instructor que asume el inicio de la investigación preliminar de los delitos en coordinación con la Policía Técnica Judicial.

En el proceso penal panameño la instrucción de la causa está a cargo del Ministerio Público, por lo que corresponde a la Fiscalía Auxiliar iniciar las investigaciones en coordinación con la Policía Técnica Judicial, que luego se adjudica al funcionario de instrucción que debe terminar la instrucción del

sumario y solicitar al juzgador lo que corresponda en derecho (sobreser la causa o enjuiciar al imputado).

La concertación social supone un mecanismo de mediación y conciliación entre el ofendido y el presunto imputado, cuando se trate de alguno de los delitos que admita el desistimiento de la pretensión punitiva por el ofendido.

En el Código Judicial panameño sólo admiten desistimiento de la pretensión punitiva, de acuerdo con el artículo 1965 del citado Código, “los delitos de hurto; lesiones y homicidio por imprudencia; lesiones personales; estafa; apropiación indebida; usurpación, siempre que en su ejecución no hubiere violencia, amenazas, abuso de confianza o clandestinidad; daños; incumplimiento de deberes familiares; expedición de cheques sin suficiente provisión de fondos; calumnia e injuria; inviolabilidad de domicilio, salvo los ejecutados con violencia sobre las personas, con armas o por dos o más personas; contra la inviolabilidad del secreto y otros fraudes contemplados en el Capítulo IV, Título IV, Libro II del Código Penal”.

En virtud de sus atribuciones, el Departamento de Concertación Social tiene facultad para: 1) promover e instaurar técnicas de mediación que permitan una política de concertación en el Ministerio Público; 2) procurar la concertación en los casos que, por carecer de los elementos constitutivos del tipo, no puedan erigirse en delito; 3) propiciar la conciliación de las partes en los casos presuntamente punibles que permitan el desistimiento por parte del ofendido, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1965 antes citado.

La resolución del Procurador permite que los propios “concertadores sociales” asuman la facultad de elaborar la “vista fiscal” del caso en donde se logra la conciliación entre ofendido y ofensor, lo que implica sustraer tal función del Personero, Agente Delegado, Fiscal o el propio Procurador, lo que puede estar en contradicción con el Código Judicial, adoptado por medio de una ley, que tiene rango superior a la Resolución 9 de 1995.

Cuando no se logre la concertación que impone la Resolución del Procurador antes citada, el Departamento debe orientar a las partes sobre los derechos y obligaciones que le asistan, en cuyo caso debe remitir el caso a la autoridad competente para continuar el proceso.

III. Valoración personal

Luego de la breve exposición que antecede, es evidente, que nada justifica que no sea el legislador el que haya adoptado la iniciativa de introdu-

cir la mediación y conciliación en el proceso penal panameño, pues la iniciativa del Procurador General de la Nación requiere de una ley en tal sentido o de la introducción de dicha normativa en el texto del Código Judicial, lo que sólo se puede efectuar por medio de una reforma legislativa al ordenamiento procesal penal vigente.

El defecto antes señalado, por tanto, puede conducir a la violación del proceso debido, ya que sólo la ley formal puede establecer los trámites que deben observar las autoridades en el curso del proceso penal, pues en cierta forma se está modificando el proceso penal en ciertos delitos muy particulares, lo que implica la necesaria reforma que sólo por medio de una ley puede permitirse.

Finalmente, es necesario indicar que el catálogo de delitos que deben remitirse al Departamento de Concertación Social del Ministerio Público es muy reducido por una parte y muy discutible en el caso de todos los delitos de lesiones personales y muy especialmente en el delito de homicidio culposo.

Urge, en consecuencia, una revisión de la normativa bajo estudio y su incorporación al texto del Código Judicial o su adopción por medio de Ley emanada de la Asamblea Legislativa.

Polonia

Barbara Kunicka-Michalska

Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias de Polonia Varsovia

1. La mediación penal fue introducida en el Derecho polaco a base de la codificación penal de 1997. Inicialmente fue concebida sobre todo en el art. 320 del Código de Procedimiento Penal de 1997. El legislador polaco en el año 2003 ha cambiado el espacio legal de la aplicación de la mediación, ampliando este espacio, ya que en la realidad la mediación penal se practicaba muy raras veces. Y así a base de la reforma del día 10 de enero de 2003 fue borrado el art. 320 del Código de Procedimiento Penal y en su lugar se introdujo el nuevo art. 23a del CPP sobre la mediación penal. Actualmente el marco legal de la aplicación de la mediación, según el art. 23a del CPP, es el siguiente: el juez y el fiscal (este último durante el procedimiento preparatorio) u otro órgano que lleva a cabo una investigación (art. 325i párrafo 2 del CPP) puede dirigir la causa a la institución o a la persona digna de confianza para realizar el procedimiento de la mediación entre el perjudicado y el acusado. La institución de la mediación se puede aplicar sola-

mente por la iniciativa o con el consentimiento del perjudicado y del acusado. El procedimiento de la mediación no puede durar más de un mes, y su período de duración no se incluye en el tiempo de duración del procedimiento preparatorio. En el art. 23a párrafo 3 del CPP se indica que las personas relacionadas profesionalmente con la administración de justicia no pueden ser mediadores, como jueces, fiscales, consejeros jurídicos, abogados, etc. Los detalles en cuanto la mediación (como las condiciones exigidas para ser un mediador, el modo de llevar a cabo el procedimiento de la mediación, etc.) están concebidos en la disposición del Ministro de Justicia de 13 de junio de 2003 sobre el procedimiento de la mediación en las causas penales (Dz.U. N.º 108, pos.1020). La mediación puede ser practicada en los casos de delitos perseguidos de oficio, así como en los casos de delitos perseguidos por la acusación de la parte. Sobre estos últimos se habla en el art. 489 párrafo 2 del CPP.

El tribunal (el juez), dictando la pena u otra medida prevista por el Código Penal, tiene que tomar en cuenta los efectos positivos de la mediación entre el perjudicado y el acusado o el acuerdo entre ellos, efectuado en el procedimiento judicial o en el procedimiento preparatorio (el art. 53 párrafo 3 del CP y el art. 56 del CP).

2. La mediación se puede aplicar también en el procedimiento de ejecución de la pena, en relación con la libertad condicional (art. 162 del Código de Ejecución Penal).

3. La mediación tiene una importancia especial en el ámbito de procedimiento en las causas de los menores. En Polonia rige una ley especial sobre la responsabilidad de menores. Es la Ley de 26 de octubre de 1982 sobre el procedimiento en las causas de los menores, con cambios posteriores (texto uniforme Dz.U de 2002 N.º 11, pos.109 con cambios). En el ámbito de la delincuencia de menores, la mediación está aplicada desde el año 1996, pero durante unos años fue aplicada sin la base jurídica, es decir sólo en el marco de un programa experimental. Sólo entonces en el año 2000 se reformó la citada ley y se introdujo la mediación. Actualmente sobre la mediación se trata en el art. 3a de la ley sobre el procedimiento en las causas de los menores. Según esta norma, el juez de familia puede de iniciativa o con consentimiento del perjudicado y del menor, dirigir la causa a la institución o a la persona digna de confianza para efectuar el procedimiento de la mediación. Los detalles están concebidos en la disposición del Ministro de Justicia del 18 de mayo de 2001 sobre el procedimiento de la mediación en las causas de los menores (Dz.U.N.º 56, pos.591).

4. La mediación provoca un gran interés entre los penalistas y criminólogos, aunque en la práctica todavía no se la aplica con frecuencia. Hay muchas publicaciones científicas sobre la mediación¹; se organizan conferencias científicas e investigaciones sobre este tema. De la mediación se habla también en una resolución del Senado de la República de Polonia, del 3 de junio de 2004, dedicada a la política penal en Polonia. En esta resolución leemos, entre otros: "La nueva política penal debe basarse en la idea de la justicia restauradora, conforme a la cual el procedimiento penal no se concentra en la venganza, sino tiende a la recompensa para el perjudicado y para la sociedad como también a la resocialización del autor del delito". Se ha creado en Polonia una asociación, que se llama el Centro Polaco de la Mediación. El Centro desarrolla una actividad muy amplia para promover la mediación, organiza las investigaciones científicas, conferencias, cursos para los mediadores, jueces, fiscales, tutores, policías. El Centro también edita varias publicaciones, como por ejemplo una revista "Mediador". Se editó, entre otros, "El Código de ética del mediador" (en 2002).

5. La institución parecida a la mediación es el acuerdo y la reconciliación entre el perjudicado y el autor del delito, también reconocida por el Derecho Polaco.

6. La legislación procesal-penal polaca reconoce el sometimiento voluntario a la pena (el art. 387 del CPP, art. 335 del CPP). Esta institución también fue reformada en 2003, para ampliar su campo legal de aplicación. Actualmente, según el art. 387 del CPP, el sometimiento voluntario a la pena se puede aplicar en los casos de todos los delitos con excepción de los crímenes, y según el art. 335 del CPP en casos de delitos castigados con la pena que no rebasa los 10 años de privación de libertad.

En el Derecho Polaco los delitos se dividen en crímenes y en delitos menos graves. Los actos delictivos castigados con una pena mínima de 3 años de privación de libertad o por una pena más severa son crímenes. El sometimiento voluntario a la pena del art. 387 del CPP consiste en que hasta la conclusión del primer interrogatorio para todos los acusados durante el juicio principal el acusado presenta una demanda de la condena y de la determinación de una pena o una medida penal determinada, sin efectuar las pruebas. Según el art. 335 del CPP, el fiscal puede introducir en el acto acusatorio una moción sobre la pronunciación del veredicto de condena y la sentencia, coordinada con el acusado, sobre la pena o la medida penal sin llevar a cabo el juicio (en el caso de ser cumplidas las condiciones previstas en esta norma).

7. El sometimiento voluntario a la responsabilidad es reconocido por el Código Penal Fiscal (arts. 142 -147 del Código Penal Fiscal).

8. En cuanto la justicia alternativa, la más interesante es la medida penal del Derecho polaco que se llama el sobreseimiento condicional de la causa, introducida a la legislación penal polaca en 1969. Es una medida relacionada con el sometimiento a la prueba. Está contemplada en los arts. 66 y 68 del Código Penal y en varios artículos del CPP. El sobreseimiento condicional de la causa se puede aplicar cuando el delito en cuestión es castigado con una pena máxima que no rebasa los tres años de privación de libertad. Pero en el caso cuando el perjudicado haga las paces con el autor de delito (la reconciliación del perjudicado con el causante), este último repare los daños o ambos se pongan de acuerdo sobre la forma de reparar los daños, el delito en cuestión puede ser castigado con una pena máxima que no rebasa los cinco años de privación de libertad. Además, el Código Penal establece las siguientes premisas para la aplicación del sobreseimiento condicional de la causa: el grado de la culpabilidad y el grado del perjuicio social del hecho no son considerables; las circunstancias de la comisión del delito no suscitan dudas; el autor del acto no fue condenado anteriormente por un delito doloso; el pronóstico relacionado con el autor del delito es positivo, es decir, su actitud, sus rasgos y condiciones personales y las formas de vida que llevaba hasta el momento permiten suponer de manera justificada que, a pesar de sobreseimiento de la causa, respetará el orden jurídico y, en particular, no volverá a cometer un delito. El período de prueba asciende de uno a dos años. El sobreseimiento condicional de la causa tiene que ir acompañado del deber de reparar los daños provocados por el delito, en total o en parte. Puede ir acompañado también de obligaciones adicionales y de una prestación pecuniaria y de la prohibición de conducir vehículos. En lo que concierne a las obligaciones adicionales, son las siguientes: 1) la obligación de rendir informes al juez o al tutor sobre el transcurso del período de prueba, 2) la obligación de pedir perdón al perjudicado, 3) la obligación de cumplir con los deberes de alimentación que tenga el autor de delito, 4) o la obligación de abstenerse del abuso del alcohol o del uso de otros estupefacientes.

El sobreseimiento condicional puede ir vinculado a la vigilancia ejercida por un tutor (curador), o por una persona de confianza, por una asociación, institución u organización social cuya actividad abarca la educación, la prevención de la desmoralización o la ayuda a los condenados².

Si el período de prueba transcurre de manera positiva, no se renueva la causa, el sobreseimiento tiene el carácter definitivo. Un procedimiento sobreseimentado condicionalmente no se puede reiniciar más tarde que durante los seis meses desde el momento de haberse concluido el período de la prueba

Notas

1. Véase por ejemplo: EWA BIEŃKOWSKA, *El guía para el mediador*, Varsovia 1999 (en polaco); *La mediación. Los delincuentes menores y sus víctimas*, Coords. Beata Czarnecka - Dziakluk, Dobrochna Wójcik, Varsovia 1999 (en polaco y en inglés).

2. Sobre el sobreseimiento condicional de la causa véase también Barbara KUNICKA-MICHALSKA, *El nuevo Código penal de Polonia*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, *In Memoriam*, Dirigido por: Lius A. Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Volumen I, Ofrecido por sus discípulos: Luis A. Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Juan M.º Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano-Piedecassas, Juan Carlos Ferré Olivé. Coordinador: Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, pp. 327-328.

Uruguay

Pablo Galafán Palermo

Prof. Adscrito de la Universidad Católica Montevideo

1. La justicia penal de nuestros tiempos ha adoptado como uno más de sus objetivos la búsqueda de soluciones más rápidas y menos *costosas*. Es así que desde el mundo anglosajón —y también en la Europa occidental—, ha ganado terreno el movimiento de la *Restorative Justice*, que persigue dentro de sus cometidos alcanzar una justicia menos formalizada¹. De esta forma, en materia procesal, la búsqueda de la verdad material y el principio de oficialidad se adaptan de tal forma, que dan cabida a instancias regidas por el principio de oportunidad, permitiendo el archivo o la *desviación* del proceso. En otras ocasiones, se conforman con la búsqueda de una verdad formal o consensuada. Para ello se han propuesto distintas vías, desde las alternativas al sistema legal (informales o comunitarias) hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal². Dentro de las alternativas que no renuncian al sistema penal, entendido como el lugar donde debe resolverse el conflicto causado por el delito, encontramos a la mediación. Ésta ha sido definida como:

“una estrategia trilateral de control social, en la que un tercero fomenta un acuerdo, sin imponerlo a las partes en conflicto. Cuando el contenido de dicho acuerdo se basa en la reparación del daño a la víctima, se habla de un control social de estilo compensatorio. Si, además, aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales, estaríamos ante un estilo conciliatorio”³. Asimismo, existen alternativas a la propia sentencia de condena o a la ejecución de la pena, legitimando instancias de mediación o conciliación entre los verdaderos implicados por el delito, todas ellas relacionadas con la figura de la reparación⁴, por ejemplo, como condición impuesta al delincuente que recibe un determinado beneficio material o procesal. Todo este movimiento *restaurador*, obedece también, en cierta medida, a la revalorización que ha tenido la víctima en el derecho comparado, al influjo de la nueva criminología (especialmente por la Victimología), al movimiento abolicionista y a distintas disposiciones de organismos macro-nacionales⁵. Por último, esta nueva forma de resolver el problema causado por determinados delitos y/o autores, generalmente, de bagatela o mediana criminalidad, cometidos por delincuentes primarios, tiene su vía de realización a través del proceso penal.

2. En el Código del Proceso Penal uruguayo (CPP) rige el principio de oficialidad (art. 6 CPP, según redacción dada por la Ley 16893 de 1997), por lo que, necesariamente el representante del Ministerio Público deberá llevar adelante el ejercicio de la acción penal. De todas formas, se establece en el art. 49 CPP, a modo de excepción, la posibilidad de renuncia a dicha acción, siempre que se cumplan con las condiciones allí expresadas⁶. De esta forma se ha pretendido incluir, siguiendo la tendencia internacional, alguna instancia de oportunidad, que exima de la solicitud de pena o permita el archivo de la causa. De todas maneras, el legislador patrio es renuente a la instauración del principio de oportunidad en el proceso penal, sin embargo, en un futuro próximo, de lograr el MERCOSUR una mayor consolidación —como parecería ser la voluntad de los nuevos gobiernos de los países que lo componen— deberá legislarse de modo similar a como lo han hecho otros países de la región⁷.

3. En cuanto al objeto del proceso, el sistema uruguayo se aboca a la búsqueda de la verdad material —lamentablemente— a través de un juez inquisidor que dirige la búsqueda de pruebas incriminatorias, para luego decretar —a pedido del Fiscal— el procesamiento del indagado. Este procesamiento generalmente conlleva la prisión preventiva (art. 71 del CPP). La prisión

preventiva sigue siendo la *regla no escrita* que acompaña a todo procesamiento, habiéndose limitado la excarcelación provisional del privado de libertad por sucesivas leyes que restringen cada vez más a los posibles beneficiarios de este instituto⁸. En cualquier otra situación, siempre que se trate de un reincidente o que tuviera una causa anterior en trámite, el procesamiento conllevará prisión preventiva. El CPP no diferencia entre un reincidente que previamente ha cometido un delito de escasa gravedad ontológica con uno que ha realizado un crimen de gran magnitud, sea lo que fuere el anterior delito —sin necesidad de condena definitiva, ya que una causa pendiente tiene el mismo sentido que una condena firme— la nueva comisión de cualquier tipo de delito traerá aparejada la privación de libertad. Entiendo que se incurre en un grave error legislativo al no diferenciar entre distintas naturalezas delictivas, ya que no es de buena política criminal enviar a prisión a un sujeto que pudiera haber cometido dos delitos insignificantes o de bagatela, que perfectamente podrían solucionarse con una medida alternativa, que por otra parte, sería más efectiva y menos costosa para el Estado que el encierro en una desbordada prisión estatal⁹. Recientemente, la Ley 17.726 (publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2004) de “*Medidas alternativas a la prisión preventiva*” ha intentado poner freno a la sobre utilización de dicho instrumento cautelar como una auténtica pena, además, pena anticipada, y por tanto, violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia¹⁰. Sin embargo, no ha sustituido a la prisión preventiva¹¹, por lo que la nueva ley arrastra con todos los inconvenientes que dicha privación de libertad sobrelleva cuando es utilizada de forma contraria a su naturaleza cautelar y provisoria. De todas formas, cuando la prisión preventiva puede ser sustituida por otra medida, se acepta en el art. 3.c la *restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*, que he interpretado como una especie de reparación en sentido penal¹². Así las cosas, para hablar de verdaderas alternativas a la privación de libertad (prisión preventiva), se debe hablar de alternativas al propio proceso penal o alternativas dentro del proceso penal. En lo que a mi respecta, entiendo preferible —en el entorno uruguayo— hablar de alternativas dentro del proceso, pero sin las restricciones que exige el legislador uruguayo, que limitan considerablemente la facultad dispositiva del juez para otorgar beneficios materiales o formales al procesado.

4. A diferencia del proceso civil, que tiene al instituto obligatorio de la conciliación previa como un gran avance del Código General del Proceso¹³, el

proceso penal uruguayo carece de instancias de mediación o conciliatorias, en las que pudieran interactuar directamente las partes implicadas. Esta carencia parecería no contradecir a la Constitución de la República, que en su artículo 255 dice: “*No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley*”, lo que ha sido interpretado como una exclusión de la cuestión penal¹⁴. Sin embargo, en mi opinión, la Constitución sólo se refiere a que la conciliación previa debería ser obligatoria en la materia civil, pero no excluye cualquier instancia conciliadora en sede penal. Además, no podría valer de excusa el apego del procedimiento penal al principio de oficialidad, puesto que el art. 49 de la Ley 16.893, modificativa del Código del Proceso Penal (CPP), admite expresamente las excepciones al principio de necesidad.

5. El legislador penal ha sumido en el olvido a la víctima que sufre un daño a causa del delito. En ese sentido la Ley 16.162 de 10 de julio de 1990 derogó los arts. 28 y 29 del CPP, e irradió totalmente el ejercicio de la *acción civil ex delicto* del proceso penal (arts. 25 y 27 CPP)¹⁵. El legislador uruguayo ha confundido este instituto de la *responsabilidad civil ex delicto* con la sanción penal, ya que la obligación de indemnizar deriva del daño causado, y por tanto, como indica el art. 105 Código Penal, debe analizarse desde una óptica civil (arts. 1246 y 1319 Código Civil), que por lo tanto admite la responsabilidad objetiva o derivada, por ejemplo, del daño causado por un menor hacia sus padres o tutores, o de un sujeto inimputable hacia sus curadores. Mientras que la responsabilidad penal requiere de un injusto —al menos culposo o imprudente— y la verificación de la culpabilidad; por lo que podría suceder que un sujeto fuera absuelto penalmente, pero condenado por la exclusiva producción del daño. Se podría discutir con mayor detenimiento el supuesto de la absolucón por causa de justificacón, en la que podría entenderse que la falta de antijuridicidad atañe a todo el ordenamiento jurídico, pero allí también tiene injerencia la teoría del error, por lo que podría haberse producido un daño que si bien no admite responsabilidad penal tuviera que ser indemnizado por fundamentos estrictamente civilistas. Por tanto, consecuencia de la responsabilidad civil, en el proceso penal la víctima sólo puede trabar embargos preventivos sobre bienes del procesado (art. 105 b CP), trasladar prueba del proceso penal al civil (art. 29 CPP según redacción del art. 1 Ley 16.162 de 1990) o presentar recurso de revisión en cualquiera de ambas sedes (arts.

283 y ss. CPP). Además, para mayores desventajas, la acción civil producto del delito prescribe a los cuatro años de la realización del hecho ilícito causante del daño, por lo que en la praxis, considerando la lentitud de la justicia penal (por cierto, sobrecargada de delitos de bagatela) la víctima se ve obligada al inicio del juicio civil sin que pueda esperar a la culminación del penal.

6. La víctima es el gran ausente del sistema penal uruguayo. El ofendido por el delito cuenta con pocas posibilidades de disposición de la causa penal, limitándose su injerencia a algunos delitos en particular, en los que puede eximir de pena al delincuente a través del “*perdón*” o aceptando una especie de *transacción* o *conciliación* con el mismo, a efectos de que no prosigan las actuaciones penales y se extinga el delito (art. 59 de la Ley de Cheques 14.412).

En esta mediación *sui generis*, en la que el rol del mediador lo realiza un funcionario policial, la víctima puede aceptar la propuesta de pago del librador de un cheque sin fondo y de esta forma, determina que se extinga la causa (o que no se inicie, según como se mire). De no aceptar la propuesta indemnizatoria, el hecho previamente denunciado en sede policial se pone en conocimiento al Juez penal para el inicio de las actuaciones judiciales.

Así las cosas, el legislador uruguayo debería elegir entre tres caminos posibles en una próxima y necesaria reforma, permitiendo la compatibilización de la misma con la figura de la reparación del daño, es decir, o bien: a) proceder a descriminalizar todas aquellas figuras que son de escasa dañosidad social; o: b) aumentar el número de delitos que pueden ser perseguidos únicamente a instancia de parte. Esta cuestión de procedibilidad podría descongestionar los juzgados de causas criminales en las que la víctima no tiene ningún interés en su persecución, puesto que por imperio de la ley, para obtener el resarcimiento del daño debe acudir a la vía civil. Finalmente: c) aceptar instancias de mayor participación de ambos involucrados por el delito, tal como sucede en la Ley de Cheques y la posibilidad de extinción de la acción mediante la reparación del daño causado¹⁶.

7. En materia de Menores infractores se encuentra en trámite legislativo la Ley 17.823 (7/9/2004) “*Código de la Niñez y la Adolescencia*”, que acepta como una medida sustitutiva a la privación de libertad (internamiento) en el art. 80 literal f) la obligación de reparar el daño; y en el art. 83 propone la obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima, que surgirá de un previo proceso de mediación entre el menor infractor y el ofendido por el delito¹⁷.

8. No puede decirse que la doctrina uruguaya se encuentre ajena al movimiento que exige medidas alternativas a la pena o a una mayor intervención de la voluntad de las partes en el proceso penal¹⁸. Incluso no se carece legislativamente de experiencias de mediación, las que existen en el derecho penal de menores, como instancias de real desjudicialización, aunque obviamente, para tratarse de una verdadera mediación debe participar un mediador, generalmente el propio magistrado, quien además, se encarga de la homologación de los acuerdos alcanzados, la precalificación de los casos que ingresarían al sistema y de su evaluación y cumplimiento¹⁹.

9. Por tanto, las instancias conciliatorias intentarían convertirse: a) en una alternativa a la privación de libertad; b) una forma de desjudicialización que intenta la búsqueda de una verdad formal; y c) fomentar el acuerdo entre los verdaderos involucrados (autor-víctima) a efectos de que el primero obtenga el sobreseimiento de la causa penal. En definitiva, se trata de una buena forma de evitar el juicio penal, y con ello, minimizar uno de los mayores problemas que atañe a la justicia de nuestros tiempos, esto es, la sobrecarga de causas penales, y por ende, el mal funcionamiento de la administración de justicia. Dadas las características del sistema penal uruguayo, y principalmente, la idiosincrasia de la sociedad uruguaya, será difícil la adopción de un sistema netamente dispositivo, donde al Ministerio Público o la propia Policía les cupiera un rol de mayor disposición sobre las *presuntas causas penales*. En todo caso, los procesos de *diversión*²⁰, conciliación o mediación podrían ingresar por la puerta del Poder Judicial, en los cuales, y me refiero en especial a la mediación, el juez pueda cumplir el verdadero rol de árbitro o defensor de las garantías, en lugar del tedioso y nada placentero rol de inquisidor. Y aunque no podamos hablar de un auténtico proceso de “*desjudicialización*”, el hecho de despojar al juez de la función de búsqueda de pruebas inculpativas y limitarlo a la de custodio del debido proceso, permitiría al proceso penal, urgido de una modificación profunda, encaminarse en una dirección más próxima al respeto de las garantías y los derechos humanos²¹. Debe quedar en claro que en toda instancia de mediación la solución es fruto de la “*transacción*” o acuerdo entre las partes, y no de la imposición del mediador, que en todo caso, puede realizar las propuestas que entienda oportunas, siempre que no tome partido por ninguna de las partes. Como en todo proceso transaccional, ambas partes ceden parte de sus pretensiones para la obtención del acuerdo, es decir, para obtener otro beneficio.

En este caso, el delincuente asume una posición más humana frente a la instancia oficial, es capaz de decidir su destino (si bien condicionado), y demuestra que parte de los fines de la pena ya se han cumplido respecto a su persona, en particular, los de prevención especial positiva o resocializadores. Por su parte, la víctima verá satisfecho en su totalidad o en parte el daño que se le ha ocasionado, pero principalmente, será considerada persona de derechos y no un mero objeto procesal. En definitiva, como ha sostenido Winfried HASSEMER, lo importante es que la víctima obtenga mayor protagonismo en el sistema penal sin que como contrapartida mermen los derechos del delincuente²²; pero además, que la sociedad recupere la confianza en la norma y en el funcionamiento de sus instituciones. Sólo así podremos hablar de verdadera pacificación social al momento de solucionar el conflicto. Así las cosas, para aceptar este nuevo modelo de justicia, se debe superar el enfoque bilateral del delito, esto es, abandonar la concepción del delito como un enfrentamiento simbólico entre delincuente y Estado tras la lesión del ordenamiento jurídico, al cual todavía, me parece, el legislador uruguayo se encuentra demasiado aferrado.

Notas

1. La justicia restaurativa se desarrolló como un modelo opuesto a la justicia retributiva, intentando evitar la estigmatización y la exclusión de la primera, en primera instancia en el derecho penal juvenil y luego en el de adultos para determinado tipo de criminalidad de leve y mediana envergadura. El objetivo final es la restauración del balance de relaciones sociales dañado por el delito, buscando la solución del conflicto sin necesidad de sentencia judicial a través de un acuerdo entre delincuente y víctima en el que la sociedad también actúe, aunque fuera a través de la persona del mediador. De esta forma el delincuente asumiría su responsabilidad y reconocería a su víctima restableciendo el equilibrio perdido. *Vide* por todos HUDSON, Barbara, "Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory", 2.^o ed, Open University Press, Buckingham/Philadelphia, 2003, pp. 81 y 92; ZEHR, Howard/MIKA, Harry, "Fundamental concepts of restorative justice", en *Restorative Justice*, Declan Roche ed, Ashgate, Dartmouth, London, 2003, pp. 48 y ss.

2. El 10.^o Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Justicia penal celebrado en Viena en abril de 2000 propuso incrementar la adopción de mayores modelos de justicia restauradora o de introducir la reparación en los distintos sistemas penales.

3. *Vide* VARONA, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 445. Diferenciando entre distintas formas de componenda se ha dicho: "Mientras que en la conciliación la solución es fruto de un juzgamiento en ejercicio de la potestad de jurisdicción oficial con facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en la mediación es fruto de un acuerdo razonable, y en el arbitraje fruto de una solución a la que se arriba por el ejerci-

cio de una potestad jurisdiccional privada que no puede hacerse ejecutar por quien la obtuvo". *Vide* CALVO, María, "Jueces conciliadores. Asistencia letrada obligatoria en las instancias de conciliación, arbitraje y mediación. Creación de la instancia de mediación", en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, fcu, Montevideo, 1999, p. 603.

4. En otro lugar hemos definido la reparación como el esfuerzo personal, comprometido y voluntario del autor en favor de la restauración, la eliminación o disminución del daño o de los efectos nocivos derivados del delito, sea a través de prestaciones económicas o de prestaciones simbólicas. *Vide* GALAIN, Pablo/ROMERO, Angélica, "Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?", en *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, volúmenes XXII-XXIII, n.^o 73, sep. 2001/dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 53.

5. *Vide* Convenio número 116 del Consejo de Europa de 1983; Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985; Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder" de la ONU en 1985; art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

6. Art. 49: (Principio de oportunidad): "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 243.1, en la audiencia por Resolución de situación del imputado, el Ministerio Público renunciará al ejercicio de la acción penal, en los supuestos siguientes: 1.^o) Si se tratare de delito culposo que hubiere irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena. 2.^o) Si se tratare de delitos de escasa entidad, siempre que considere que no hay interés público prioritario que justifique su ejercicio. En los supuestos de delitos contra la propiedad, se requerirá, además que no hayan sido cometidos con violencia y que el imputado hubiere indemnizado satisfactoriamente a la víctima o a sus sucesores. 3.^o) Si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y presumiblemente no hubiere de resultar pena de penitenciaría, y no concurren algunas de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción".

7. Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, son algunos de los países que ya han adoptado el principio de oportunidad en el concierto latinoamericano. En el caso chileno, al igual que el 153 St-PO alemán, se admite prescindir de la persecución penal por falta de interés público en la misma.

8. Ley 15859 de 1987 y Ley 16058 de 1989. La Ley de "Seguridad Ciudadana", número 16707 hizo aún más restrictivas las posibilidades de obtener una excarcelación durante el tiempo que dure el proceso, al modificar los artículos 138 y 139 del CPP. Por su parte, el art. 71 CP establece los casos en los que no se impondrá el procesamiento con privación de libertad.

9. La gravedad ontológica del delito sería un buen punto de partida para establecer las penas alternativas o "no privativas de libertad". Si se parte de la utilización del principio de proporcionalidad entre el daño causado (desvalor de resultado), el modo de comisión (desvalor de acción) y la importancia del bien jurídico lesionado, entonces no tendría por qué —a priori— descartarse como posibles beneficiarios a los reincidentes.

10. Un análisis detallado de la Ley 17.726 en PREZA, Dardo, "El Proceso Penal Uruguayo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, en prensa.

11. La sustitución de la prisión preventiva, según dispone el art. 2 Ley 17.726 es una facultad del juez que debe guardar relación con la gravedad del hecho y la entidad del daño, que a su vez queda condicionada a los siguientes supuestos: a) Que el Juez estime que no habrá de recaer pena de penitenciaría o cuando el mínimo de pena previsto no sea de penitenciaría; b) Que se trate de un primario (absoluto o legal).

12. Vide GALAIN, Pablo, "El Proceso Penal Uruguayo", FCU, Montevideo, en prensa.

13. En vigencia desde 1989 (ver especialmente art. 293.1). A su vez la ley 16.995 de 1998, incorporó algunas reformas de importancia, autorizando la creación de juzgados conciliadores o de conciliación, es decir con competencia exclusiva en materia conciliatoria.

14. VALENTIN, Gabriel, "Los casos en que no procede la tentativa de conciliación previa: la reforma de 1998", en *La Justicia Uruguaya*, año 2003, tomo 128, p. 71.

15. Anteriormente, con el Código de Instrucción Criminal (CIC), a semejanza de lo que sucede en España con la LECrim., el art. 5 CIC permitía el ejercicio de dicha acción de naturaleza civil en el proceso penal. Sin embargo, el legislador entendió que tal función privada no correspondía deducirse en sede penal, entre otras cosas, porque complicaría la labor de jueces y fiscales. Además, se dijo que en caso de sentencia penal absolutoria la víctima se vería imposibilitada de ejercer la acción y obtener la indemnización pertinente. De esta forma acabó con la preeminencia de la sentencia penal sobre la civil, abrió la puerta para el ingreso de las sentencias contradictorias y cercenó un derecho de todo ofendido por el delito, al que obliga a recurrir al costoso e incierto derecho de los privados, como si el Derecho penal nada tuviera que ver con la situación de la víctima.

16. En ese sentido se expresa LANGÓN, Miguel, "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", tomo III, Teoría de la Pena, del Foro, Montevideo, 2001, p. 203.

17. Art. 83. (Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima). En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.

18. Se decantan a favor de la reparación en el sistema penal LANDEIRA, Raquel/SCAPUSIO, Beatriz, *Sistema penal. Revisión y alternativas*, Carlos Álvarez ed, Montevideo, 1997, p. 187; LANGÓN, Miguel, "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", tomo III, cit, pp. 199 y ss.; CAIROLI, Milton, "El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales", Tomo I, La Ley-El Delito, fcu, 2.ª ed, 2001, p. 22; GALAIN, Pablo, "¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración de la posición de Claus Roxin", en Libro Homenaje a Claus Roxin. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, t. I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp. 493 y ss.; "Reparación y criminalidad organizada", cit. pp. 45 y ss.

19. Vide LANGÓN, Miguel, "Mediación penal: una alternativa a la violencia", en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 2, 1996, Carlos Álvarez ed, Montevideo, p. 268.

20. En mi opinión el principal inconveniente de los métodos de *diversión* es la gran injerencia y poder de decisión que tienen la Policía o el Ministerio Fiscal, que podrían lesionar algunos de los principios liberales más elementales (igualdad de trato, presunción de inocencia, etc.) en aras de obtener rapidez y descongestión, esto es, mayor eficiencia. Pero además, entendemos que todo *acuerdo* que pretenda poner fin a una cuestión penal debe recibir una homologación judicial, por tanto, incardinarse dentro del sistema jurídico penal. De otra opinión Martin WRIGHT, para quien: "*Lo peor que podría ocurrir sería que el vocabulario de la justicia restaurativa fuese adoptado, sin más, por el sistema retributivo; se realizaran mediaciones sólo para casos menores; y la reparación tuviera un mero carácter penal e incluso adicional*". Vide WRIGHT, Martin, "Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime", cit. por Varona, *La mediación reparadora*, cit, p. 76.

21. Vide GONZALO FERNÁNDEZ, "Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal. Una contribución al debate", FCU, 1995, pp. 19 y ss.

22. Vide HASSEMER, Winfried/Reemtsma, Jan, "Verbrechen-sopfer. Gesetz und Gerechtigkeit", Verlag Beck, München, 2002, pp. 25 y ss.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

I. Introducción

En las últimas décadas, muchos juristas han propiciado la implantación de una serie de instituciones, que sirvan como alternativas a la prosecución del proceso penal, que propicien la mediación y la conciliación entre la víctima y el autor del hecho, y muy especialmente, que sustituyan, en lo posible, a la medida de la privación preventiva de la libertad. A esas instituciones se las ha denominado medidas alternativas a la prosecución del proceso. Entre dichas Medidas Alternativas se encuentran: 1.- El prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal en los llamados delitos insignificantes, por aplicación del principio de oportunidad; 2.- La posibilidad de que las partes alcancen acuerdos reparatorios, en donde se indemnice adecuadamente a la víctima; 3.- La implementación de penas y sanciones no privativas, e incluso no restrictivas de la libertad, como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o mediante el pago de días-multa; 4.- La imposición de medidas cautelares sustitutivas en vez de detenciones preventivas; 5.- La aplica-

ción de ciertas medidas de seguridad y de prevención del delito; y 6.- El suspender condicionalmente el proceso (y la pena), mediante un régimen de libertad vigilada.

En Venezuela, a pesar de que el único aparte del artículo 258 de la Constitución Nacional de 1999, establece que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”¹, lo cierto es que todas las medidas alternativas a la prosecución del proceso penal son medidas excepcionales, ya que, por mandato del artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere a la Titularidad de la Acción Penal, se dispone que “La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales” (el resaltado es nuestro). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 24 eiusdem, que sobre el ejercicio de la acción penal textualmente dice: “La acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento”, refiriéndose a los delitos de instancia privada, cuya acción sólo puede ser ejercida por la víctima y a los cuales le asigna un procedimiento especial, procedimiento este que incluye una Audiencia de Conciliación (art. 409)². También el artículo 108 eiusdem, que enumera las atribuciones del Ministerio Público, prevé 18 disposiciones que dejan claramente establecido que es a ese organismo a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal, asignándole, entre otras funciones, las siguientes: el dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones penales para establecer la identidad de los autores y partícipes; el ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; el formular la acusación y ampliarla, cuando haya lugar, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente; el ordenar el archivo de los recaudos, mediante resolución fundada, cuando no existan elementos suficientes para proseguir la investigación; el solicitar autorización al Juez de Control para prescindir o suspender el ejercicio de la acción penal; el solicitar, cuando corresponda, el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado; el requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes; y otras 11 atribuciones más. No obstante lo antes dicho, existen disposiciones del Código Penal que eximen de pena en caso de violación cuando el agente contrae matrimonio con la ofendida (art. 395), e igualmente, la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, también prevé una ges-

tión conciliatoria entre las partes (art. 34), “según la naturaleza de los hechos”.

Está por lo tanto muy claramente establecido, que la regla general es la persecución penal de cualquier conducta que esté tipificada como delito en alguna norma legal, y que la excepción a esa regla es que se solicite y se conceda una Medida Alternativa a dicha Prosecución, o se realice alguna audiencia de conciliación en ciertos y determinados casos. Esto de ninguna manera significa una represión injustificada, sino la simple aplicación de una política criminal racional y de las disposiciones legales vigentes, que entienden que el proceso penal no puede ser visto como algo exclusivamente hecho a conveniencia del imputado o del acusado, únicamente para proteger y defender sus intereses, derechos y garantías, sino que también está previsto para la defensa y protección de los fines del Estado, de la comunidad, de la sociedad y de la víctima, así como de sus intereses colectivos e individuales. Ya que tanto derecho tiene el imputado o acusado a que se le realice un juicio justo, un debido proceso, como lo tienen la víctima y el propio Estado de que se efectúe dicho juicio. Por lo tanto, cuando a una persona se le sindicada de haber cometido un delito, inmediatamente operan una serie de principios, derechos y garantías previstos y consagrados en la Constitución y demás leyes de la República, que lo protegen y le aseguran un proceso ajustado a esas normas constitucionales y legales que le son aplicables. Pues bien, exactamente de la misma manera y al mismo tiempo, también se ponen en acción otra serie de principios, derechos y garantías, del mismo rango y valor legal, que salvaguardan a las víctimas y a la sociedad en general, para proteger y asegurar que se realice dicho proceso y que se respeten esos derechos y bienes jurídicos que han sido vulnerados y lesionados, o amenazados de violación. No pueden estar los derechos de los imputados por encima de los derechos de las víctimas, ni viceversa, ya que todos los ciudadanos somos exactamente iguales ante la Ley. Por ello, es necesario que los jueces sean muy cuidadosos, extremadamente cautelosos, al conceder alguna medida alternativa a la prosecución del proceso, siendo imprescindible conocer, antes de decidir, la opinión, tanto de la víctima como del Ministerio Público.

II. El principio de legalidad y las Medidas Alternativas

Ha habido mucho debate en la doctrina, en el sentido de considerar que cualquier medida alternativa a la prosecución del proceso o de la pena, debe considerarse como una contradicción o vio-

lación del principio de legalidad. El principio de legalidad es la base fundamental del Derecho Penal, se le conoce universalmente a través del aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”³, formulado por Feuerbach en 1801 durante el movimiento ideológico liberal conocido como “la ilustración”, con antecedentes en la “*Magna Carta Libertatum*” inglesa de Juan Sin Tierra de 1215, en la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica de 1532, en las Constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776) en los Estados Unidos de América, y, muy especialmente, en la Revolución Francesa, sobre todo en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y en la Constitución del 3 de septiembre de 1791⁴. Durante estos poco más de doscientos años que han transcurrido desde su formulación por Feuerbach, dicho aforismo se ha ampliado y actualmente se le conoce como “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta y certa*”.

El principio de legalidad constituye la limitación que el Pueblo le establece al poder punitivo del Estado, que no puede ser absoluto, otorgándole al ciudadano una serie de derechos y garantías constitucionales, desarrolladas en las normas penales y procesales promulgadas legalmente, que aseguren que todo delito o falta esté previamente determinado en la Ley, de forma clara y precisa, señalando la pena correspondiente, de forma que nadie pueda ser perseguido y eventualmente sancionado, sino por esos hechos, a través de un debido proceso y mediante una sentencia dictada por el Tribunal competente.

Reconocidos y respetados autores contemporáneos⁵, tildan al sistema judicial tradicional, de irracional e ineficaz, y, sobre todo, de selectivo y dilapidador de los escasos recursos con que cuenta la justicia, recomendando que sólo se deben de sancionar a los hechos punibles más graves (prácticamente los llamados “delitos intolerables”), y que los delitos de menor importancia social deben ser enfrentados y tratados a través de mecanismos diferentes a la condena penal o al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Consideran esos juristas que tiene más lógica que, si se van a quedar unos delitos sin procesar ni castigar, éstos sean los de menor gravedad social y no los de mayor daño⁶. Es decir, que según este orden de pensamiento, hay que darle un sentido más racional a la utilización de los recursos, restringiendo el poder punitivo y represivo del Estado. Al mismo tiempo se piensa y se alega, que se debe de prestar mayor atención a la criminalidad cometida por los poderosos, a quienes se considera que hasta ahora han sido, son y probablemente serán, prácticamente invulnerables a la persecución penal⁷. Piensan

igualmente que no se debe de ser tan intransigente en el control de la legalidad, sobre todo con los sectores sociales más económicamente desposeídos, considerando que los administradores de la justicia tienen que tomar muy en cuenta, la situación social, política y económica de un país o de un sector de la sociedad. En relación a estos conceptos y a las posiciones que algunos han tomado, estimo que hay que ser muy prudentes al considerarlas, ya que, aun aceptando como cierto, como efectivamente lo es, el hecho de que las políticas económicas de algunos países, son implementadas para beneficio de unos pocos, de una clase privilegiada, sumergiendo en la pobreza a la mayoría de la población, eso en nada puede ni debe de influir, para que los jueces y demás operadores de la justicia, dejen de aplicar las normas legales, ya que lo contrario sería permitir que impere la impunidad, el desorden y el caos. Por ello, no comparto estos criterios y los considero errados, ya que una política económica equivocada no se combate, y menos aún se soluciona, aplicando una política criminal complaciente y alcahueta con quienes cometen delitos.

En este mismo orden de ideas, algunos consideran imposible que se pueda investigar, y en su caso, penalizar, a cualquier persona que haya cometido un crimen, con independencia de su condición social, económica o política. Concluyen en que no es posible disminuir o acabar con las desigualdades que siempre han imperado y operado en nuestro sistema judicial penal. Por todo ello, es que se insiste en la conveniencia y procedencia de medidas alternativas, de mediación, de conciliación, de negociación. Tengo mis reservas sobre estos planteamientos, ya que la restitución, la reparación y la indemnización de la víctima, son obligaciones de quien resulte responsable penalmente por el hecho, sin necesidad de acuerdo alguno.

Fundamentan también esta institución en el principio de la subsidiariedad, que plantea que una pena sólo debe ser legítimamente aplicada, cuando no puede ser sustituida por una medida más eficaz y menos gravosa⁸. Sin embargo, muchas veces, lamentablemente, la única medida eficaz es la privación de libertad, especialmente con delinquentes reincidentes, habituales e incorregibles, que los hay, queramos o no reconocerlo.

En consecuencia, y considerando las medidas alternativas como excepcionales y motivadas por razones de política criminal, procedo a señalar las existentes en la legislación venezolana, a través del Código Orgánico Procesal Penal (COPP):

III. El principio de oportunidad

Esta medida se encuentra contenida en los artículos del 37 al 39 del COPP, que establece que el Fiscal del Ministerio Público puede solicitar autorización al Juez de Control “para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho”, pero única y exclusivamente en los cuatro supuestos expresamente establecidos en esa misma disposición, y procurando oír a la víctima, ya que, como muy bien lo señala el Dr. Fernando M. FERNÁNDEZ, esta facultad del Ministerio Público está “rigurosamente limitada, por lo que no puede prescindirse del ejercicio de la acción penal si no es en los casos especificados y bajo las condiciones legalmente exigidas”⁹. Los cuatro supuestos excepcionales son los siguientes:

1. “ Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público”. Este supuesto se refiere directamente a lo escasamente lesivo del hecho punible en sí, pero tiene dos excepciones taxativamente señaladas en el propio numeral, la primera es que el máximo de la pena no puede exceder de los tres años de privación de libertad, la segunda limitación consiste en que el hecho no haya sido cometido por un funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

2. “ Cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia”. Este supuesto hace abstracción de la gravedad del delito y se limita a analizar el grado de la autoría y de la participación que haya tenido un imputado en un determinado delito. Al igual que el anterior numeral, no se puede aplicar este supuesto en caso de que se trate de “un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él”.

3. “ Cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena”. Este supuesto se aplica exclusivamente a los delitos culposos y, aun en ellos, únicamente para los casos en que el daño sufrido por el imputado sea de tal magnitud, que ya se considera suficiente el castigo recibido.

4. “ Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”. En este supuesto se considera la posibilidad de que se tome en cuenta

la pena o medida de seguridad que ya se le haya impuesto al imputado, o se le pueda llegar a imponer por los restantes hechos o infracciones supuestamente cometidos por él, para analizar si realmente vale la pena proseguir la persecución penal. La redacción de este supuesto es un tanto ambigua e imprecisa, adoleciendo de faltas importantes, ya que, para comenzar, es inadecuado hablar de “pena o medida de seguridad ya impuesta” en relación con un imputado, cuando la pena constituye la secuela o resultado de una sentencia condenatoria, y la medida de seguridad se le aplica sólo a personas iniimputables y mediante un procedimiento especial establecido en el COPP (véanse arts. 419 y 420), en ambos casos, como la culminación de un proceso penal. En consecuencia, es incorrecto hablar de prescindir de la persecución penal de un hecho si ya se ha impuesto una pena o una medida de seguridad. Da la impresión, por la mención que se hace de “hecho o infracción”, que este supuesto se refiere a “faltas”, a las que también se las denomina “infracciones”, donde ya se haya impuesto una pena o sanción administrativa (por ej.: una multa), pero hubiera sido mejor aclararlo debidamente. Por otro lado, la mención sobre los resultados de un procedimiento tramitado en el extranjero me parece todavía más confusa y fuera de lugar.

Existe adicionalmente un Supuesto Especial previsto en el artículo 39, donde realmente no se “prescinde” del ejercicio de la acción penal, ni siquiera parcialmente, sino que sólo se le “suspende”. Este supuesto ha sido establecido para poder enfrentar con mayores posibilidades de éxito los casos de los hechos punibles producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta. Consiste en concederle al imputado que colabore eficazmente con una investigación sobre esas organizaciones delictivas, rebajarle la pena aplicable a la mitad, no la inmunidad total, y siempre que las expectativas hayan sido satisfechas y el hecho que se le imputa le corresponda una pena menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita. Para ello se le exige al “informante arrepentido” que aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, que ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o que proporcione información útil para probar la participación de otros imputados. El Estado por su parte se compromete a adoptar las medidas necesarias para garantizar la integridad física del informante arrepentido.

Algunos consideran que el hecho de que el Fiscal requiera necesariamente la autorización del Juez de Control para no perseguir penalmente a alguien, “es contrario a la naturaleza y esencia del sistema acusatorio, ya que en el acusatorio puro el

Ministerio Público es quien decide libremente si acusa o no”¹⁰. La realidad es que no existe un sistema acusatorio totalmente “puro”, como tampoco existe un sistema inquisitivo exento de ningún elemento acusatorio. Considero por lo tanto, que la fiscalización y supervisión del Juez de Control es absolutamente conveniente y necesaria, para evitar excesos e injusticias, que también pueden provenir del Ministerio Público, máxime tratándose de situaciones excepcionales.

La existencia misma de esta institución, denominada en el COPP “Principio de Oportunidad”, pero que, como algunos autores indican, es realmente una especie de “dispensa de acusar”¹¹, ha sido cuestionada y rechazada por algunos doctrinarios, “por considerar que desnaturaliza la esencia misma del derecho penal, pues si el legislador establece delitos de bagatela es porque ésa es la connotación que la sociedad confiere a tales conductas; de lo contrario, lo mejor sería que se despenalizaran para siempre”¹². Comparto este criterio, sobre todo porque lo que para algunos puede ser una “bagatela” o una tontería, para otros puede ser algo importante, y hasta grave, así vemos que hay personas que le dan mucha relevancia, como debe ser, a ciertos valores ciudadanos, como es el caso del honor, de la reputación, del prestigio, del buen nombre, y, ante un ataque contra esos bienes jurídicos responden con una acusación por difamación, injuria, etc., sin embargo, otras personas no le dan mayor o ninguna importancia a esos valores. Por ello, es indispensable que antes de decidir, los Jueces y Fiscales escuchen, tomen en cuenta y respeten la opinión de la víctima, quien debe tener la última palabra en ciertos casos.

IV. Los acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios consisten en convenios, pactos o compromisos a los que pueden llegar el imputado y la víctima en ciertos y determinados hechos punibles, para ponerle fin al proceso y extinguir la acción penal. Se encuentran establecidos en los artículos 40 y 41 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que señalan las siguientes pautas o requisitos para que se puedan efectuar:

1. Que “el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”; o

2. Que se trate de delitos culposos contra las personas, que no hayan ocasionado la muerte o afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas.

Es decir, que los acuerdos reparatorios están limitados a un número reducido de delitos que se ha-

yan comprendidos en dos categorías. La primera se refiere sólo a aquellos hechos punibles dolosos cuyo bien jurídico protegido sea exclusivamente de carácter patrimonial y sea disponible. Esto significa que el hecho punible no puede afectar otros bienes jurídicos distintos al patrimonio de la víctima y que ésta pueda disponer libremente de ese bien. Quedan así descartados los delitos pluriofensivos, esto es, aquellos que atacan a más de un bien jurídico.

La segunda categoría exige que se trate de delitos culposos contra las personas, donde no se haya ocasionado la muerte de la víctima ni se haya afectado en forma permanente y grave su integridad física. En este caso la víctima tiene que ser una persona, descartándose así la posibilidad de acuerdos reparatorios cuando la víctima sea el Estado (caso de delitos culposos contra el ambiente o contra la cosa pública), la lesión no le puede haber ocasionado la muerte a la víctima ni la puede afectar en forma permanente y grave. De esta forma, se elimina la posibilidad de acuerdos reparatorios en los casos de homicidio culposo (art. 411 del Código Penal), en las lesiones culposas gravísimas (art. 416 en concordancia con el 422, ambos del Código Penal) y en algunos casos de lesiones culposas graves (art. 417 en concordancia con 422, ambos del Código Penal).

Las partes pueden efectuar acuerdos reparatorios desde la fase preparatoria, pero deben concurrir ante el Juez para que éste lo revise y verifique lo siguiente:

1. Que efectivamente se está en presencia de un hecho punible de los antes señalados, que permitan la realización de acuerdos reparatorios.

2. Que quienes concurren al acuerdo prestaron su consentimiento en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de sus derechos.

3. Que la reparación ofrecida por el imputado a la víctima sea procedente y se cumpla de inmediato o, a más tardar, en un plazo no mayor a tres (3) meses.

4. Que el imputado no haya suscrito y cumplido un acuerdo reparatorio dentro de los tres años anteriores a la fecha del acuerdo ahora propuesto, lo cual deberá comprobarse con el Registro automatizado de los ciudadanos a quienes les hayan sido aprobados acuerdos reparatorios que debe llevar el Tribunal Supremo de Justicia.

5. Que el Fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación emita su opinión sobre el acuerdo propuesto por las partes.

6. Que el imputado, en la audiencia preliminar o antes de la apertura del debate (si se trata de un procedimiento abreviado), admita los hechos objeto de la acusación. La admisión de los hechos sólo será necesario en el caso de que el acuerdo reparatorio se efectúe después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación y ésta haya sido admitida.

El Juez, verificado todo lo anterior y encontrando conforme el Acuerdo Reparatorio propuesto, puede aprobarlo o no, ya que es una decisión potestativa y discrecional que él tiene. En caso de aprobarlo y que el mismo se cumpla de inmediato, el Juez declarará la extinción de la acción penal con respecto del imputado que hubiere intervenido en dicho acuerdo, continuando el proceso respecto de aquellos imputados que no hayan concurrido al mismo. Si la reparación ofrecida por el imputado le va a cumplir en plazos o depende de hechos o conductas futuras, el Juez suspenderá el proceso hasta la reparación efectiva o el cumplimiento total de la obligación, por un lapso de tiempo que no podrá superar los tres meses.

En caso de que el imputado no cumpla el acuerdo en dicho lapso, sin causa justificada, a juicio del Tribunal, el proceso continuará. Si el imputado hubiere admitido los hechos, el Juez procederá a dictar de inmediato la sentencia condenatoria correspondiente, de conformidad con el procedimiento por admisión de los hechos establecido en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), pero sin convocar ni realizar audiencia alguna, tal y como lo establece expresamente el último aparte de dicho artículo. Con todos estos requisitos, se pretende que no se desnaturalice esta institución y que la misma cumpla realmente con su finalidad, sin llegar a mercantilizar el Derecho Penal.

V. La suspensión condicional del proceso

La Suspensión Condicional del Proceso, también conocida en otros países como Suspensión del Procedimiento a Prueba, Suspensión del Juicio a prueba, Suspensión Condicional de la Persecución Penal, o como *Probation* y *Diversión*¹³, entre otras denominaciones, se encuentra prevista en el proceso penal venezolano, del artículo 40 al 47 del Código Orgánico Procesal Penal.

Existen variados y distintos sistemas de suspensión a prueba del ejercicio de la acción penal, que algunos llaman criterios o principios de oportunidad reglada o de arbitrio legal, los cuales han tenido una gran acogida en otras legislaciones, y se están imponiendo también en los países latinoamericanos, como un sistema más de "*diversion*", utilizando "la oportunidad unida a la imposición de ciertas medidas sustitutivas de la pena y favorecedoras de la inserción social del reo"¹⁴.

La suspensión condicional del proceso tiene finalidades político-criminales, favorecedoras de la reinserción social del imputado. Igualmente, y al menos en otros países, (y en Venezuela desde la reforma del 14-11-01), esta medida está prevista también a favor de la víctima, ya que se procura reparar y resarcir, en la medida de las posibilidades

del imputado, a quien resultó afectado por el delito. También se alega que beneficia a la comunidad en general, ya que intenta resolver los conflictos de una mejor manera y se incrementan las posibilidades de integración a la sociedad de los procesados, evitándole al Estado los gastos e inconvenientes de un juicio y disminuyendo los costos carcelarios.

Para algunos¹⁵, la suspensión condicional del proceso sería una suerte de adelanto de la suspensión condicional de la pena, prescindiendo de un juicio oral que a la larga podría conducir a ella. De esta suerte, la suspensión condicional del proceso, sería entonces, prácticamente, una suspensión de la ejecución de la pena anticipada que ahorraría esfuerzos al Estado y "padecimientos" al imputado¹⁶. Esto sería muy cierto, en tanto y en cuanto, las medidas cumplirían una verdadera función aleccionadora en el responsable de los delitos. Sin embargo, la realidad es que en la mayoría de los casos, los reos no asimilan ni aprenden la lección, ni aprovechan la oportunidad que les brinda la sociedad a través de esas medidas, y vuelven a reincidir en la perpetración de delitos, a veces, hasta con más brío que antes, precisamente por la existencia de este tipo de instituciones, así como por la facilidad de acceder a ellas, a pesar de no merecerlo, lo que deviene en el incremento de la impunidad y de la criminalidad.

La suspensión condicional del proceso, como su nombre lo indica, opera durante la existencia del proceso, especialmente en sus inicios, antes de que se realice el juicio oral y público y se dicte la sentencia, y se asemeja a la *diversion*. En cambio la *Probation* anglosajona, se identifica más con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que alcanza vigencia una vez que ésta, la pena, existe, es decir, luego de que se haya producido una sentencia condenatoria firme.

De esta manera, la suspensión condicional del proceso recae sobre quienes son meros imputados, o cuando más, acusados. En otros términos, actuaría a favor de personas contra las cuales todavía no se ha pronunciado una decisión que ordene su procesamiento, o contra quienes sólo se ha decidido que van a ser procesadas, es decir, a favor de ciudadanos que aún se presumen inocentes. En tanto que la suspensión condicional de la ejecución de la pena beneficia al que por sentencia condenatoria firme, ya ha sido considerado responsable, es decir, culpable de la comisión de un hecho delictivo.

En Venezuela, la medida de la Suspensión Condicional del Proceso no es procedente en todos los delitos, sino que fue establecida única y exclusivamente para los delitos leves o menores, "cuya pena no exceda de tres años en su límite máximo". El Juez de Control o el de Juicio (en caso del procedimiento abreviado), si lo considera procedente, puede ordenar la suspensión del mencionado pro-

ceso, durante un plazo de tiempo de 1 a 2 años, fijándole al acusado una serie de condiciones que debe cumplir durante el lapso que le establezca.

Tanto la determinación de la duración de la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso como el establecimiento de las reglas de conducta, son decisiones discrecionales y facultativas del Juez de Control (o del Juez de juicio, en los casos en que la causa se ventile por el procedimiento abreviado, bien sea por la pena que tenga asignada el delito o porque se trate de un delito flagrante), dentro de una gama amplia de condiciones. El solicitante de la medida (el imputado) tiene que admitir plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando totalmente su responsabilidad, y debe hacerle a la víctima una oferta de reparación del daño causado por el delito, así como comprometerse a cumplir con todas y cada una de las condiciones que el Tribunal le imponga.

Evidentemente que el régimen de prueba conlleva también, implícitamente, la obligación de no incurrir en nuevos delitos, ya que la comisión de un nuevo hecho delictivo es una de las causales de revocatoria de la Suspensión Condicional del Proceso. Si se produce un incumplimiento, y éste es considerable e injustificado, el Juez puede revocar la medida u optar por reanudar el proceso, ya que podía también ampliar el plazo de prueba por un año más. Para resolver, el Juez debe realizar una audiencia oral, en la que el imputado, su defensor y el Fiscal, harán las argumentaciones correspondientes, antes del pronunciamiento del fallo.

Queda por lo tanto muy claro lo siguiente:

1.º El acceso a esa medida no es un derecho automático que tienen todos los imputados, sino simplemente una medida que pueden solicitar;

2.º El otorgarla o no, es una decisión discrecional y facultativa del Juez, según las circunstancias específicas del caso;

3.º El Juez, antes de decidir, tiene que oír a la víctima y al Fiscal del Ministerio Público, quienes podían perfectamente estar en desacuerdo y oponerse al otorgamiento de dicha medida, caso en el cual, el Juez la negará;

4.º Es falso y absurdo que se le cause gravamen irreparable al imputado si se niega su solicitud, ya que, de negarse el pedimento, simplemente el caso irá a juicio, donde el imputado no necesariamente tiene que ser condenado, ya que puede perfectamente salir absuelto, respetándose así el derecho de ambas partes;

5.º Que a quien sí se le causa un gravamen irreparable es a la víctima y al propio Estado, al no celebrarse el juicio, e impedir que se procesen los delitos;

6.º Que se debe evitar el perjudicar los derechos y garantías de la víctima, sobre todo, en relación a la restitución, reparación e indemnización de las

pérdidas, los daños y los perjuicios causados por el delito, ya que la acción civil, de acuerdo al artículo 51 del COPP, sólo la puede ejercer la víctima “después que la sentencia penal quede firme”. Y, en el caso de que al imputado se le conceda la Suspensión Condicional del Proceso, y cumpliera con las obligaciones impuestas, durante el lapso o régimen de prueba, el Juez lo que decretará será “el sobreseimiento de la causa”.

El propósito de la institución de la Suspensión Condicional del Proceso, es el de impedir la prosecución de juicios que revistan escasa entidad penal, evitando así el desgaste jurisdiccional, mediante el sometimiento del imputado a reglas de conducta enderezadas a modificar su comportamiento disvalioso, en procura de su resocialización, omitiendo así un etiquetamiento formal y facilitando la reinserción al grupo social, de quien haya cometido un delito de escasa gravedad, evitando de esta manera las penas cortas cuyo efecto criminógeno parece contraproducente. Mediante la suspensión del proceso a prueba, y con la conformidad y colaboración del imputado, se evita su persecución y la eventual condena si demuestra, durante un plazo razonable, que se puede comportar conforme a Derecho, lográndose así un fin preventivo sin necesidad de la sanción formal y sin que queden antecedentes, provocando el menor daño posible al infractor, al prescindir el Estado de la acción penal.

La Suspensión Condicional del Proceso le da la posibilidad al imputado que comete un delito que no es considerado grave, de reforzar los vínculos con el grupo social, sin arribar a una sentencia condenatoria formal; devuelve el conflicto a sus protagonistas particulares; descargando el sistema judicial; le permite al Estado el abandonar espacios en los que hasta ahora se había propuesto infructuosamente mantener su protagonismo absoluto y excluyente, permitiendo así la actuación de quienes aparecen como damnificado y como autor del daño. Y por sobre todo lo demás, incentiva al imputado, para que mediante su ofrecimiento, tome la iniciativa para solucionar el problema directamente con el afectado.

Es evidente que la suspensión del proceso a prueba, a quien más beneficia, directamente y de forma inmediata, es al imputado, lo que no debe de ser en modo alguno óbice, para que esta institución reciba todo el apoyo posible, ya que, aunque en menor grado, también logra algunos beneficios para la víctima y la sociedad. Lo que sí no debe de ninguna manera permitirse nuevamente, es que se relajen las condiciones de otorgamiento de esa medida, ni que quede impune el incumplimiento de parte del acusado de las obligaciones que se le impongan, ya que no se puede aceptar que la Suspensión Condicional del Proceso se

vuelva a convertir en la vía utilizada para eludir la acción de la justicia y propiciar la impunidad.

Debe quedarle muy claro al acusado que el Estado está haciendo una excepción con él al concederle la Medida de la Suspensión Condicional del Proceso y no enjuiciarlo, que no debe desaprovechar dicha oportunidad, ya que, si lo hace, eso tendrá sus consecuencias, porque, en ese caso, pagará el precio de ser condenado.

VI. La suspensión condicional de la ejecución de la pena

En la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, la situación se refiere a un proceso que culminó totalmente y de una persona a la que se le ha dictado en su contra y está cumpliendo, una sentencia condenatoria que ha quedado definitivamente firme. Es decir, es un penado, un condenado, y, si cumple con ciertos requisitos establecidos en la Ley, el Juez de Ejecución de Sentencias, puede concederle la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena que se le haya impuesto, recuperando su libertad.

Actualmente, el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), establece una serie de limitaciones a los condenados por ciertos y determinados delitos, para poder acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como a otras fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, exigiéndoles el cumplimiento de, al menos, la mitad de la condena que se les haya impuesto. Dicho artículo señala expresamente lo siguiente:

“Art. 493. Limitaciones: Los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso, cuando el delito no exceda de tres años en su límite superior, sólo podrán optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se le haya impuesto”.

Por otro lado, en el art. 494 y siguientes se establecen una serie de requisitos que deben cumplirse para que el Tribunal de Ejecución pueda acordar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Entre las limitaciones más importantes se encuentran: no ser reincidente, que la pena impuesta no exceda de cinco años (o de tres años si la condena fuera producto de la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos), que

no se haya admitido en contra del reo otra acusación por la comisión de un nuevo delito, que no le haya sido revocada otra fórmula alternativa de cumplimiento de pena y que disponga de oferta de trabajo.

Algunos también consideran, equivocadamente, a la Admisión de los Hechos como una medida alternativa, cuando en realidad es un procedimiento especial que le procura un beneficio de reducción de la pena a una persona ya formalmente acusada, a cambio de la libre y voluntaria confesión de haber perpetrado el hecho punible. Culminando así el proceso con una sentencia condenatoria. Es decir, el proceso se acorta ya que no se realiza la etapa del debate (del juicio oral y público), pero no se evita.

Notas

1. Dicho artículo se refiere a la justicia de paz. En materia laboral la mediación y la conciliación son muy utilizadas.

2. Sin embargo, en ciertos delitos de instancia privada basta la denuncia ante el Fiscal del Ministerio Público para que éste quede obligado a ejercer la acción penal, como es el caso de los hechos punibles establecidos en los Capítulos I, II y III del Título VII del Libro Segundo del Código Penal (véase el art. 25 del COPP). Por otro lado, el artículo 216 de la LOPNA declara que son de acción pública “todos los hechos punibles cuyas víctimas sean niños o adolescentes”.

3. Como nos señala Santiago MIR PUIG, pese a que FEUERBACH formuló este principio en latín, “vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa”, no del Derecho Romano. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Corregrafic. Barcelona. 2002. p. 75.

4. *Ibid.*

5. Entre ellos Eugenio R. ZAFFARONI, citado por VITALE, Gustavo L. *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*. Editores del Puerto. Argentina. 1996. p. 32

6. BERRIZBEITIA M., Pedro. “Suspensión Condicional del Proceso”, parte de la obra *La vigencia plena del nuevo sistema*, en la celebración de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB. Caracas. 1999. p. 63.

7. EDWARDS, Carlos. *La Probation en el Código Penal Argentino*. Marcos Lerner Editora. Córdoba. 2.ª Edición Actualizada. Argentina. 1997. 274 pp.

8. BERRIZBEITIA, Pedro. Obra mencionada, p. 64.

9. FERNÁNDEZ, Fernando M. *Manual de Derecho Procesal Penal*. McGraw-Hill. Caracas. 1999, p. 122.

10. PÉREZ SARMIENTO, Eric L. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. 3.ª ed. Vadell Hermanos. Valencia-Caracas. 2000, p. 114.

11. *Idem*, p. 115.

12. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*, citado por Pérez Sarmiento, obra mencionada, p. 114.

13. En realidad son instituciones distintas, ambas provenientes del Derecho Anglosajón, la *probation* es la suspensión de la sentencia, y la *diversion* es la suspensión de la persecución penal.

14. VITALE, Gustavo. Obra citada, p. 37.

15. *Idem*, p. 65.

16. *Ibidem*.