

MANIFESTACIONES MAS SIGNIFICATIVAS DE LA DENOMINADA PRIVATIZACION DEL DERECHO PENAL. EXPOSICIÓN DE LAS VENTAJAS Y PELIGROS DE ESTE FENOMENO.

Juan Manuel Sansone

Fiscal de instrucción de Buenos Aires

Sumario: a) Introducción, b) Justicia restitutiva, c) El modelo disuasorio, d) La mediación y la conciliación penal, e) La suspensión a prueba del proceso penal f) Conclusiones.

a) Introducción:

Si se entiende que la pena no es expiación o retribución del crimen y se acepta que criterios de prevención general y especial legitiman el poder punitivo estatal desde una visión utilitarista, se advierte que el principio de legalidad pierde sustento. Ello implica aceptar que criterios de oportunidad reglados desde una finalidad político-criminal o de utilidad social, pueden generar un muro de contención al monopolio de la persecución penal pública, relativizándose así el sistema de la estricta-legalidad. Este principio, -oportunidad- que es la regla de la persecución penal en el sistema del Derecho Anglosajón, ofrece reparos al intentarse injertarlo en el sistemas herederos del Derecho Continental Europeo, donde la Inquisición ha dejado sus secuelas. No obstante ello, la realidad no se puede soslayar. Hay un dato que no es menor. De hecho la agencia de criminalización secundaria (la policía, jueces, fiscales) a diario desarrollan un proceso de selección de causas en forma desorganizada y sin control. Podría argumentarse fundadamente que esta situación fue provocada por dos sucesos importantes. Por un lado está el fenómeno de la expansión del derecho penal a raíz de la revolución tecnológica que se gestó a finales del siglo pasado y derivó en el un proceso de globalización mundial que trajo aparejado nuevos riesgos a las sociedades modernas. Y por otra parte en palabras de A. Garapón¹ se da: "La brutal aceleración de la expansión jurídica no es coyuntural sino que está vinculada a la dinámica propia de las sociedades democráticas"La explosión del número de procesos no es un fenómeno jurídico sino social . Se origina en una depresión social que se expresa y se refuerza con la expansión del derecho".² Esta fenómeno reposa sobre la idea –planteada por Garapón- de que la sociedad frente a la insatisfacción de sus reclamos por parte de los detentadores del poder responsables de resolverlos, vuelca sus pretensiones a la Justicia. Y resulta por demás evidente, que el sistema penal no puede abordar el tratamiento de todos los conflictos.

Maier³, aconseja que frente a estos fenómenos resulta impostergable estudiar criterios de privatización del Derecho Penal, afectado en la actualidad por una "inflación sancionatoria" que supone el interés público del resguardo penal sin explicación alguna.

¹ GARAPON, A "Juez y Democracia", Flor de viento ediciones, Madrid 1997.

² JK LIEBERMAN, "The Litigious Society", Basic Books, Nueva York, 1981, p. 186, citado en Garapón, Juez y democracia, p. 19.

³ MAIER, J. "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1999. En este sentido dice "Se debería pensar en primer lugar en la posibilidad de privatizar la persecución penal ampliando los

Esta postura nos plantea repensar los modelos tradicionales sancionatorios, por un esquema que analice a determinados asuntos de tinte criminoso, como una clase determinada de conflictos cuya solución esté al margen de la aplicación de la penal estatal. En esta línea de pensamiento, debería tenerse en especial consideración a la víctima, como partícipe central del conflicto, y a la reparación del daño como una tercera vía o tercera consecuencia jurídico penal. También como repite Maier⁴ debería prestarse atención a: “Un Derecho Penal que acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, cumpliría su función social solucionar conflictos sociales, de manera mas acorde a su propio fin”.

Otra referencia insoslayable es la de los “medios alternativos para la resolución de conflictos” como método alternativo contrapuesto al litigio judicial; a los efectos de hacer frente a casos de escasa relevancia penal tal como son en su mayoría la gran cantidad de entuertos vecinales menores que a veces desde el análisis objetivo si bien podrían estar contenidos en una norma penal, la aplicación de está resulta más perjudicial que disuadir a las partes a arribar a una conciliación pacífica. Entre ellos se destaca la denominada mediación penal, y la suspensión del juicio a prueba.

b) La justicia restitutiva.

Hacia fines de la década del 70 en los Estados Unidos de Norteamérica, comenzó a discutirse una nueva vertiente en el tratamiento retribucionista de la pena estatal, y nació el concepto de justicia restitutiva. Esta idea giraba alrededor de considerar al delito como una ofensa a las relaciones humanas y luego en segundo lugar como una violación a la ley⁵. Se reconoce que en el cuadro post-delictual existe también una oportunidad. Asigna a la víctima un rol primordial, al considerarla como uno de los protagonistas principales del proceso, en vistas a tener en consideración la reparación de los perjuicios, el reestablecimiento de las relaciones y el daño concreto de la agresión. En palabras de los autores invocados, la justicia restitutiva: “se relaciona con la noción de componer entuertos , de desagraviar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar”.⁶

Naturalmente este concepto nos remite a retrotraer el estado de cosas al momento anterior al delito. De tal manera que no se puede soslayar el rol principal que la víctima ocupa en este sistema. Su voluntad colaborativa es vital en este proceso, tanto desde que acepte una reparación o reemplazo de lo dañado como en la posibilidad de perdón al ofensor. No se puede olvidar que el fin último del derecho es la paz social. De allí que habria que incluir en el discurso a “la conciliación” víctima-victimario.

c) El modelo disuasorio.

Este modelo también llamado integrador prevee la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquel y la propia pacificación de las relaciones sociales.

García-Pablos de Molina⁷, nos precisa que este modelo exhibe una vocación de flexibilidad de los procedimientos y propone vías alternativas al sistema legal y soluciones informales, desinstitucionalizadas y comunitarias. Se refiere a la mediación, la conciliación o la reparación

critérios que hoy imperan para conceder a la víctima o sus sustitutos poder sobre la realización del Derecho Penal .”

⁴ MAIER, j. Ob. Cit.

⁵ HIGHTON, E, ALVAREZ, G y GREGORIO, C., “*Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.p.83.

⁶ HIGHTON, E. Ob cit. P.89

⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. “*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*”, Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996. p.319.

como formas extrañas al sistema penal tradicional que conllevarían minimizar el símbolo estigmatizador de la penal estatal. En consonancia con el concepto de justicia retributiva ya descrito, se insiste en asignarle a la victimología un papel central. Estos movimientos tendentes a la búsqueda de vías alternativas al sistema punitivo tradicional, surgieron en los países anglosajones en los años setenta del siglo pasado, y respondían al modelo puro de mediación-conciliación o al de reparación. En ellos no se focaliza la atención en la infracción sino más bien en la voluntad de compromiso y asunción de responsabilidades de las partes en orden a su solución.⁸ Esta “tercera vía”, está lejos de identificarse lisa y llanamente con la reparación económica del delito. Se trata de una corriente interdisciplinaria que encara el conflicto enfocando centralmente sus esfuerzos en la reacción post suceso de la víctima con el objeto de desjudicializar el asunto y explorar una vía de solución alternativa, que no consiste sólo en una simple reparación civil del daño o resarcimiento económico. Desde la criminología se le ha reconocido a este modelo un alto contenido pedagógico para el imputado si se tiene en cuenta que el enfrentamiento directo de aquél con su hecho y las incidencias inmediatas de éste en la víctima, generan un proceso comunicacional entre ambos, que puede desembocar en un acuerdo basado en una actitud positiva del infractor en arribar a una solución pacífica del entuerto.

d) La mediación y la conciliación penal

Es indudable que esta vía apunta a reestablecer los intereses del ofendido pudiendo sustituir en algunos casos a la persecución penal estatal si se cumple el acuerdo pactado con éxito. La gran mayoría de los casos se ubican en el sistema de justicia juvenil. El propósito de la mediación es el de diseñar un procedimiento de resolución del conflicto que se adecue al valor de justicia por parte de las partes implicadas, donde se genere un espacio de discusión de la ofensa y de negociación de un plan de reparación aceptable.⁹

Ahora bien, no se puede soslayar que la puesta en práctica de estas propuestas genera importantes dudas al momento de estudiar su adecuación a las normas de fondo y de forma que regulan todo el sistema penal tradicional. Este abanico de críticas es amplio. Se ha hablado que la mediación penal se trata de un derecho penal de segunda clase¹⁰, que puede colocar en situación de desprotección al imputado de escasos recursos que no pueda contar con una asistencia letrada adecuada, y privado de sus derechos constitucionales. Otras voces han expresado su intranquilidad con este proceso informal, alegando su incompatibilidad con el derecho fundamental a la defensa en juicio. También existe mucha resistencia a creer en un proceso en el que participen activamente en su resolución agentes extraños a la agencia penal estatal, como los mediadores, psicólogos, trabajadores sociales, etc. A diferencia de lo que ocurre con la mediación civil, se dice que la penal es más compleja pues generalmente se trata con personas que son desconocidas entre sí. También se objeta que en la mediación penal hay un considerable desequilibrio de poder entre la víctima y el victimario.

Es evidente que se está frente a una carencia de un marco teórico sustentable que pueda englobar a estos procesos. Se sabe que estos procedimientos necesitan de una estructura especializada compleja, que abarca diversas materias interdisciplinarias, y además una importante tarea de seguimiento post acuerdo de las partes involucradas en el conflicto. No obstante ello, se puede decir que en un modelo de este tipo se pueden distinguir diversas etapas¹¹. Una primera fase está constituida por el proceso de selección de los asuntos que se someterán a mediación. Aquí están involucrados jueces, fiscales e incluso la Policía. Luego se prevé una segunda etapa, en la que los mediadores entran en contacto con las partes para estudiar la predisposición de los involucrados a resolver el entuerto. La tercera parte consistiría en establecer un diálogo conciliador. Finalmente la conciliación finaliza con el acuerdo. Y a la

⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A, “Criminología. Una introducción..” cit. P.320.

⁹ HIGHTON, E ob. Cit. P.59.

¹⁰ HIGTON, E ob. Cit. P.61

¹¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A ob. Cit. P.324.

reparación, se le suman otras importantes formas de superar el conflicto, como por ejemplo una reparación simbólica consistente en prestaciones personales, las excusas, disculpas, etc.

e) La suspensión a prueba del proceso penal.

Si hablamos de alternativas a la pena estatal no se puede omitir hablar de la herramienta de la suspensión a prueba del proceso penal. La “diversión” supone el apartamiento de la vía habitual del proceso penal y tiene el significado de otra perspectiva esperanzada y civilizadora. Este mecanismo surgió en el entorno de los rasgos acusatorios del proceso penal, en especial los del tipo anglosajón cuya característica es la posibilidad de negociación entre las partes con efectos vinculantes de índole semejante a la contractual¹².

La legislación penal de la República Argentina¹³ prevee esta figura para aquellos delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años. Se impone al imputado el deber de ofrecer la reparación del daño en la medida de sus posibilidades sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. Dicha disposición regula que si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del Ministerio Público el tribunal puede suspender la realización del juicio, entre uno y tres años –según la gravedad del delito- y establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el acusado. Consecuentemente si durante ese período el implicado no comete otro hecho criminoso, repara los daños y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal.

f) Conclusiones.

Se habló de crisis del principio de legalidad penal y legalidad procesal penal, se incluyó en la discusión el tema de la oportunidad, y todo ello en relación a la empíricamente demostrada crisis de la estructura de la administración de justicia para hacer frente a la solución de un número importante de conflictos que podríamos conceptuar como de leve gravedad. Se introdujo el moderno concepto de privatización del Derecho Penal y de la persecución penal estatal. En esa línea de razonamiento se traslada la idea de infracción a la norma por la de solución de conflictos. Se instaló como asunto medular de estas propuestas el papel vital de la víctima en este tipo de procesos conciliatorios post delito.

Así, partiendo básicamente de este abanico de ideas, y en el entendimiento de que estamos transitando el terreno de la prevención secundaria respecto de comportamientos que si bien poseen rasgos delictivos no llegan a abarcar una dañosidad social relevante que justifique poner en funcionamiento la maquinaria punitiva estatal, se puede pensar en la instrumentalización de medidas terapéuticas, asistenciales, de contención corrección ya sea en el nivel social o institucional. Siempre apuntando a contribuir a la resolución de conflictos en forma independiente y previa a la intervención del sistema penal.

Consecuentemente propongo el siguiente cuadro de ideas:

Reservar el espacio de la justicia penal represiva a los temas trascendentes.

Seleccionar a través de instituciones interdisciplinarias especializadas los conflictos de menor relevancia social y que sólo vinculan a las partes interesadas para luego derivarlos en instancias de mediación.

Implicar activamente a la víctima del conflicto al proceso de recomposición pues de su actitud conciliadora depende en gran medida el éxito de estas propuestas alternativas.

¹² HENDLER, E “*La suspensión a prueba del proceso penal*”, *El Derecho*, T 157 p. 868, Buenos Aires, 1993.

¹³ Código Penal Argentino, Ley 11.179 y mod. En su art. 76 bis, por reforma de ley 24.316, se regula la suspensión del juicio a prueba.

Modificar el sistema de sanciones de penas privativas de libertad, para delitos menores y sustituirlas por penas alternativas, como por ejemplo los trabajos comunitarios, y la suspensión del juicio a prueba.

Establecer un criterio racional de oportunidad que faculte a los órganos de persecución estatal, sobre la base de razones de política criminal, abandonar la persecución penal obligatoria y con el debido control.

Para finalizar conviene recordar los consejos que el Profesor Zaffaroni, formulaba en relación al tema planteado: “..tenemos que elaborar un sistema de reducción del ejercicio del poder punitivo racional: el dique tiene que ser un dique inteligente, tiene que saber que aguas tiene que dejar pasar y cuáles no y hasta dónde, tiene que tener un sistema de compuertas perfectamente racional”.¹⁴

¹⁴ ZAFFARONI, E.R. *“El Sistema Penal y el discurso jurídico”*, en La Justicia Penal Hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Di Plácido, Editor, Buenos Aires, p. 31.