

El retorno a la “composición” usando la mediación

Por Enrique A. Sosa Arditi

La actitud del Estado ante el hecho dañino de los hombres ha tenido un desarrollo histórico que permite distinguir cuatro etapas que se han dado en la generalidad de las legislaciones.

La primera es la de la *venganza privada*. La solución del problema (ahora lo llamamos conflicto) estaba exclusivamente en manos del ofendido o de sus parientes y ellos actuaban contra el ofensor en la medida de sus fuerzas y de sus ganas. No existían parámetros que limitaran el alcance de la venganza, cuya entidad en consecuencia, pasaba por el orgullo de los lesionados quienes resolvían por sí mismos.

Los romanos, apreciando esa circunstancia y pretendiendo darle un contenido de justicia a ese proceder del ofendido lo limitaron mediante la conocida ley del Talión. Se estableció que el daño a infligir al autor de un delito debía ser igual al daño causado. El principio rector era *vida por vida, ojo por ojo, diente por diente*. Esa ley considerada siempre como muy severa se dicta para limitar la propia severidad del hombre castigando a su ofensor.

Esta etapa nos muestra a la víctima del delito o sus parientes con el derecho derivado del daño sufrido de castigar por sí mismos al agresor. El castigo que infligían en el marco de su venganza era legítimo y terminaba la cuestión. El agresor generó un conflicto lesionando, la víctima, vengándose lo soluciona.

No hay duda alguna que en esta época la víctima era el principal actor en la tarea de castigar el delito, de arreglar esa cuestión que alteró la convivencia. Era la policía, el juez, el fiscal, y el verdugo.

A la segunda etapa la podemos llamar de la *composición voluntaria*. A la víctima, a la que se le sigue reconociendo su derecho de tomar venganza, se le permite renunciar a ella a cambio del pago de una suma libremente convenida con su ofensor. A esa transacción se la denominó *composición* y se la califica de *voluntaria* porque necesariamente requiere la conformidad de víctima y ofensor. Si no se daba ese acuerdo regía la venganza privada que tenía los límites que le fijó la ley del Talión (Tabla VIII, II: “*contra el que rompe un miembro y no transige, la pena del Talión*”).

Aparece la posibilidad de que se arregle el entuerto mediante el pago de una suma convenida libremente entre agresor y ofendido. No existían límites preestablecidos ni pautas de valoración y la amenaza de la ley del Talión podía generar abusos por parte de las víctimas, pero lo trascendente es que se empieza a dar entidad de elemento útil para terminar el conflicto al pago de una suma acordada.

En la tercera etapa se solucionan los inconvenientes derivados de este tipo de composición. El Estado, que ha crecido en poder e inteligencia, empieza a intervenir para asegurar la tranquilidad pública y la transforma en obligatoria. Se fija por parte de la autoridad pública el monto que el agresor debe pagar por cada tipo de ofensa y se obliga a la víctima a conformarse con la suma que para cada caso se indica.

Es la etapa de las denominadas *composiciones legales* que ratifica la entidad del acuerdo económico como elemento útil para solucionar el conflicto penal. Ya no hay castigo por parte de la víctima y tampoco por parte del Estado. Se considera que ese pago que pareciera tener el doble carácter de indemnización y castigo es lo único que se necesita para arreglar el orden alterado por el hecho delictuoso.

En la última etapa de esta evolución, encontramos al Estado fortalecido y asumiendo el rol de responsable del castigo o represión del delincuente. Se interpreta que el hecho delictuoso afecta principalmente a la sociedad y en consecuencia es el poder público el que se encarga de castigar a los responsables de delitos. La víctima pasa a un segundo plano.

En el marco de ese pensamiento y ahora ya entre nosotros, se interpretó que el Estado tiene la obligación de investigar y resolver todos los delitos que se cometan en el territorio del país. Se acuñó así el denominado *principio de legalidad*. El art. 71 del Cód. Penal manda iniciar de oficio todas las acciones penales (con la lógica excepción de las de instancia privada y las privadas). El art. 5 del Cód. Proc. Penal de la Nación receptó esa disposición y, paralelamente, dispuso que la acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal y que “su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar”, excepto en lo casos expresamente previstos por la ley.

Tenemos entonces al Estado, que considerándose con capacidad para castigar los delitos que se cometen, le quita a la víctima esa función que antes desarrollaba a través de la venganza o de la composición y se compromete formalmente (legalmente) ante la sociedad que representa, a investigar y castigar todos los hechos delictuosos. Quizá inicialmente esa pretensión no era demasiado pretenciosa y se podía medianamente cumplir. Actualmente la realidad indica lo contrario. El Estado no castiga todos los delitos. Por el contrario, investiga y resuelve muy pocos, comparativamente. Los porcentajes de hechos sin investigar que prescriben son grandes. También aparece la denominada “cifra negra”, que son los hechos sin denunciar y ello se produce porque la sociedad no cree que su denuncia va a ser seriamente atendida.

La promesa de investigar *todo* no se puede cumplir. Ese incumplimiento genera una grave injusticia. El Estado se apropió del conflicto y le quitó a la víctima su derecho a resarcirse del daño que el delito y el delincuente le habían causado sobre la base de esa promesa que, ahora incumplida, implica impunidad para agresores y desprotección total para ella. No es poca cosa el problema.

Esa realidad y esa injusticia hizo que se pensara en que había que buscar otras soluciones para los casos penales, pero para ello era necesario abrir otros caminos de solución. El principio de legalidad no se puede cumplir y, además, su vigencia impide la adopción de otras maneras de solucionar los casos penales.

Se empieza entonces a morigerar su vigencia y se establecen institutos que importan excepciones a esa obligación. Tenemos así al denominado *juicio abreviado*, la suspensión del proceso a prueba, la suspensión del trámite instructorio en los casos de tenencia para consumo a las resultas de un tratamiento curativo, y el art. 16 de la ley penal tributaria. Se hace aplicación de lo que en doctrina se denomina *principio de oportunidad* reglado en un camino hacia el establecimiento pleno de ese principio que, lógicamente debería hacerse en el marco de un proceso acusatorio puro. Lamentablemente, esos remedios no son suficientes y la gravedad que refleja

la justicia penal a través de las estadísticas sigue generando preocupación. Los institutos que hemos mencionado son, en realidad un pequeño paliativo a la incapacidad de resolver todas las causas que el aumento de los delitos ha generado.

La franja de los delitos excarcelables muestra una importante cantidad de prescripciones. Las sentencias en los casos de este tipo de delitos no alcanzan un porcentaje que permita decir que hay algo de eficiencia. Pensando en esos hechos, que llenan los casilleros de los juzgados de instrucción se propone lo que podrá llamarse *composición coordinada* como otro remedio que contribuirá a que la sociedad vea un poco más de solución de conflictos penales y menos de impunidad.

Esta involución en términos históricos resulta conveniente desde varios puntos de vista.

Hay que tener en cuenta en primer término, que está destinada –como se dijo antes– a la franja de delitos que difícilmente llegan a sentencia. Si pensamos entonces que el Estado se apropió del hecho penal, apartando a la víctima de la solución, para establecer que esa era su tarea específica y la conclusión, con el correr del tiempo, indica que no está cumpliendo con esa función eficientemente, que no hay solución del conflicto penal, cabe considerar con criterio lógico, que debe devolver lo que quitó, o parte de ello, a los directos perjudicados por el delito, permitiendo que ellos intenten solucionarlo o que por ellos pase la solución.

La etapa inmediata anterior a ésta del Estado, único responsable de la persecución penal, es la de la composición. Allí la víctima participaba directamente del arreglo del caso. Era el principal referente para la solución del conflicto creado por el hecho dañino y la satisfacción a sus intereses lesionados que le producía la composición significaba la extinción de la acción penal, en los delitos privados de esa época que son los mismos que ahora nutren esa denominada franja de causas para la prescripción.

En las épocas de su vigencia la composición generó algunos abusos derivados de su falta de límites. Estos se establecieron mediante la ley del Talión o tarifando los arreglos de acuerdo a la magnitud del daño causado. Esta composición que ahora se propone se debe concretar en el marco de una formal mediación. La específica actividad de los mediadores es la adecuada para favorecer la obtención de esos arreglos, haciendo desaparecer, del modo que su técnica lo aconseje, las naturales opuestas vivencias entre imputado y víctima para mostrar las conveniencias que para cada uno de ellos la composición a la que se puede llegar le otorga.

Esta mediación con esa finalidad significa la posibilidad de una importante colaboración con la administración de justicia. La cantidad de casos que se pueden tratar y solucionar de esa manera va a depender solo de los mediadores.

Además, esas soluciones van a ser, desde el punto de vista de las víctimas, satisfactorias, y hace mucho que el derecho penal no satisface los intereses lesionados de los perjudicados por el delito en esa franja de causas excarcelables. Las excepciones que pueden existir no le quita entidad a la afirmación que se hace. Los imputados tendrán también la ventaja de haber solucionado su conflicto con la sociedad.

Este remedio se podría utilizar en las causas en las que no corresponda dictar prisión preventiva y en las que, además, el delito haya afectado a particulares. En todos los casos, quien decide la remisión a los mediadores (se debería crear un de-

partamento de mediación penal) es el juez de instrucción, previa vista al fiscal, el que podrá oponerse. Ese envío significa que, si se obtiene la composición, el arreglo entre las partes involucradas, y se acredita mediante una certificación del mediador oficial (o del departamento de mediación), corresponderá el sobreseimiento de la causa.

La remisión de las causas que se haga para buscar este tipo de solución, no es definitiva. El arreglo es voluntario y, en consecuencia, si se aprecia que no existe por alguna de las partes voluntad de encontrar un punto de arreglo al conflicto, debe volver al juzgado sin otra constancia que la referida al fracaso de la composición y allí tramitará normalmente.

El instructor puede decidir hacer esa remisión, a partir de la indagatoria y hasta dictar el auto de procesamiento. Una vez producido éste se entenderá que el expediente debe concluir como lo establecen los carriles normales del proceso.

Lógicamente, esta solución del caso penal, extinguiría también la acción civil emergente del delito.

Se debe dejar en claro que la búsqueda por mediadores del arreglo compositivo del conflicto penal no puede hacerse sin que ello haya sido decidido por la justicia. Un arreglo llevado a cabo al margen de ésta no tiene ningún valor en la causa. El efecto de extinguir la acción penal se produce sólo cuando la propia justicia, analizando las características del caso dispone remitir esa causa a la mediación.

También es bueno aclarar que el imputado puede petitionar al instructor que se disponga la remisión de la causa al que hemos denominado Departamento de Mediación Penal para tramitar allí la búsqueda de una composición que dé fin a la misma. Ahora bien, la decisión de remitir la causa a mediación no requiere la conformidad del imputado que podrá hacer valer su derecho a no transar en la primera oportunidad que tenga ante los mediadores a fin de que estos la remitan indicando el fracaso de la gestión. Igualmente será con la víctima.

Esta alternativa de solución de casos penales de poca entidad encuentra apoyo no solo en su antecedente sino también en el nuevo pensamiento penal.

Es verdad aceptada que el derecho penal debe evitar en todo lo posible la estigmatización del delincuente primario porque ello lo margina de la sociedad y lo coloca en la necesidad de buscar otro entorno que lo contenga, quedando así en peligro de reincidir en el delito. Este tipo de soluciones no solo evita toda estigmatización sino que de por sí resocializa, ya que el arreglar el daño causado es sustancialmente dignificante para cualquier hombre.

Igualmente se puede indicar que la propuesta se compadece con las líneas de pensamiento del más actual derecho penal. Así, José María Silva Sánchez, en *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, conceptualizando respecto a un derecho penal destinado a hechos de menor entidad tiene dicho: "Por eso, cabría que un derecho penal más alejado el núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativa de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del

significado ‘penal’ de los injustos y de las sanciones sin que éstas, con todo, tuviera la repercusión personal de la pena privativa de libertad”.

Roxin, refiriéndose a la que él denomina *prevención general positiva* indica que con ella se obtienen tres efectos principales, el de aprendizaje, el de confianza y el de reestablecer la paz jurídica, y respecto a este último dice: “La idea de pacificación brinda a su vez la posibilidad de justificar, también en clave preventivo general, la ya enunciada inclusión de la reparación del daño y de la composición autor-víctima en el derecho penal. Pues sólo si la víctima ha sido desagraviada y reinstalada en sus derechos puede decirse que el derecho violado a través del delito, y con él la paz jurídica, ha quedado reestablecido”. Luego, en el mismo trabajo, este autor, refiriéndose a la sanción nos dice también que: “...frente a delito leve o de mediana gravedad –que en la práctica tienen una sobrada mayoría– puede obrarse con indulgencia si ello es aconsejable según punto de vista preventivo especiales. Aquí, por consiguiente, puede quedar la pena por debajo de la medida de la culpabilidad, tal como lo he desarrollado al comienzo como consecuencia de mi teoría del fin de la pena, y pueden tener lugar todas las reducciones que se basen en las posibilidades de la suspensión de la pena, de la reparación del daño, de la reconciliación autor-víctima y del trabajo de utilidad pública. Pues, en comparación, los delitos leves conmueven la paz jurídica en menor medida y una reintegración social del condenado es para la seguridad pública más útil que un rigorismo que fomente la reincidencia”¹.

Desde otro punto de vista, cabe tener presente que la mediación –el instrumento que hace utilizable la composición– ha tenido ya en el marco del derecho penal interesantes y positivas experiencias que permiten ser optimistas al pensar en su utilización².

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

¹ *Transformaciones de la teoría de la pena*, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, p. 219 a 222.

² Sobre este tema ver el trabajo de Adolfo L. Tamini, *La mediación aplicada al derecho penal*, LL, 1999-2-364.