

A PROPOSITO DEL INSTITUTO DE LA CONCILIACION: TRIBULACIONES DE LETRADOS PARTICULARES EN TRIBUNALES

Por Jorge Benavídez (letrado de confianza)

Los abogados particulares que ejercen la profesión en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, emprenden un safari diario que supone cargar con las angustias de sus clientes por tres senderos distintos, a saber: el tradicional Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), aplicable en la Justicia Nacional Criminal y Correccional y, a su correlato federal de Comodoro Py 2002; el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (CPPcaba) que es aplicable a todos los delitos que la Nación transfirió a la Ciudad; y, en el mismo ámbito, algunos institutos del flamante Código Procesal Penal Federal (CPPF), como principios y garantías procesales -el derecho a una revisión amplia-, los estándares para la restricción de la libertad de las personas sujetas al proceso penal -el catálogo de alternativas a la prisión preventiva- y, la aplicación de criterios de oportunidad, especialmente un desconocido instituto para nosotros, pero muy bienvenido, que es el de la CONCILIACION.

Esto último es de lo que nos ocuparemos en este artículo, teniendo siempre en miras la labor del abogado particular en la Ciudad de Buenos Aires.

Un poco de historia

Este instituto constituye una forma alternativa de resolución del conflicto, y anida en el artículo 34 del CPPF, el que reza: *“Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del*

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán solicitar la reapertura de la investigación”.

Este artículo, es el originario de la ley 27063, el fallido nuevo CPPN devenido en CPPF, y va de suyo que el instituto de la Conciliación -- juntamente con la Reparación Integral--, se incorporó como inciso 6° del artículo 59 del Código Penal, como medio de extinción de la acción penal mediante la promulgación de la ley 27147, el 18 de junio de 2015, preparando la aplicación del nuevo CPPN

No obstante, el legislador dejó claramente establecido que su aplicación sería de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

En línea con ello, la ley 27150 auguraba a los abogados porteños que el por entonces nuevo CPPN ley 27063, entraría en vigor el 1 de marzo de 2016 en forma progresiva y con la atenta mirada de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPN.

Mientras tanto, muchos abogados porteños que venían litigando con el CPPN *Levene* desde 1992, decidieron darse una vuelta por las fiscalías

del fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Caba, para practicar el proceso acusatorio con el breve y sencillo catálogo de delitos que por entonces disponía ese fuero, para tomarse una práctica hasta que largara el nuevo CPPN.

Pero nada de eso sucedería, porque el gobierno de Mauricio Macri mediante el DNU 257/16 como regalo de navidad, suspendió la entrada en vigencia del nuevo CPPN, creó el plan de JUSTICIA 2020 y, el Congreso de la Nación mediante ley 27482, dispuso cambiar la última letra de su sigla CPPN por una F; así nació el CPPF del que además de cambiarle el nombre, ordenar su texto y aplicarlo exclusivamente al fuero federal, se dispuso su entrada en vigencia de manera progresiva en algunas jurisdicciones federales, siendo la de Salta y Jujuy la primera, luego Santa Fe y posteriormente Mendoza.

Mientras tanto, los abogados porteños tuvimos que seguir desarrollando nuestra actividad padeciendo la vetusta instrucción del fuero Nacional Criminal y Correccional, graciosamente con los cursos de litigación oral a cuestas.

La jurisprudencia

En el año 2015 corrían nuevos y frescos vientos normativos para oxigenar la Justicia. La entrada en vigor del sistema penal acusatorio incorporaba novedosos institutos; uno de ellos era la conciliación. Sin embargo, la jurisprudencia se anticipó con varios fallos.

Así, en **Fernández, Causa 635**, del registro del Tribunal Oral Criminal y Correccional de la Justicia Nacional (TOCC) N° 7, con fecha 26 de noviembre de 2015, a un mes del decreto que suspendería la entrada en vigor del nuevo CPPN programada para el primero de marzo de 2016, los jueces

entendieron que con la sola inserción del inciso 6° al artículo 59 del Código Penal, que había plasmado la ley 27147 tres meses antes, era suficiente para hacer operativo el instituto de la conciliación y, que por otro lado su no aplicación podría lesionar **el principio de ley más benigna**, cuestión de relevancia en detrimento de la estéril discusión acerca de que si la ley promulgada pero con entrada en vigencia con plazo posterior, era ya operativa.

Sobre lo primero, se dijo que “(...) *La regulación de esos institutos jurídicos en ambos códigos, pareciera dar pábulo a la idea de que la sola mención de aquellos en el Código Penal, establece un imperativo que a modo de ley marco la legislación local no tiene margen para desoír, sino, cuando mucho, para reglamentar con mayor alcance –en términos de garantías lo que el propio código sustantivo acuerda expresamente (...)* Negar la posibilidad de reparar a la espera de que entre en vigencia una ley procesal que cuando rija, nada de útil contempla para que aquella pueda ser implementada, deviene en un recurso que por burocrático, no puede enervar la operatividad de una institución prevista por el legislador en una ley sustantiva en una clara decisión de política criminal vinculada con el ejercicio de la acción penal” (voto del juez Vega al que adhirió el juez Valle).

En tanto sobre la segunda cuestión, se dijo que “(...) *En materia de ley penal más benigna se ha dado una situación que podría decirse que es equiparable (...)* Carecería de sentido negar la aplicación de una ley más favorable al enjuiciado por hallarnos durante el perjuicio de *vacatio legis* cuando inexorablemente en breve tiempo entrará en vigor una nueva ley que expresa la valoración que ha hecho el legislador sobre el punto en debate...” (voto concurrente del juez Valle).

En **González, Causa 41258**, del 30/11/15, el TOCC N° 1, no solo reconoció la operatividad del instituto, sino que fue más allá, describiendo alguno de los extremos para tener en cuenta, señalando que “(...) a) *la causal no depende de una consagración procesal determinada sino que tiene un origen sustancial y es operativa; b) **debe ser declarada por el juez que la constate en el proceso ante la sola alegación de la defensa, sin que dependa del consentimiento fiscal, ni de instrucciones generales o particulares del ministerio público, dado que no se trata de un principio de oportunidad reglado***” (jueces Salas, Vázquez Acuña y Huarte Petite).

En **Eiroa, Causa 39889** del 11/12/15, los jueces Vega y Mallo del TOCC 20, se expidieron en el mismo sentido sosteniendo que “(...) *la propia lógica de los principios de ultraactividad y retroactividad de la ley penal más benigna es evitar la aplicación de poder punitivo con independencia del sentido que el imputado le haya dado a su supuesto quehacer delictivo*”, y agregaron sobre el carácter de la acción que, “(...) *la circunstancia de que el delito en cuestión sea de acción pública no impide la extinción de la acción mediante la conciliación, pues de lo contrario, se partiría de la convicción de que esta forma de culminar el proceso sólo se hallaría prevista para los delitos de acción privada; límite que la norma en modo alguno ha establecido y, de haberlo hecho, resultaría redundante en tales casos, en los que el particular ofendido siempre conserva la disponibilidad de la acción*”.

A su turno, la jueza Mallo agregó que “(...) *no cabe lógicamente admitir que las vicisitudes de la implementación de un código adjetivo impidan al ciudadano ser acreedor de un beneficio establecido por la ley sustantiva y para todo el país, y que tiene como efecto ni más ni menos que extinguir*

*definitivamente la acción penal, evitando la estigmatización del sujeto (...) **toda otra solución obstaculizante implicaría tanto como violar el derecho constitucional de igualdad ante la ley***".

Asumido el gobierno del presidente Macri, el 29 de diciembre de 2015, se promulgó el decreto de necesidad de urgencia (DNU) 257/2015, por el cual se suspendió la entrada en vigencia del CPPN ley 27063 para el 1 de marzo de 2016, disponiendo en cambio que ello ocurrirá "*(...) de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, previa consulta con el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN.*"

Sin embargo, la aplicación de la Conciliación continuó impertérrita y el 26 de setiembre de ese año, en la causa "**CGE**" N° 78050, el TOCC 18 homologó un acuerdo y declaró el sobreseimiento del imputado por extinción de la acción penal, sosteniendo los jueces Rojas y de la Torre, que no obstante la suspensión de la entrada en vigencia de la nueva ley, "*(...) no es posible impedir la aplicación de una norma vigente (...) aduciendo como impedimento la inexistencia de una vía procesal*", para lo cual **los magistrados elaboraron un procedimiento interno a los fines de tramitar este tipo de solicitudes, hasta tanto no exista otro vigente**, que dispuso que presentado el acuerdo de conciliación entre las partes deberá realizarse un examen de admisibilidad del caso, verificando en una audiencia convocada a tal fin si el acuerdo fue

correctamente comprendido y aceptado en forma libre y voluntaria, tras lo cual se procederá a homologar el acuerdo y dictar auto de sobreseimiento.

A su turno, el Ministerio Público Fiscal manifestó que prestaba su consentimiento a la aplicación de la causal de extinción requerida, dado que *“(...) si bien su operatividad se encuentra en una ley que no está vigente, fue sancionada por el Congreso”*. Asimismo, indicó que se encontraban reunidos los dos requisitos para la procedencia del acuerdo: que, el delito de robo no posee impedimento para disponer de la acción; y, que la fiscalía no podría oponerse al acuerdo, pues *“...fue celebrado en forma libre y voluntaria de acuerdo a lo escuchado del presunto damnificado”*.

Como era de esperar, llegó el turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCyC) para expedirse y lo hizo mediante un fallo de su Sala II: en el fallo **Verde Alva -Reg N° 399 Causa N° 25872-**, del 22 de mayo de 2017, donde el voto del juez Sarrabayrouse, al que adhirieron los jueces Morín y Niño, realizó importantes definiciones vinculadas al artículo 59 inciso 6° del Código Penal, a partir de un exhaustivo y rico análisis del nuevo texto, los problemas que plantea la doctrina, la jurisprudencia y legislación judicial, su vigencia y, la intervención de la víctima.

Por una cuestión de metodología, en este artículo solo profundizaremos algunos de estos aspectos.

La primera con base al **principio de igualdad ante la ley**, el fallo señaló que *“(...) la reforma del art. 59, CP, ha sido consecuencia de una competencia del legislador nacional en la materia; la practicó atento el carácter sustantivo del ejercicio y la extinción de la acción penal. El fundamento de esta facultad se encuentra en la necesidad de establecer real y efectivamente la*

unidad penal en el territorio nacional e instrumentar los medios necesarios para que aquel objetivo no se torne ilusorio como consecuencia del régimen federal de nuestro país, que permite la convivencia de tantos ordenamientos procesales como provincias componen el Estado argentino, fundamento que también se encuentra en la base del art. 58, CP (...) Con ello, también se garantiza la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. De lo contrario, (...) los criterios de oportunidad (dentro de los que se incluyen la conciliación y la reparación integral) se aplicarían con mayor o menor extensión en casi todo el territorio nacional, fruto de legislaciones provinciales anteriores a la decisión del legislador nacional de ejercer su competencia pero no para algunos delitos cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.”

Con respecto a la forma del acuerdo, indicó que el mismo debería ser por escrito, suscripto por las partes, donde éstas *“asuman un papel activo en la estrategia y solución de los casos en que intervienen (...) Asimismo es necesaria la participación y conformidad del MPF”*

Pero no todo serían rosas en el edificio de la calle Talcahuano 612, ya que un año después, la Sala I de la CNCCyC en la causa **Aramela, Reg. 1478/2018**, del 20 de noviembre de 2018, y su similar **“Reales”, Reg. 836/2019**, del 27 de junio de 2019, el juez Rimondi en su voto mayoritario se pronunciaba en contra de la aplicación del instituto, manifestando que *“(…) Desde mi intervención como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional vengo sosteniendo que el legislador ha incurrido en una equivocación, académicamente conocida como “error de libros”, al incorporar materia vinculada con el ejercicio de la acción penal en el código sustantivo. En este sentido, su regulación (y dentro de ella, más específicamente, la extinción*

de la acción penal) integra el conjunto de poderes que las provincias no han delegado en el gobierno federal, por lo que la expresa previsión en la ley local es indispensable para la aplicación del instituto de la conciliación. En efecto, el inciso 6° del artículo 59, en todo caso, resulta una norma marco incorporada al Código Penal al sólo efecto de no restar eficacia a los posibles ordenamientos locales frente a los diferentes criterios existentes en torno a la disponibilidad de la acción penal por parte del acusador público.”

¿Qué piensan los jueces?

Para clarificar las tensiones que se originaron en los TOCC y en las Salas de la CNCCyC, es bueno reproducir algunos aspectos plasmados en el informe de un estudio elaborado por el Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales (LEPP), que forma parte del Programa de Estudios sobre Poder Judicial de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ), publicados por la editorial universitaria EDUNPAZ que citamos: **“Procesos penales: programa de estudios sobre Poder Judicial / Adrián N. Martín. - 1a ed . - José C. Paz : Edunpaz, 2019”**.

Allí se sostuvo que “(...) Las respuestas fueron diversas y provocaron que una persona juzgada por un tribunal, que considera aplicable la conciliación, pueda ser sobreseída por extinción de la acción penal, pero si es juzgada por otro que interprete lo contrario, no pueda lograr su sobreseimiento de esa forma, aun cuando ese TOCC quede “en la puerta de al lado”.”

Y no obstante considerar que la paridad de jueces de TOCC y de la CNCyC “es muy grande”, el LEPP estableció tres posturas bien claras con respecto al artículo 59 inciso 6° del Código Penal y especialmente sobre la Conciliación que es el tema que nos convoca.

La primera, refiere que el instituto **no puede aplicarse por falta de una ley procesal que lo reglamente**, fundado ello en lo prescripto por el legislador con la cláusula inserta al fin de la norma: *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”*;

La segunda, que es aplicable pero solamente con el acuerdo del MPF, por lo que queda claro para los seguidores de esta postura que la mera oposición fiscal la troncha, y;

La tercera, que agrega a la anterior postura el requisito de la **razonabilidad y razones válidas de política criminal, o de las particularidades del caso**, para que la postura del MPF sea vinculante para el tribunal, ya sea a favor o en contra de la aplicación del instituto de la Conciliación, fundado ello en que aquel tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, y las recientes reformas introducidas por las leyes 27063, 27148 y 27272, le han dado mayores facultades.

Es interesante mencionar que remarca el informe del LEPP, que *“(...) de las resoluciones y de las entrevistas se ha relevado que la mayoría de los jueces y las juezas que consideran aplicable el mecanismo, consideran sumamente relevante la posición del MPF”*, y ello porque para esta posición, la cuestión se trata de derecho de fondo y, como tal, vigente y operativo para todas las personas que habitan la Nación.

Concluye el impecable informe del estudio llevado a cabo por el LEPP que, *“(...) Quienes juzgan deben interpretar las normas penales de la manera que más derechos acuerde a las personas, teniendo en cuenta los principios de pro homine y de última ratio del derecho penal. Es su tarea aplicar la herramienta procesal adecuada para asegurar su operatividad. Así, la*

oposición del MPF solo será atendible en aquellos casos de conciliación en los cuales se ignore el interés de la víctima o se trate de supuestos expresamente excluidos por la ley”.

Posteriormente a la publicación que citamos, acaso como si los legisladores la hubiesen leído, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal sancionó el 13 de noviembre de 2019 la resolución 02-P/19, la cual dispuso la aplicación para todas las jurisdicciones de la Justicia Federal y para la Justicia Nacional Criminal y Correccional, de varios artículos del CPPF -entre ellos la Conciliación-, porque *“(...) resulta indispensable implementar aquellos institutos procesales y/o artículos previstos en el Código Procesal Penal Federal que no resulten incompatibles con el sistema procesal establecido en la ley 23.984, y que permiten un mayor goce de las garantías constitucionales para todos los justiciables de manera uniforme en todo el territorio nacional (...) que el artículo 22 del Código Procesal Penal Federal establece que los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (...) con una herramienta procesal para la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, tal como el previsto en el artículo 34 del Código Procesal Penal Federal (...)”.*

Pero esta decisión del legislador que los jueces que se pronunciaban en contra de la operatividad de la Conciliación tanto reclamaban, no terminó de cerrar la cuestión, ahora surge la necesidad también en determinar cuáles son las cuestiones de política criminal válidas que debe

fundar el MPF para oponerse con razón a la aplicación del instituto y, cuál es el papel de la víctima que acuerda con el imputado libremente.

Este es el caso de **Fernandez, Javier, Reg. 2672/2020**, de fecha 3 de setiembre de 2020, tratado por la Sala I, donde los jueces Rimondi y Bruzzone, le dieron la derecha a la oposición fiscal y procedió al reenvió de las actuaciones, considerando válido el argumento del MPF en cuanto **a que los imputados tenían antecedentes**, y no obstante que como ya vimos, la postura mayoritaria de los jueces consiste en que si bien el MPF debe participar y hacer valer las cuestiones de política criminal o las particularidades del caso que crea conveniente, debe hacerlo con un mínimo de razonabilidad en su postura, lo que implica que no se ignore el interés de la víctima o se trate de supuestos expresamente excluidos por la ley, como ocurrió en el caso de marras.

Concluyendo: otras cuestiones para tener en cuenta

Retomando el tema enfocado desde la perspectiva del abogado particular que ejerce la profesión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, varios son los temas para abordar.

En primer lugar, como otrora ocurrió con la Suspensión de Juicio a Prueba, uno teme que le vuelvan a correr el arco con reglas de juego que siempre cambian de acuerdo con la interpretación que mejor se ajuste a los intereses políticos institucionales de jueces y fiscales.

Por ello aquí, es importante que los abogados hagamos notar en cada solicitud de aplicación del instituto, que el mismo no fue concebido dentro del sistema procesal que hoy agoniza, sino en las entrañas de un sistema acusatorio que tiene como norte el paradigma de la gestión de la conflictividad

dentro del proceso penal, con salidas alternativas menos violentas y más rápidas, lo cual, se desprende claramente del artículo 22 del CPPF.

Y, por otro lado, no debe olvidarse que en este nuevo paradigma al que nos referíamos arriba, la víctima es la protagonista central del conflicto y espera de todos los operadores del sistema la solución más rápida y de mejor calidad.

Para ello, es necesario también que entendamos que, en el marco de una Conciliación, el proceso hace un brusco giro desde la averiguación de la verdad como fin, hacia la búsqueda de un acuerdo compositivo que propone una salida alrededor de la idea de equidad.

Habrá que tener paciencia también y, esperar el recambio generacional de jueces y fiscales formados en el modelo inquisitivo, mientras los colegios de abogados entrenan a sus noveles tanto en la litigación oral, como en el proceso compositivo del sistema acusatorio.

Finalmente, teniendo en cuenta que el proceso penal es la última instancia del conflicto en el que otras ramas del derecho ya intervinieron fallidamente, es bueno pensar en conciliaciones que incluyan acuerdos integrales y no solo en aquellos que nada más extingan la acción penal, porque ello será lo único que garantizará el final-final del conflicto en que se ve envuelto el justiciable; habrá que recurrir a otros fueros y homologar allí también el acuerdo de sede penal.

¿Habrá que instrumentar estos acuerdos mediante un procedimiento especial para todos los fueros?

Pero esa es otra historia que merece ser contada otro día.