



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TESIS DE MAESTRÍA:

“LA REPARACION Y EL DERECHO PENAL ACTUAL”
Análisis en la Teoría del Proceso Composicional

Autora: Marina L. Cuatrini

Directora: Prof. y Dra. María Belén Salido

Mendoza, 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TESIS DE MAESTRÍA:

“LA REPARACION Y EL DERECHO PENAL ACTUAL”
Análisis en la Teoría del Proceso Composicional

Autora: Marina L. Cuatrini

Directora: Prof. y Dra. María Belén Salido

Mendoza, 2021

“... busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales”.
Nils Christie

INDICE

INTRODUCCIÓN	9
--------------------	---

CAPITULO I

ORIGEN DEL PROCESO COMPOSICIONAL. DELITO Y PARADIGMA DE GESTIÓN DEL CONFLICTO. EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA PENAL

I. - El delito como conflicto interrelacionar.....	12
II.- Origen del sistema penal	14
III.- El derecho germano antiguo y la “composición”	15
a) La Composición.....	16
b) Características	17
IV.- Derecho infraccional. Apropiación del conflicto y desplazamiento de la víctima... 18	
a) La Inquisición.....	19
b) Código Napoleónico. Origen del sistema de las dos acciones.....	20
c) Vuelta a la composición en los procesos penales	21

CAPITULO II

PROCESO COMPOSICIONAL Y PROCESO DE CONOCIMIENTO. DIFERENCIAS. LA REPARACION COMO HERRAMIENTA EN EL PROCESO COMPOSICIONAL MODERNO.

I.- Funciones del Proceso Penal.....	23
II.- Proceso Composicional.....	24
a) ¿Qué entendemos por proceso composicional?.....	24
b) Principios de <i>Ultima Ratio</i>	26
c) Análisis conceptual de las respuestas penales.....	27
d) La pena de cárcel como compensación.....	29
e) Reglas del proceso composicional	30
III.- Reparación Civil y Proceso Composicional.....	32
IV.- La reparación integral del daño como herramienta del proceso composicional.....	33
 CAPITULO III	
 PROCESO COMPOSICIONAL. LEGISLACION PROVINCIAL, NACIONAL E INTERNACIONAL	
I.- Reconocimiento en la Legislación Penal Argentina.....	36
a) Código Penal Argentino	37
b) Criticas a la reforma	38
c) Suspensión del juicio a prueba y reparación	41
II.- Legislación Procesal.....	41
1.- Código Procesal Penal de Mendoza.....	42
2.- Lineamientos de política criminal.....	43
3.- Otras Provincias.....	44

a) Buenos Aires.....	44
b) Neuquén.....	46
c) Chubut.....	46
d) Córdoba	46
e) Santa Fe	48
4.- Código Procesal Penal de la Nación	49
III.- LEGISLACION COMPARADA.....	51
a) Common Law	51
b) Código Penal Español	52
c) Acuerdos Reparatorios en la legislación Chilena.....	53
c) Derecho Penal Alemán.....	54
d) Otras legislaciones Europeas.....	55
 CAPITULO IV	
 LA REPARACION Y LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA. ANALISIS DE LAS TEORIAS DE LA PENA Y OBJECIONES A LA TESIS SOBRE SU CAPACIDAD PREVENTIVA.	
I.- IDEAS INTRODUCTORIAS	57
II.- ROXIN Y LA TERCERA VÍA.....	58
III.- CRITICA DE HIRSCH.....	60
IV.- POSICION GARANTISTA DE FERRAJOLI	61
V.- SILVA SANCHEZ Y LOS LIMITES DE LA DESPENALIZACION	62

VI.- LA REPARACIÓN MÁS ALLÁ DE SUS FINES REVENTIVOS.....	64
VII.- POSICIÓN DE ALBERTO BINDER.....	65
VIII.- CONCLUSION.....	67

CAPITULO V

UNA VUELTA AL DERECHO GERMANO ANTIGUO: LOS PROCESOS COMPOSICIONALES ACTUALES. REGLAS Y GARANTIAS.

I.- LA RESPUESTA COMPOSICIONAL.....	68
II.- ADMISIÓN DEL CASO.....	69
III.- EL ACUERDO DE PARTES: CENTRALIDAD DEL PROCESO COMPOSICIONAL.....	71
IV.- FORMAS DE CONCILIACIÓN Y REPARACION.....	71
a) Casos con pluralidad de Víctimas.....	72
b) Limites. ¿Casos excluidos?.....	72
c) Fallo “Góngora”.....	73
d) Fallo “Estrella” en Mendoza	74
e) Casos de conciliación obligatoria.....	75
f) Delitos Culposos.....	76
V.- INSTANCIAS DEL PROCESO COMPOSICIONAL.....	77
a) Policía, municipios y fiscalías.....	77
b) Etapa preparatoria.....	78

V.- SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN FORMAL A PRUEBA.....	79
a) Suspensión condicional de la condena cercana al proceso composicional.....	79
b) Suspensión como resultado de las actividades conciliatorias previstas por las legislaciones procesales.....	80
IV.- INSTANCIA DE JUICIO.....	82
V.- EL PROCESO COMPOSICIONAL DE MENDOZA.....	83
a) Código Procesal.....	83
b) Lineamientos de Política Criminal en Mendoza.....	85
VI.- CONCLUSIONES	89
VII.- BIBLIOGRAFIA	91

INTRODUCCIÓN

La investigación propuesta se enmarca en la disciplina jurídico penal y dentro de ella, en el derecho procesal penal, motivada por nuestra particular observación sobre las falencias del sistema penal actual, en el cual se advierte la escasa capacidad institucional para encausar muchos de los conflictos que ingresan al mismo mediante soluciones integrales, uniformes, de mayor eficacia y menor contenido de violencia estatal.

Para ello, partimos del paradigma de gestión de los conflictos, en contraposición al paradigma del orden que establecen las consideraciones infraccionales del delito. Y en esta búsqueda, consideramos al delito como un conflicto interrelacional, que reclama su solución de modo ordenado y controlado, mediante una adecuada institucionalización, la cual se puede lograr en la gran mayoría de ellos, a través del proceso compositivo.

Siguiendo a Binder, este autor señala con énfasis en su obra, que, mediante las visiones tradicionales del derecho penal, suele ocurrir que se crea que la única decisión de calidad es la que impone una pena luego de un juicio de conocimiento realizado conforme a todas las garantías. Y que todo lo demás es un consuelo por la falta de recursos para realizar juicios en todos los casos. Esa visión, según el autor, es errónea, ya que la imposición de una pena, aún en el mejor de los juicios es siempre una decisión de menor calidad, por más que sea necesaria en muchos casos (Binder. 2018:395).

La propuesta de estudio se concentra en el proceso compositivo, entendido como un modo de gestionar conflictos dentro del proceso penal con menor contenido de violencia y centrado en sus protagonistas. En este sentido, los nuevos sistemas penales acusatorios/adversariales han receptado este tipo de respuestas mediante la incorporación normativa de la conciliación y reparación integral como sustituto de la tradicional respuesta punitiva de cárcel.

Dentro de este proceso compositivo observamos que la idea de reparación cumple una función esencial como instrumento de gestión y solución de dichos

conflictos, entendiendo a la misma en sentido amplio, como el acuerdo necesario para la solución del conflicto, pudiendo equiparse a la conciliación y comprender o no a la reparación civil, dentro del proceso penal.

Resulta oportuno aclarar que la hipótesis planteada originariamente en el proyecto de este trabajo ha ido variando en el transcurso de la investigación, al adentrarnos en el estudio de la Teoría del Proceso compositivo.

En efecto, al plantear la hipótesis, se partió de la idea de reparación integral del daño en el sistema penal desde una visión crítica respecto a los alcances de los fines preventivos y legitimantes de la pena; mientras que al desarrollar esta obra fuimos advirtiendo que la reparación integral no sólo no se contraponen con los fines preventivos de la pena, sino que además, permite pensar en soluciones de mayor amplitud para encausar el conflicto ingresado al sistema penal, que van mucho más allá de la pena y sus teorías legitimantes, planteando nuevos interrogantes que exigen nuevas discusiones y debates.

La metodología utilizada consistió en el estudio del proceso compositivo mediante las obras de Alberto Binder y distintos trabajos de doctrina que se ocupan de esta temática. También se analizó la jurisprudencia y legislación vigente, tanto sustancial como procesal y de derecho comparado.

Como resultado, se ha logrado profundizar el estudio del proceso compositivo, delineando sus reglas y garantías, como así también la conceptualización, alcances y funciones que la reparación integral del daño presenta dentro de este tipo de procesos orientados a la solución del conflicto y la consecuente pacificación social.

Finalmente, el presente trabajo se estructura en cinco capítulos. El primero plantea el origen del proceso compositivo, partiendo del análisis del delito inmerso en el paradigma de gestión del conflicto y estudiando el origen del *compositio* en el derecho germano antiguo y su posterior evolución hasta su desaparición, al ser absorbida por los sistemas inquisitivos, que fueron desplazando gradualmente a la víctima hasta hacerla desaparecer y su posterior evolución hasta llegar a los sistemas penales actuales.

En el segundo capítulo se desarrollan las diferencias entre el proceso de conocimiento y el proceso compositivo, conceptualizando los alcances de la idea de conciliación y reparación civil en el sistema de compensaciones que integran ambos procesos y en especial el proceso compositivo.

En el tercer capítulo estudiamos el reconocimiento de estos procesos compositivos en los actuales movimientos de reforma, que han introducido su regulación tanto en las legislaciones provinciales, como a nivel nacional y analizamos también algunos ejemplos legislativos de países de occidente. Asimismo, nos referimos al problema del reparto de competencias en materia de disponibilidad de la acción, los procedimientos compositivos locales y su regulación sustancial, ofreciendo nuestra conclusión.

En el cuarto capítulo nos ocupamos de la reparación frente a los fines preventivos y legitimantes de la pena. Luego del análisis de las diferentes teorías, concluimos respecto a su utilidad y trascendencia actual.

En el quinto capítulo buscamos actualizar al sistema compositivo del derecho germano antiguo sobre la base de nuestras legislaciones vigentes, proponiendo un sistema de reglas claras y previsibles que permitan garantizar la igualdad en la práctica de estas respuestas, evitando su uso distorsivo y arbitrario.

Finalmente, concluimos que la presente obra se trata sólo del comienzo de una investigación que, dada su importancia y trascendencia actual, exige mayores y más profundos estudios sobre la teoría de los procesos compositivos.

Advertimos que para hablar de procesos compositivos no solo es necesaria una estructura normativa que conforme la base a estos sistemas, sino fundamentalmente se exige un cambio de paradigma cultural para comenzar a pensar estas respuestas conciliatorias despojados de las limitaciones propias del paradigma infraccional.

Para este cambio es fundamental la creación de estructuras institucionales que permitan generar políticas criminales serias para el tratamiento de los conflictos específicos, estructura que debe necesariamente acompañarse con la profundización de su estudio en los ámbitos académicos, en especial los de grado de todas las facultades y fundamentalmente la capacitación a todos los operadores del sistema penal.

CAPITULO I

ORIGEN DEL PROCESO COMPOSICIONAL. DELITO Y PARADIGMA DE GESTIÓN DEL CONFLICTO. EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA PENAL.

I). - EL DELITO COMO CONFLICTO INTERRELACIONAR.

La noción de delito resulta enteramente cultural, así como las distintas respuestas que se han dado al mismo en la evolución de la humanidad. Una de esas respuestas tiene que ver con el surgimiento del sistema penal, cuya configuración se vincula directamente con el proceso de cambios en la forma de organización del poder.

Este capítulo propone entrar en el análisis de las respuestas a los conflictos interpersonales que se enmarcan en la categoría de delitos, en determinados contextos históricos que han influenciado directa e indirectamente a nuestros procesos penales actuales.

Para este análisis, partimos de la concepción del delito como conflicto entre particulares, grupos o sectores, conflicto que reclama una intervención del Estado para evitar que la violencia y el abuso de poder se extiendan; distinguiéndose de la idea de delito como infracción entendida como lesión de un individuo al orden, al Estado, a la norma o al soberano.

La concepción del delito como una infracción es una de las tradiciones centrales de lo que denominamos “modelo inquisitorial” (Binder 2013:263). Lo que importaba allí no era el daño a la víctima o a la comunidad afectada por la conducta delictuosa, sino que mediante ese daño se había desobedecido a la norma, y mediante ella al poder que la instauró.

Así vemos que los sistemas penales se han ido configurando alrededor de estas dos concepciones del delito, es decir, como infracción y como

conflicto, en lo que Binder denomina “juego de tradiciones”, refiriendo que ambas tradiciones han coexistido en el funcionamiento de la justicia penal y se advierte la lucha entre estas dos tradiciones, en la disputa entre el sistema adversarial y el sistema inquisitivo.

En este trabajo partiremos de la concepción de delito como un conflicto que requiere para su solución, la intervención de un ente ajeno a las partes a los fines de encausar la violencia y evitar el abuso de poder.

Es decir, se propone partir del paradigma de gestión de conflictos, valorando positivamente a estos conflictos como generadores de cambios sociales, en contraposición al paradigma del orden, que entiende al delito como infracción o quebrantamiento del orden impuesto.

Así, podemos interpretar que los cambios sociales y su adecuación legislativa tienen su origen en un conflicto determinado. Pensemos por ejemplo en el voto femenino, derivado de grandes luchas y protestas para su reconocimiento. Todos los cambios sociales y culturales han sido consecuencia de conflictos y de quebrantamiento al orden impuesto. Por ello entendemos, que se trata, justamente, de gestionar estos conflictos para proteger al más débil y en esta gestión del conflicto, el sistema jurídico en general y el penal en particular adquieren un rol preponderante.

Pero para entender esta concepción de delito como “conflicto”, es conveniente partir del pensamiento de Max Weber, quien se plantea primero la idea de “relación social” como el comportamiento recíproco de dos o más individuos que orientan, comprenden y resuelven sus conductas teniendo en cuenta las de los otros, con lo que dan sentido a sus actos (Weber, 1977)¹. Y desde esta perspectiva sociológica, se advierte que la relación social se presenta como el género para distinguir dentro de él, la relación social conflictiva penalmente relevante, es decir, lo que llamamos “delito”.

Adentrándonos en esta relación social específica que caracteriza al conflicto penal, observamos que el sistema jurídico es un método de resolución de conflictos que trata de excluir el uso de la violencia por los particulares. Sin embargo, tal exclusión no importa eliminar totalmente el uso de la violencia, ya que el monopolio de la misma queda reservada al Estado a través de sus órganos judiciales, encargados de

¹ Weber, Max: Economía y sociedad. Fondo de la cultura de Mejico, 1977.

administrar la fuerza sustraída a los particulares, en términos reglamentados por el sistema (Entelman:2009,62).

Bajo esta perspectiva, proponemos analizar la evolución del sistema penal con sus orígenes en los procesos compositivos, en contraposición a los procesos llamados de conocimiento; y para ello es necesario aclarar que esta doble finalidad del proceso penal (composición /conocimiento) no es algo nuevo, en efecto, históricamente ha existido siempre este juego compositivo junto al de conocimiento.

Es decir, las practicas conciliatorias hunden sus raíces en milenios de actuación, siendo esta tradición lo que hoy nos permite volver a dar centralidad al “proceso compositivo”, cuyas reglas y alcances nos proponemos desarrollar en este trabajo.

II.- ORIGEN DEL SISTEMA PENAL.

El surgimiento y configuración del sistema penal se encuentra directamente relacionado a los procesos de cambios en la forma de organización del poder. Así vemos que hasta el siglo XII, en Europa, la forma predominante de resolver los conflictos dependía de un reclamo de una víctima que solo podía ser tal si alegaba un daño concreto del que acusara a otro, es decir, se trataba de un modelo de respuesta que se asentaba en el reconocimiento del carácter interpersonal de los conflictos y en la noción del daño.

Así, podemos partir de las organizaciones más primitivas, en las cuales se carecía de un poder político central definido, hasta arribar a las sociedades culturalmente más avanzadas, que constituyen lo que la doctrina entiende como Estados modernos, con un poder político central, diferente de los individuos que las constituyen, y finalmente llegar a la actualidad, con la incorporación de la víctima en la escena central del proceso penal, las ideas del derecho penal de ultima ratio y los procesos compositivos actuales.

Los autores de Derecho Penal que se han dedicado desde mediados del siglo XIX y hasta mitad del siglo XX a los orígenes prehistóricos, se refieren en su

mayoría a un instinto primitivo de venganza, el que fue luego operando transformaciones a través de distintas fases de institucionalización (Hendler:2009:02/03).²

Podría sintetizarse que el pensamiento prevaleciente, es el de una evolución histórica progresiva cuya transformación más significativa fue la asunción del castigo estatal a las transgresiones y la consiguiente conversión en asunto público de lo que anteriormente fue la venganza privada. También hay coincidencia en identificar etapas posteriores igualmente progresivas de las que se destaca el sesgo humanitario introducido en el siglo XVIII y, finalmente, la consagración de las ideas penales vigentes en la actualidad. (Hendler 2009.10).

A continuación, se propone una breve revisión histórica, centrándonos en los orígenes del proceso compositivo, los cuales se ubican en el derecho germano antiguo, para luego, en los capítulos sucesivos, reactualizar sus conceptos intentando diseñar las reglas y modos en los cuales debería resolverse el conflicto penal mediante los procesos compositivos actuales, valiéndose de la reparación/conciliación, como principal herramienta.

III.- EL DERECHO GERMANO ANTIGUO Y LA “COMPOSICIÓN”

Según se advierte, fue el primer antecedente de lo que hoy se conoce como sistema compositivo. Por ello proponemos extraer las características principales de este derecho antiguo, dejando de lado su naturaleza arcaica y primitiva, a los fines de comprender y reactualizar los conceptos esenciales para su adecuación a los procesos compositivos actuales.

Así vemos que, para este derecho, la idea de delito se centraba en la contienda entre el afectado y el ofensor. No existía la actual separación entre infracciones civiles y penales. Todas eran consideradas como un quebranto a la paz social,

² Hendler explica que en la doctrina alemana Mezger insistía con la explicación de un instinto primitivo de venganza como punto de partida histórico del Derecho Penal que resulta posible a partir de una inducción de la hipótesis histórica universal. Sin embargo, Von Liszt se apartó de esta tesis de venganza privada en un intento de demostrar que era el carácter de reacción social y no individual de la pena primitiva.

perdiendo así el ofensor la protección que le daba la comunidad, lo que implicaba la pérdida de la paz.

Una de las características principales era la creación jurídica o normativa por parte de todos los miembros de la comunidad, transmitida verbalmente, ya que no existía la escritura. Era un derecho basado en la costumbre y su premisa era la “Paz” entendida desde el punto de vista individual y social, por ello quien rompía con esta armonía era un transgresor a la paz comunitaria.

Se advierte aquí, que la finalidad era lograr la paz y no la justicia, pudiendo asimilarse la primitiva diferencia entre proceso compositivo como búsqueda de paz, de solución del conflicto; y el proceso de conocimiento como búsqueda de verdad y justicia.

Otro elemento importante era la existencia de penas monetarias para delitos menores, una de ellas *Wergeld*, se pagaba a los jefes de la comunidad por la alteración a la paz social, y otra, llamada *Fredus* hacia las víctimas, ambas penas pecuniarias eran pagadas por el ofensor y su familia.

a) LA COMPOSICIÓN:

Para lograr la reparación del daño ocasionado, se autorizaba a la víctima y a su familia a restablecer la paz mediante el combate o la guerra y la venganza familiar. Este tipo de venganza física o declaración de guerra al ofensor y su familia abrió paso, progresivamente, a una institución típica del derecho germano: *la compositio*.

En ella el ofensor, si acordaba una enmienda o reparación económica con el ofendido, es decir si existía un contrato reparatorio, evitaba la venganza mediante el pago de una reparación en bienes al ofendido, sin embargo, la expiación de su crimen se completaba con el precio del pago de la paz a la comunidad, mediante el cual el ofendido recuperaba su protección jurídica.

Es decir, existía un sistema de doble reparación, por un lado, hacia la víctima concreta, y por el otro hacia toda la comunidad. Sin embargo, para los crímenes

más graves no era posible la expiación y el sujeto quedaba a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad ³.

b) CARACTERÍSTICAS:

Foucault (1986:66) efectúa una interesante síntesis de las características del derecho germano antiguo de la siguiente manera:

1.- “No hay acción pública, es decir, no hay nadie que, representando a la sociedad, a un grupo, al poder, o a quien lo detente, tenga a su cargo acusaciones contra los individuos. Para que hubiese un proceso penal era necesario que hubiese habido daño, que al menos alguien afirmase haber sufrido daño o se presentase como víctima y que esta presunta víctima designase su adversario. (...) La acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición ente individuos, familias o grupos.(..).”

2.- “Una vez introducida la acción penal, cuando un individuo ya se había declarado víctima y reclamaba reparación a otro, la liquidación judicial se llevaba a cabo como una especie de continuación de la lucha entre los contendientes. El derecho germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos, de encadenar los actos de venganza”.

3.- “El antiguo derecho germánico siempre ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo o transacción a través de una serie de venganzas rituales y reciprocas. La interrupción puede ser un pacto: en ese instante los dos adversarios recurren a un pacto, contando con su mutuo consentimiento, establecerá una suma de dinero que constituye el rescate. No se trata del recate de la falta pues no hay falta, sino tan solo daño y venganza”.

Por otro lado, Zaffaroni lo llama “modelo de partes” y refiere que cuando un germano lesionaba a otro, se producía la *Faida* o enemistad entre los clanes de la víctima y del victimario que obligaba a los miembros del clan de la víctima (venganza de sangre o *Blutrache*). Pero los clanes eran unidades económicas y militares, de modo que perder a un germano significaba un perjuicio para la producción y la defensa del clan.

³ [Dialnet-ElDerechoGermanicoYLaPazDeLaCasa-2165562.pdf](#) El Derecho germano y la paz de la casa, Dra. Silvia Pascual Lopez (última consulta 24/01/2021).

La guerra con el otro clan, por su parte, también importaba un costo muy alto, por ello, los jefes de ambos clanes se reunían y trataban de evitarla, es decir, de resolver el conflicto, mediante una indemnización (*Wertgeld* o valor pecuniario) o bien se decidía la cuestión por medio de un procedimiento de lucha u ordalía (Zaffaroni, 2006:167).

El procedimiento judicial tenía un rol accesorio y excepcional, se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada. Era un proceso de corte acusatorio cuyas características esenciales eran: la conformación de un Tribunal popular, publicidad y oralidad del juicio en el que se enfrentaban el acusador y el acusado, sistema de prueba tendiente a dirimir subjetivamente la contienda en tanto erigía un vencedor, ya porque presentaba mejores testimonios de su fama u honor personal, o porque pasaba con fortuna ciertas pruebas (ordalías o juicio de Dios), métodos mediante los cuales la divinidad mostraba, por signos físicos fácilmente observables, la justicia del caso y finalmente la decisión era inimpugnable.

A modo de conclusión, lo importante de este derecho se centra en la capacidad de la comunidad en resolver los conflictos y la búsqueda de la paz individual y social, siendo el primer antecedente de lo que hoy conocemos como proceso compositivo, ya que frente a un daño concreto y determinación de una víctima, lo primero que se intentaba era resolver el conflicto a fin de lograr la paz y en subsidio, cuando este proceso fracasaba, recién allí se conformaba un Tribunal popular y se realizaba el juicio, antecedente de lo que hoy denominamos proceso de conocimiento.

En suma, centrado en la finalidad de lograr el restablecimiento de la paz y la idea de daño concreto, la propia comunidad dirimía el conflicto y se valía de la reparación a la comunidad y a la víctima concreta como mecanismo de solución. Mediante la composición se establecían las reglas para encausar y ordenar las disputas entre ofensor y ofendido centrados en la finalidad de restablecer la paz.

IV.- DERECHO INFRACCIONAL. APROPIACIÓN DEL CONFLICTO Y DESPLAZAMIENTO DE LA VÍCTIMA.

Las raíces del derecho penal moderno, de concepción infraccional, las podemos encontrar en la Edad Media tardía, a partir del siglo XIII con el

reconocimiento de la categoría de “infracciones” como transgresiones de las que no se considera víctima a los particulares sino al Estado, personalizado en la figura del monarca. En este sentido ha sido Foucault quien puso de relieve el significado innovador de la noción misma de “infracción” a la que calificó como una de las grandes invenciones del pensamiento medieval (Foucault, 1986:76).

Aquí es donde aparece la organización judicial, debido al creciente poder político que adquirieron las comunidades más pequeñas frente al reino y más adelante las ciudades que comenzaron la formación y hegemonía política y económica.

Aquí termina la vida independiente del Derecho germano y su sistema propio de enjuiciamiento penal. Se ingresa en la época de la Inquisición y reforma del enjuiciamiento inquisitivo del siglo XIX como fenómeno común en toda Europa, el cual fue trasladado a nuestro continente tras la colonización y posterior formación de los Estados independientes.

a) LA INQUISICIÓN:

El sistema inquisitivo como modo de enjuiciamiento penal recorrió seis siglos de la historia de Europa continental, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII momento de su decadencia.

Durante la última parte de la edad media, entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso a la creación de los estados nacionales, que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse absolutismo o monarquía absoluta. La base de este sistema era la concentración del poder (legislar, juzgar y administrar) en el poder central del monarca.

Lo esencial para nuestro análisis es que el delito comienza a concebirse como una infracción, dejando progresivamente fuera de la escena la idea de composición del derecho germano, es decir, la idea de daño a la víctima es reemplazada por la de infracción a la “autoridad” (Dios, Estado, Ley), surgiendo la figura del procurador que desplaza a la víctima del centro del conflicto.

Otro aspecto importante fue la concentración del poder de perseguir en el Estado, anulando el rol de la comunidad en la resolución de los conflictos.

Maier plantea la estatización del conflicto sosteniendo que el rol preponderante de la víctima, propio del sistema compositivo del derecho germano antiguo fue sustituido por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción... en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa (Maier 2001.186).

En este contexto de estatización del conflicto, el rol de la víctima se redujo a informar para conocimiento de la verdad como así también a ser objeto de prueba en ciertos delitos, por ello muchos autores se refieren a la “expropiación” de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, al erigirse en portador del monopolio legítimo de la fuerza.

La sustitución de la reparación a la víctima por una pena de prisión, característica de los sistemas penales en la conformación de los Estados modernos, es explicada por Alberto Binder cuando refiere que en el esquema teórico inquisitorial la reparación, adjetivada como civil, es una respuesta secundaria del sistema penal, porque estaría al servicio de la satisfacción de intereses económicos, y no al servicio de la restauración del orden legal o moral, fin propio de los sistemas infraccionales, conceptualizado como algo superior a la reparación del daño (Binder, 2018:72).

b.- CÓDIGO NAPOLEÓNICO. ORIGEN DEL SISTEMA DE DOS ACCIONES

Con este esquema inquisitorial en la conformación de los Estados modernos es que surge el código de instrucción criminal francés, primer antecedente de nuestro sistema penal, el cual diferencia todo lo que tiene que ver con el castigo y la pena como propio de la acción pública (que luego deviene en su nombre penal) y todo lo relativo a la reparación pecuniaria del daño, como propio de la acción civil (privada), ya

que el interés privado no debía superponerse con el interés social gestionado por la acción pública.

El modo de compatibilizar el modelo infraccional con la práctica antigua de participación de la víctima terminó en el modelo de ejercicio conjunto de la acción civil en el proceso penal y en la separación de objetos entre la acción civil y la penal, nueva forma de referirse a lo que antes era acción pública y acción privada. Esto es una de las mixturas propias del modelo napoleónico, pero luego la práctica ha hecho que la acción pública hiciera desaparecer a la víctima y a sus pretensiones.

c.- VUELTA A LA COMPOSICION EN LOS PROCESOS PENALES.

La necesidad de dejar de lado el paradigma infraccional derivado de estos procesos de cambio en la organización del poder, que llevaron a las concepciones del sistema penal inquisitivo y luego mixto, con el consecuente desplazamiento de la víctima de la escena del proceso, ha generado un proceso de cambio en los sistemas penales actuales.

Según Binder, el llamado sistema de la *actio civile* o el sistema de las dos acciones, constituye el paradigma dominante hasta la actualidad y es lo que hoy debemos superar. No para dejar de lado la confluencia de instrumentos, sino todo lo contrario, para darle nuevas bases conceptuales a esa confluencia, tan insoslayable como indispensable.

En este proceso de cambio se advierte la conciencia respecto a la inconveniencia de las penas cortas de prisión, introduciendo en los sistemas penales actuales, formas de respuesta frente al delito que intentan minimizar el uso de violencia estatal, en especial para aquellos casos de escasa gravedad.

Así se han incorporado a los sistemas penales en general, la suspensión del proceso o juicio a prueba, la reparación y/o conciliación como mecanismos de extinción de la acción penal sustitutivos de la pena de prisión.

Sin embargo, hoy nos encontramos inmersos en este proceso de cambio de paradigma, que requiere focalizarse en el conflicto que un hecho determinado introduce al sistema penal, otorgando centralidad a los protagonistas directos del mismo

e interviniendo de manera organizada en la gestión de esta conflictividad, a fin de arribar a soluciones pacíficas que disminuyan la violencia estatal a su mínima expresión.

Para ello, el sistema penal debe centrar su atención en la gestión de estos conflictos de modo claro y organizado a fin de evitar arbitrariedades, valiéndose del proceso compositivo y la configuración de reglas que permitan la aplicación de la reparación y conciliación como herramientas esenciales en este proceso de pacificación, reservando la pena de prisión para casos de excepción y gravedad.

CAPITULO II

PROCESO COMPOSICIONAL Y PROCESO DE CONOCIMIENTO. DIFERENCIAS. LA REPARACION COMO HERRAMIENTA EN EL PROCESO COMPOSICIONAL MODERNO.

I.- FUNCIONES DEL PROCESO PENAL:

El derecho penal tiene básicamente dos respuestas, las cuales son realizadas mediante el Proceso Penal. Estas respuestas son entendidas como dos formas de reacción ante una conducta penalmente relevante.

Ya nos hemos referido al delito como conflicto social que reclama intervención estatal para su solución, y frente a este conflicto el derecho procesal penal puede ofrecer la aplicación de una pena, es decir del poder punitivo o violencia estatal mediante el encierro del individuo trasgresor; o bien intentar acercar a los protagonistas del conflicto y lograr una solución de modo consensuado utilizando a la reparación y conciliación como herramienta.

Como dijimos, estas respuestas del derecho penal se materializan mediante el proceso penal, el cual podemos decir que cumple una doble función, por una parte, de generar las condiciones de seguridad en la construcción de los hechos y en la aplicación del derecho, con las garantías necesarias para evitar la condena de un inocente. Esta finalidad se cumple a través del juicio de conocimiento, basado en un sistema de garantías que se fortalece en la idea de verdad y justicia.

Y la otra función del proceso penal se relaciona con la idea de construir una solución o respuesta distinta a la violencia, o bien reducir al máximo este tipo de respuesta. Aquí se localiza lo que en doctrina se conoce como “proceso compositivo”.

Mediante el denominado proceso compositivo se intenta tratar el conflicto desde una perspectiva diversa a la investigación y conocimiento del hecho generador, analizando de manera integral el conflicto, intentando un acercamiento entre las partes, para encontrar una solución diferente del juicio y la consecuente pena de prisión.

Pero como vimos en el capítulo anterior, estas dos funciones del proceso penal (composición/conocimiento) han coexistido de modo expreso o tácito en los sistemas penales desde la antigüedad, en lo que Binder llama “juego de tradiciones”. Sin embargo, la diferencia actual, para este autor, reside en que, en los nuevos procesos acusatorios/adversariales de América Latina, ese juego ha sido diseñado normativamente y se intenta su extensión y uso consciente, planificado y sujeto a reglas claras y uniformes.

No obstante, todavía no se ha advertido suficientemente la necesidad de desarrollar con amplitud ambos juegos de reglas, para dar una respuesta integral al funcionamiento de la justicia penal. En efecto, el autor referido señala que incluso bajo el paradigma de la supuesta obligación de perseguir todos los delitos que se denuncian, los sistemas penales desarrollan, como parte de una necesidad social evidente, fórmulas de composición y acuerdo, escondidas en archivos, olvidos de causas, prescripciones y un sinnúmero de salidas innominadas (Binder 2018:17).

El objetivo de este capítulo es adentrarnos en el análisis y conocimiento de este proceso compositivo y sus reglas, que busca respuestas penales distintas a la pena de prisión, y estudiar dentro de este proceso la función de la reparación y sus alcances.

II.- PROCESO COMPOSITIVO

a.- ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PROCESO COMPOSITIVO?:

Alberto Binder ha sido uno de los principales exponentes latinoamericanos en el estudio de este tipo de procesos. En efecto, este autor desarrolla la “Teoría del proceso compositivo” entendiendo por ella al estudio de los conceptos necesarios para explicar las complejas relaciones que existen entre la reparación del daño y las respuestas de bajo contenido de violencia, como alternativas al encierro carcelario, dentro del marco

de la justicia penal moderna en los sistemas de tipo acusatorio/adversarial de América latina.

Para este análisis, es preciso partir de la situación actual de la justicia penal de nuestro país, la cual se encuentra atravesada por mecanismos estructurales de ineficiencia y consecuente desprestigio social, circunstancia que exige buscar en las respuestas compositivas un conjunto de herramientas que permitan relacionarse de un modo más sano con las personas, comunidades victimizadas y la sociedad en general.

En este sentido, compartimos el criterio de Binder en cuanto a que el fenómeno denominado *crisis externa del sistema penal*, entendida como la falta o deficiencia de mecanismos de gestión de conflictos en otros ámbitos del sistema jurídico (civil, familia, laboral, etc.), provoca el desplazamiento de muchos de estos hacia el sistema penal, generando lo que él llama “sobrecarga endémica”. Y esta sobrecarga genera a su vez el denominado fenómeno de inflación punitiva constituyendo la consecuencia de la crisis del sistema de gestión de conflictividad de la justicia como institución.

Frente a esta problemática y como respuesta a la inflación punitiva, este autor propone integrar tres estrategias distintas (Binder, 2019:500):

1.- Fortalecer los otros niveles de intervención en la conflictividad (civil, familia, administrativo, etc.).

2.- Restricción de permisos legislativos para usar los instrumentos penales (desdramatización).

3.- Dotar a la justicia penal de mecanismos internos que permitan construir soluciones que formen parte de otros niveles de gestión de los conflictos, por más que se desarrollen en el ámbito de la justicia penal (relocalización).

En el tercer punto podemos ubicar las respuestas compositivas dentro del derecho procesal penal mediante la solución del conflicto con herramientas distintas a la pena de prisión. En este esquema se requiere analizar sobre todo el sistema de protección del imputado y de la víctima frente a este tipo de respuestas y encontrar un sistema de garantías propio del proceso compositivo.

Ello en el contexto de una sociedad compleja, que necesita aumentar la confianza en los ciudadanos para reducir los riesgos de la vida social a fin de contribuir a

su pacificación. Estos objetivos requieren de nuevas reglas, superando así viejos conceptos del proceso napoleónico mixto en el cual se daba por supuesto la superioridad de la respuesta estrictamente punitiva y dejaba un estrecho margen para la reparación, entendida como civil y siempre sospechada de venganza particular.

Es esta perspectiva la que debe ser abandonada si queremos comprender el fundamento de las nuevas políticas de diversificación de respuestas de los sistemas adversariales, que constituye una de las características más importantes de la renovación de la legislación procesal que se ha producido en las últimas dos décadas, a cuyo análisis nos dedicaremos en el próximo capítulo.

Desde el análisis de la propia ley penal de fondo, podemos encontrar soluciones alternativas a la pena mediante el instituto de la Suspensión del Juicio a prueba (art. 76 bis del C.P.), o bien en la remisión a los criterios de oportunidad de conformidad con las normas procesales de cada provincia, la conciliación o reparación integral del perjuicio como forma de extinción de la acción penal (art. 59 incisos 5), 6) y 9) del C.P.).

Es decir, tanto en la legislación de fondo como de forma, encontramos herramientas para comenzar a delinear reglas claras que garanticen la igualdad y seguridad jurídica en el marco del proceso compositivo.

b.- PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO:

La afirmación de que mediante el proceso compositivo es posible materializar el principio de *ultima ratio* no reviste discusión alguna, sin embargo, precisar su contenido para una práctica consiente y generalizada exige un profundo análisis.

Binder se refiere en este sentido a la necesidad de salir de la “realidad declamativa” de estos principios en la práctica judicial, ya que los mismos constituyen los grandes reguladores de una política criminal de base democrática y son un segundo orden de límites vinculado a la idea de eficacia de la política criminal.

Podemos decir que el principio de mínima intervención o *ultima ratio* es “una regla de eficacia y como tal constituye un límite interno a la política criminal. Según esta regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de

los conflictos es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio del poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado a formas brutalmente abusivas”. (Binder2014:220).

En síntesis, siguiendo a este autor, los principios rectores de la política criminal en un sistema democrático, que constituyen sus límites internos, a los que se le agregan los límites externos, provenientes de la idea de Estado de derecho, que constituyen el sistema de garantías en su conjunto, podemos clasificarlo del siguiente modo:

a.- Principio de *ultima ratio*: primacía de los instrumentos no violentos.

b.- Principio de mínima intervención: no se debe introducir violencia allí donde no existe.

c.- Principio de no naturalización: la utilización de la violencia no se corresponde “naturalmente” a un tipo de conflicto. Rigen razones de eficacia.

d.- Principio de economía de la violencia: la autorización del uso de violencia debe ser economizada en todo su desarrollo.

e.- Principio de utilidad: no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante o que produzca resultados mínimos, menos dañosos que el instrumento.

f.- Principio de respaldo: la política criminal “ayuda” siempre a otra política, o tiene finalidades propias. (Binder 2014:223).

Por último, cabe aclarar que el principio de *ultima ratio* no se refiere sólo a la violencia y a los límites de su aplicación, sino que más bien se refiere a la primacía de otros instrumentos de intervención.

En efecto, la idea de *ultima ratio* se relaciona con otros instrumentos que pueden ser utilizados antes de la intervención violenta. No se trata de “poca violencia” sino de otro modo de gestión de los conflictos valiéndose de otros instrumentos.

c.- ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LAS RESPUESTAS PENALES

Resulta importante aclarar ciertos conceptos en el ámbito de las respuestas penales a la variedad de conflictos dentro del proceso penal (de conocimiento y composicional), entendidas éstas con las siguientes palabras: retribución, compensación y reparación.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), en el lenguaje ordinario retribución significa recompensa o pago de algo; reparación es desagravio o satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria; y compensar significa igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra o, en su segunda acepción, dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.

Pero en el lenguaje técnico jurídico estas palabras tienen otro sentido que no necesariamente coincide con el que le otorga el diccionario. Veamos:

1.- RETRIBUCIÓN: la utilizamos en derecho penal para referirnos a uno de los fundamentos históricos de la pena, habiéndose utilizado como medida, tal como se lo utilizó en la idea de Talión o como fundamento kantiano⁴. El uso de la palabra retribución conserva esa idea de medida, propio del avance de la idea de Talión, como principio de organización social.

La idea de retribución ha mantenido su carácter de medida, de tal manera que la respuesta penal solo podrá ser proporcional al daño cometido por la acción realizada y ello es una derivación de la vieja idea de la proporcionalidad talional. El respetar esta medida ha sido el hilo conductor de la institucionalización de las respuestas a los conflictos, como expresión de un Estado que se construye alrededor de la capacidad de gestionar e intervenir en la conflictividad, pero que, al mismo tiempo, ha generado el temor del abuso de poder (Binder 2018:90).

2.- COMPENSACION: no es reparar, sino simplemente el intento de igualar en sentido opuesto el efecto de una cosa con el de otra. Así, por ejemplo, el

⁴ Nos dice Jescheck que “la idea de retribución se apoya en tres presupuestos inmanentes: el primero es que la facultad del Estado de dar al culpable con la pena aquello que se merece, solo puede justificarse, si se reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente. El segundo presupuesto es que exista culpabilidad y que ésta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad. Y en tercer lugar que sea posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad” (1981:98).

encierro de una persona que ha matado no produce ningún efecto reparatorio en sentido estricto, pero no se puede decir que no compense en algo el tipo de sufrimiento y el costo social que genera la pérdida de un ser humano. El sistema de compensaciones es necesario para gestionar la conflictividad y evitar que se instale el abuso de poder en los conflictos sociales.

3.- REPARACION: satisfacer el daño sufrido por la ofensa, es hacer desaparecer el daño sufrido, volver para atrás en el conflicto. Así, encerrar a otro puede compensarnos, mas no reparar el daño, esto genera un sistema general de compensaciones de diferentes formas y grados, algunas de ellas con calidad reparatoria y otras no.

Binder plantea la vinculación entre compensación y reparación en lo que viene a llamar “*compensaciones reparatorias*” y “*compensaciones no reparatorias*”.

Entiende el autor que mediante las *compensaciones reparatorias* se logra hacer desaparecer el daño, con la satisfacción al agraviado, mientras que las *compensaciones no reparatorias*, compensan, igualan en sentido opuesto, pero no hacen desaparecer el daño.

Finalmente, Binder introduce la idea de retribución para ambas repuestas compensatorias, refiriendo que esta retribución solo cumple funciones de medida, como expresión de la idea de proporcionalidad y en ese sentido cumple funciones tanto respecto de una u otra forma de compensación, pero no constituye el fundamento de ninguna de ellas.

d-. LA PENA DE CÁRCEL COMO COMPENSACIÓN:

Cuando nos referimos a la pena de cárcel en sentido compensatorio, entendemos a la misma dentro de la lógica del conflicto como la última de las opciones del sistema, en procura de lograr la pacificación social, cuando los mecanismos menos violentos no permiten encontrar esta solución, es decir, cuando no es posible la reparación como mecanismo de solución del conflicto, se lo debe redefinir mediante compensación, valiéndonos de la pena de prisión.

Y en este punto nos diferenciamos de las posturas infraccionales que consideran a la pena como la retribución al mal causado por la conducta delictiva o como

un modo de lograr la resocialización del delincuente, la estabilización del sistema normativo, o bien, dar cumplimiento a los fines preventivos que pudieran legitimarla.

Entonces, la cárcel, tal como la entendemos, es una respuesta compensatoria no reparatoria. Por ello, en la práctica resulta útil tenerla en cuenta para determinar el deslinde entre la aplicación del proceso compositivo, con respuestas reparatorias (conciliación/reparación) y el juicio de conocimiento, con respuestas compensatorias (pena de prisión).

En síntesis, la pena de cárcel, tal como la entendemos, no soluciona el conflicto, aunque sirva de compensación para la víctima y la sociedad.

Sin perjuicio ello, existen ciertos tipos de pena, (en los procesos de conocimiento), tales como trabajos comunitarios, multas, donaciones, etc., que pueden acercarse a la idea de compensación reparatoria y por ello formar parte también del proceso compositivo.

Si bien clarificar estos conceptos nos sirve de guía para encontrar respuestas útiles a los conflictos en el proceso penal, lo cierto es que no resulta posible construir un criterio matemático para resolver todos los casos.

Y en esta búsqueda, debemos valernos de los principios de *ultima ratio* que giran alrededor de la economía de la violencia y esa economía se verifica en relación con condiciones sociales e institucionales determinadas, además de otros principios de tipo general o universal, propios de la perspectiva de los derechos humanos.

Lo que intentaremos en este trabajo, es definir con mayor precisión la idea de “compensación reparatoria”, partiendo de la conceptualización propuesta por Binder, la cual involucra a la reparación y conciliación en el ámbito penal, para tratar de desentrañar las reglas propias de este proceso compositivo que permita garantizar la resolución de los conflictos de manera clara y uniforme.

d.- REGLAS DEL PROCESO COMPOSITIVO

Más allá de las precisiones conceptuales, lo importante sería construir una guía práctica para lograr discernir cuando aplicar un tipo de reglas procesales u otra, a fin

de alcanzar una herramienta de utilidad para los operadores del sistema procesal penal y que constituya una garantía de seguridad e igualdad para las partes.

Siguiendo a Binder (2018:100) en esta búsqueda, el autor se vale de tres principios que podemos utilizar en la práctica judicial:

1.- Cuando se deba aplicar una pena de prisión, entonces no es posible regirse por las reglas del proceso compositivo, ya que ellas solo funcionan cuando se trata de solucionar el conflicto, no de redefinirlo mediante el uso de la violencia.

En este punto creo importante aclarar que, si bien en los casos en que sea necesaria una pena de prisión debemos estarnos a las reglas del proceso de conocimiento, no por ello debemos dejar de lado la utilidad de la reparación del daño, como modo de atenuar la pena conforme a los alcances de merituación propuestos por la norma de fondo (artículos 40 y 41 del Código Penal).

2.- El segundo principio aplicable es que el imputado siempre tiene que tener abierta la posibilidad de llevar su caso al juicio de conocimiento en cualquier etapa del proceso compositivo.

3.- El tercer principio se relaciona con la consideración de qué se entiende por solución de conflicto y en este sentido es importante tener presente que, para nosotros, solución de conflicto y reparación o compensación reparatoria son sinónimos, entonces lo que se considere solución de conflicto dependerá de la propia perspectiva de los involucrados.

Así, si existe pluralidad de víctimas con perspectivas diferentes, habrá que determinar cuál de ellas es portadora de un interés preponderante. Si hay desacuerdo entre las diferentes perspectivas, será necesario un proceso de conciliación que incluya la mediación profesional.

Finalmente, desde el análisis de la dimensión objetiva de los conflictos traídos al proceso compositivo, es necesario que la solución se refiera al núcleo de la controversia, además esa solución debe tener la capacidad de generar una situación de armonía o tolerancia o, por lo menos, una expectativa de ellas, que garantice cierta estabilidad, consolidando composiciones reparatorias con expectativa de permanencia.

III.- REPARACION CIVIL Y PROCESO COMPOSICIONAL

Resulta claro a esta altura que el derecho penal tiene por objeto garantizar la armonía y paz social, por lo que su función básica debe centrarse en solucionar los conflictos valiéndose de todas las herramientas que integran el sistema jurídico en general, y entre ellas la reparación civil.

Por su parte, el concepto de reparación civil ha ido desarrollándose en nuestra legislación y doctrina, derivando en el nuevo Código Civil y Comercial la ampliación de sus concepciones tradicionales.

Así la nueva redacción del artículo 1740 del Código Civil establece el principio de reparación plena: *“La reparación del daño deber ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por pago en dinero o en especie”*.

Y el artículo 1739 del Código Civil refiere que *“la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida”*.

Vemos así que la nueva legislación civil es amplia y clara otorgando un marco constitucionalizado de los alcances del deber de evitar causar un daño o agravarlo.

Este avance de las reglas de responsabilidad civil hacia formas precautorias y también sancionatorias refleja el carácter central que tiene la idea de solución del conflicto, como base de la reparación en todo el orden jurídico argentino.

Estas nuevas ideas incorporadas al régimen de responsabilidad civil visualizan el mismo movimiento que desde el derecho penal se orienta hacia las soluciones reparatorias como forma de dotar a la administración de justicia, tanto penal como civil, de mejores herramientas para gestionar la conflictividad y procurar la paz social.

Se advierte así que las reglas de responsabilidad civil han evolucionado desde una visión individualista y patrimonialista del caso hacia el aumento de sus funciones sociales, incorporando la idea de reparación integral del conflicto. Mientras que en los nuevos sistemas de justicia penal también se vislumbra una evolución desde la unidimensionalidad de la pena de prisión a la utilización de muchas formas de respuesta reparatoria o de violencia de baja intensidad.

Esta circunstancia nos lleva a concluir que el sistema jurídico en su totalidad, como sistema de gestión de conflictos sociales, se está orientando hacia una diversificación y flexibilización de respuestas.

Por otra parte, esta amplitud en el desarrollo de la responsabilidad civil en el proceso civil permite encausar adecuadamente el conflicto social y descomprimir el sistema penal, provocando una política de desincriminación de conflictos, en consonancia con el principio de *ultima ratio*. Es decir, se trata de la búsqueda paulatina de desincriminación de conductas penales, al ritmo de la contención de esos conflictos en el fuero civil con respuestas menos violentas, en consonancia también con el principio de economía de la violencia estatal.

En suma, la reparación civil cumple una función amplia en el propio ámbito civil, en el cual se debe promover su uso con fines preventivos y compensatorios a fin de fortalecer adecuadamente este nivel de conflictividad evitando sobrecargar al sistema penal.

Mas allá de estas conclusiones, es importante aclarar que la reparación civil y las teorías de responsabilidad civil en el derecho de daños, pueden también ser utilizadas para gestionar conflictos ya ingresados al sistema penal. Es decir, cuando el conflicto derive de una conducta delictiva, aún en esos casos resulta de gran utilidad la reparación civil mediante el proceso compositivo, como respuesta no violenta sin que cedan los fines preventivos del derecho penal, tal como desarrollaremos en el capítulo IV de esta obra.

IV.- LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO COMO HERRAMIENTA DEL PROCESO COMPOSITIVO

Dentro de lo que venimos llamando proceso de conocimiento, en nuestro Código Penal, vemos que el artículo 29 del C.P. establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar: 1.- La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba, y 3. El pago de costas.

Es pacífica la doctrina en cuanto a que la interpretación de estas reglas no genera modificación alguna al sistema indemnizatorio del Código Civil, por ello, en los procesos de conocimiento, al momento de dictar sentencia condenatoria, el juez puede valerse de las reglas del derecho civil para la reparación del daño.

Ahora bien, dentro del proceso compositivo, el presupuesto esencial para su aplicación lo constituye el acuerdo de partes orientado a construir una solución pacífica como mecanismo de gestión del conflicto generado por el delito.

Y en este sentido consideramos que, en esta concepción se encuentran comprendidas todas aquellas soluciones sustitutivas de la pena, inclusive aquellas que no consisten en una prestación directa a la víctima, como el trabajo o prestación de bien común a favor de la comunidad o de una institución de bien público (art. 27 bis inc. 8 del Código Penal) y también podrían incluirse cualquier tipo de soluciones conciliatorias, terapéuticas o educativas obtenidas por expresión de voluntad del propio autor o por consenso entre víctima y victimario.

Sin embargo, existe una visión crítica del sentido de reparación integral para quienes la equiparan a la indemnización en el sentido dado en el sistema de responsabilidad civil (Pastor, Lascano), ya que la idea de reparación para estos autores se centra en la reparación del perjuicio patrimonial de naturaleza civil, independizándose de la idea de conciliación.

Así, los partidarios de esta doctrina consideran a la conciliación una causal independiente, por lo que puede existir reparación sin acuerdo de partes, es decir, la extinción de la acción se puede dar de modo unilateral y no consensuado mediante la reparación civil, o de modo bilateral en base a un acuerdo conciliatorio.

Sin embargo, tal como se analizará con mayor profundidad en el próximo capítulo, desde nuestro punto de vista, centrado en la función del proceso penal orientado a la solución del conflicto en procura del restablecimiento de la paz y armonía social, compartimos el criterio de autores como Riquert y Binder, para quienes la reparación integral no debiera limitarse al aspecto patrimonial del derecho civil.

En efecto, como ya adelantáramos, la reparación en el proceso composicional no es equivalente a indemnización civil, sino que es mucho más que ésta. La reparación penal puede consistir en una indemnización civil a la víctima o a terceros (por ejemplo, compañía aseguradora), pero también, en un pedido de disculpas a la víctima, una conciliación entre autor y víctima, la realización de trabajos de reparación en beneficio de la víctima o de la comunidad, pagos en dinero a instituciones de utilidad pública, regalos a la víctima, etc.

Los autores del Proyecto Alemán alternativo sobre reparación penal la han definido del siguiente modo: “La reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante la prestación voluntaria del autor. Sirve a la restauración de la paz jurídica. La reparación debe tener lugar en primer lugar a favor del lesionado; cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad (reparación simbólica)”.⁵

En suma, la realidad impone buscar el modo de organizar la justicia penal, en el sentido de encontrar respuestas de mayor eficacia en la gestión del conflicto. Entre la variedad de conflictos y variedad de respuestas, debemos discernir, mediante reglas claras, en qué casos se pone en funcionamiento el proceso composicional con sus herramientas reparatorias y consecuencias de menor violencia estatal; y en cuales el de conocimiento con su respuesta punitiva de prisión.

⁵ Proyecto alternativo sobre reparación penal. Konrad Adenauer Stiftung A.C. CIEDLA 1998, pag. 13

CAPITULO III

PROCESO COMPOSICIONAL: LEGISLACION PROVINCIAL, NACIONAL E INTERNACIONAL

I.- RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA

Las reformas a los sistemas penales modernos han ido introduciendo progresivamente nuevas formas de gestionar los conflictos con menor contenido de violencia, incorporando a la víctima en la escena del proceso penal y utilizando a la reparación y la conciliación como mecanismo de respuesta de mayor eficacia que el encierro carcelario en aquellos delitos de menor gravedad.

Este movimiento de reformas penales se ve claramente reflejado en “Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁶, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en las cuales se propone dar impulso a las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación de este, promoviendo la utilización de medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, como modo de contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

⁶ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, capítulo II, sección 51.

Asimismo, el art. 5 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)⁷, prevé que “cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso...”.

Como veremos a continuación, se han incorporado soluciones distintas a la pena de prisión en los sistemas acusatorios/adversariales modernos, cuestión que era impensable en el proceso penal inquisitivo y aun en el mixto, en la medida en que el conflicto no se trababa entre ofensor y ofendido, sino con el Estado, impidiendo de ese modo la intervención de la víctima, e incluso estableciendo categorías de delitos sin víctima. Hoy se intenta dejar de lado estas posturas de concepción infraccional, para dar centralidad a la gestión del conflicto en los procesos penales, con la intervención de todos sus protagonistas en busca de respuestas de mayor eficacia.

a.- CÓDIGO PENAL ARGENTINO:

En este proceso de reforma, se introducen nuevos mecanismos de extinción de la acción penal mediante la ley 27.147⁸, ingresando en el centro de la discusión la idea de “solución del conflicto” a través de la modificación del artículo 59 del Código Penal. En particular la reforma refiere que “*La acción penal se extinguirá:*
6) Por conciliación o reparación integral”, señalando que lo será “*de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

Además, se incorporaron nuevas causales de extinción de la acción penal: “*por aplicación de un criterio de oportunidad*” y “*por el cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba*” (incisos 5° y 7° del art. 59 del C.P.), también sujeto a lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

⁷ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 18 de junio de 2015.

b.- CRITICAS A LA REFORMA:

Si bien esta reforma es consecuente con los cambios de paradigma que se plantean hoy en los sistemas penales y el modo de gestionar los conflictos, su incorporación a nuestra norma de fondo ha generado grandes críticas provenientes de quienes las consideran una “razón de impunidad”.

En esta visión encontramos a Daniel Pastor, quien efectúa una severa crítica a la reforma desde el punto de vista sustancial y procesal, ya que entiende que el legislador ha introducido una “causal de impunidad” por reparación o conciliación y además ha condicionado su procedencia a las “leyes procesales correspondientes”, circunstancia que arroja serios interrogantes y problemas en el reparto de competencias, cuestión que analizaremos más adelante.

Por el momento, solo nos interesa destacar de este autor su interpretación de la reforma en cuanto se refiere a la distinción conceptual entre “reparación integral” y “conciliación”, a las cuales considera dos formas autónomas de extinguir la acción penal. Básicamente el autor reduce la conceptualización de reparación, entendida exclusivamente como “reparación civil”.

Así, considera que la “*conciliación*” exige mutuo acuerdo de carácter bilateral entre el imputado y la víctima, mientras que la “*reparación*” comprende el cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (“integral”) las consecuencias indebidamente producidas por el hecho ilícito.

Esta interpretación lleva al autor a concluir respecto al riesgo que supone otorgar impunidad irrestricta a quien tenga capacidad resarcitoria ilimitada; como también en los casos en los cuales la víctima actúe extorsivamente para emitir su libre deuda al precio más alto que puede alcanzar a pagarle el imputado⁹.

Mas allá del aporte reflexivo que plantea la crítica de Pastor, nuestra postura se aparta conceptualmente de la misma, ya que, como nos hemos referido en el

⁹ PASTOR, R. Daniel en “La Introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el Derecho Penal Argentino”, Diario Penal, Columna de Opinión 11.09.2015.

capítulo anterior, entendemos que “*reparación integral*” y “*conciliación*” integran conjuntamente la idea general de “*solución del conflicto*”, por lo que, en el sistema penal, entendido como sistema de gestión de conflictos, la idea de reparación debe ir unida a la de conciliación, exigiendo siempre el acuerdo de las partes involucradas.

En efecto, la finalidad del derecho penal es la “solución del conflicto” generado por la conducta disruptiva, por lo tanto, la idea de “reparación integral unilateral”, resulta inconcebible en el esquema del proceso compositivo.

Otra de las críticas y discusiones tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial que ha traído la reforma del art. 59 del Código penal se centra en la consideración de estas causales de extinción de la acción como operativas, es decir, sin necesidad de regulación procesal local, o bien inaplicables hasta que su regulación sea establecida por las normas procesales.

Dentro de esta última postura encontramos a autores como Carlos Julio Lascano, quien considera que la nueva causal de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio (diferenciándola de la conciliación, al igual que Pastor), constituye una norma incompleta que no puede operar por sí sola, sino que necesita su complementación en otra norma jurídica a la cual remite, en este caso, al código procesal penal, que deberá regular con precisión a que delitos se puede aplicar y cuáles son los requisitos de procedencia (Lascano, 2016:119).

En este mismo sentido, es Daniel Pastor, quien, con cierta ironía, se refiere a la “genialidad legislativa” de la reforma, que nos enfrenta con la punibilidad de determinados casos, la cual es cancelada sin condicionamientos procesales (muerte, amnistía, prescripción, renuncia), mientras que en otros se remite a las condiciones procesales particulares, concluyendo que se puede hablar de cláusulas penal-penales (art. 59 inc. 1° al 4°) y otras que son penal-procesales (inc. 5° al 7°).

Sin embargo, a diferencia de Lascano, éste autor entiende que, cuando nos hallamos frente a códigos procesales que no establecen condicionamientos para la procedencia de la nueva causal de exclusión de la punibilidad, su ocurrencia eficiente en términos sustantivos civiles llevaría a la extinción de la acción penal, justamente porque no hay ningún requisito procesal, y esto llevaría, según él, a que tengamos un derecho penal subsidiario del derecho resarcitorio, conclusión que admite, es muy difícil de afrontar, aunque la regulación en análisis parece avalarla con independencia de las propias

preferencias y opiniones acerca de la conveniencia de su existencia y de su amplitud (Pastor, ob. cit., 2015).

En nuestra opinión, no cabe dudas que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, por lo que la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal indica que el Estado Federal ejerce cierto grado de potestad legislativa en materia procesal con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

En este sentido, compartimos el criterio de Riquert, quien entiende que, cuando los alcances concretos y precisos de la regulación de estos modos de extinción de la acción no estén delineados todavía en la norma procesal local, debería garantizarse a todo ciudadano en cualquier jurisdicción del país, un estándar mínimo, un piso que permita salvaguardar el principio de igualdad, sin dejar de lado la propuesta de Lascano de encontrar una solución unificadora a través de una ley convenio entre las provincias a fin de evitar desigualdades¹⁰, cuestión ésta que, a pesar de su complejidad, otorgaría mayores garantías y seguridad a los procesos compositivos locales.

Entendemos que este criterio resulta concordante y coherente con el texto de la reforma introducida por la ley 27.147 en el artículo 76 del Código Penal al referir que *“la suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este código”*, estableciendo así una regulación subsidiaria que garantice su aplicación para el caso de ausencia de regulación local.

Y este criterio ha sido receptado por la jurisprudencia en base a la interpretación normativa en concordancia con los principios de *ultima ratio* y *pro homine*. Así, por ejemplo, en el *“fallo Reynoso”* del Tribunal Superior de Córdoba¹¹ sostuvo que *“... dado que las nuevas disposiciones del Código Penal se encuentran vigentes para todo el país desde el mes de junio de 2015, actualmente resultaría inconstitucional negar su aplicabilidad en la Provincia de Córdoba invocando su falta de regulación procesal”*

¹⁰ Riquert, Marcelo A. La extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6, Cod. Penal). Revista El Derecho Penal, Octubre 2016, n° 10, pag.14, en donde efectúa una referencia a las posturas críticas de la reforma, teniendo especialmente en cuenta la posición de Lascano en cuanto a la conveniencia de unificar las reglas procesales para todas las provincias, lo cual resulta muy complejo ante la exigencia de un gran consenso interprovincial y nacional.

¹¹ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Reynoso, Gabriel s/ lesiones graves calificadas”, expte. n° 2094441 del 24 de noviembre de 2016.

penal local. En tal sentido, toda restricción provincial a esa vigencia comportaría una excepción a la pretensión de validez nacional uniforme pretendida por el citado art. 75 inc. 12 CN, introduciendo una diferencia local intolerable frente a las provincias donde sí se ha regulado, violando la garantía constitucional de igualdad del art. 16 CN”.

c.- SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA Y REPARACIÓN:

Si bien este instituto será analizado con mayor profundidad en el último capítulo de este trabajo, es importante destacar aquí que, en el contexto de reformas procesales mencionado, surgió previamente a la reforma del artículo 59 del código penal, la introducción del instituto de la suspensión del juicio a prueba, mediante la ley 24.316 incorporando los arts. 76 bis y ter a dicho cuerpo normativo.

En lo que respecta a la “reparación del daño” también resulta mencionada en el art. 76 bis, 3° párrafo del Código Penal, incluyéndola como un requisito de procedencia al determinar que *“al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente”*.

En conclusión, entendemos que, en este instituto, la reparación resulta ajena al proceso compositivo ya que no se refiere a la “solución del conflicto”, en la medida que no exige acuerdo de la parte damnificada, sino que queda a exclusivo criterio del juez la decisión respecto a la razonabilidad del ofrecimiento, dejando habilitada la acción civil correspondiente para el caso de no aceptación por parte de la presunta víctima. Sin embargo, como veremos en el último capítulo, ello no impide que los fiscales, en representación de las víctimas, realicen acuerdos reparatorios sobre la base del interés preponderante frente a la falta de acuerdo.

II.- LEGISLACIÓN PROCESAL

Como ya hemos referido, en este proceso de cambio, orientado hacia nuevas formas de gestionar los conflictos, economizando la violencia estatal y basados

en el principio de *ultima ratio*, las legislaciones procesales han incorporado reglas del proceso compositivo. Veamos:

1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE MENDOZA:

Nuestro Código contiene una disposición general prevista en el artículo 5 denominada “Solución del conflicto”, mediante la cual se impone a los Tribunales resolver “*el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas*”.

También contempla criterios de oportunidad otorgando al representante del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de suspender la persecución penal en casos de:

a.- Insignificancia o mínima culpabilidad de autor o participe o exigua contribución de este, siempre que no se encuentre afectado el interés público o lo haya cometido un funcionario público en ejercicio del cargo o con ocasión de él.

b.- Cuando se haya producido la solución del conflicto, exigiendo la acreditación sumaria del mismo y para el caso de conflictos familiares se requiere la intervención de mediadores tanto para la solución como para su control.

Asimismo, en el artículo 30 se regula el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba, diferenciándose de las exigencias del código penal en cuanto a la reparación del daño, ya que en este caso el imputado deberá ofrecerla sólo para el caso de que la víctima se hubiera constituido en actor civil.

Finalmente, se incorporan nuevas causales de sobreseimiento:

a.- Por conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido.

b.- Por cumplimiento del plazo de un año desde la suspensión de la persecución penal y no correspondiere dejarla sin efecto.

c.- Por el término de la suspensión del proceso o juicio a prueba habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

d.- Por cumplimiento de las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

En suma, las normas de nuestro código procesal resultan compatibles y en absoluta armonía con las disposiciones establecidas en la reforma al Código Penal, pudiendo así extinguirse la acción penal por conciliación o reparación integral del daño, conforme a esta regulación local mediante el sobreseimiento o bien la suspensión de la persecución o del procedimiento a prueba.

Además, el proceso penal mendocino incorpora reglas compositivas en los actos preliminares al juicio. Así, la nueva redacción del artículo 364 dispone que, al regular la audiencia preliminar ante el Tribunal Penal Colegiado, las partes podrán plantear la aplicación de algún criterio de oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecido la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a requerimiento del Ministerio Público Fiscal. También prevé a pedido del imputado o su defensor la suspensión del juicio a prueba, exigiendo el consentimiento fundado del fiscal para este supuesto¹².

2.- LINEAMIENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Entendemos que, con acertada técnica legislativa, el código procesal mendocino no estableció los casos en los cuales se pueden aplicar estas reglas compositivas orientadas a la solución de conflicto, dejándolo librado a los diferentes criterios y diseños de la política criminal que en un sistema procesal acusatorio y adversarial corresponde al Ministerio Público Fiscal establecer, conforme a la problemática social local de un determinado contexto, permitiendo así mayor flexibilidad.

En este sentido cabe mencionar a la Resolución 16/20¹³ de la Procuración Provincial, mediante la cual se determinan los criterios de política criminal en materia compositiva hoy vigentes.

Si bien nos explayaremos sobre este tema en el último capítulo, es importante mencionar que esta resolución impone un límite a los fiscales para la solución

¹² Texto s/ley 9040, BO 9/2/18.

¹³ Resolución de la Procuración General, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, de fecha 03/02/2020.

del conflicto, conciliación o realización de acuerdos reparatorios prohibiendo expresamente otorgar su consentimiento en los casos de violencia de género, reincidencia, cuando el autor sea funcionario o empleado público y cometiera el delito en ejercicio u ocasión de sus funciones, en los hechos que hayan causado muerte, lesiones gravísimas o hayan puesto en peligro la vida de la víctima y en los delitos en los cuales no hubiera transcurrido aún el año desde la suspensión de la persecución penal otorgada en otra causa penal.

3.- OTRAS PROVINCIAS

a.- Buenos Aires:

Se incorporaron los “criterios especiales de archivo” en el artículo 56 bis a través de la reforma de la Ley 13.943/09, introduciendo principios de oportunidad en el orden procesal provincial. Conforme a la norma citada, el Agente Fiscal puede archivar las actuaciones respecto a los hechos o partícipes cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado fueren insignificantes y el delito tenga una pena máxima que no exceda los 6 años de prisión (inc. a), cuando el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la pena salvo que mediare razón de seguridad o interés público (inc. b) o, finalmente, cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a los otros delitos imputados (inc. c).

La aplicación de estos criterios debe hacerse considerando “especialmente la composición con la víctima” y que el “imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo”.

La “situación de la víctima” vuelve a ser considerada en el art. 86, donde se dispone que “la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas” será tenida en cuenta en oportunidad de ejercer la acción penal, seleccionar la coerción personal, individualizar la pena en la sentencia o modificar su forma de cumplimiento en la etapa de ejecución.

Además, se dispuso en el ámbito del Ministerio Público el “Régimen de resolución alternativa de conflictos penales”, constituyendo un conjunto de reglas que permiten otorgar garantías y seguridad al proceso compositivo bonaerense (ley 13.433/06), siendo su finalidad el uso de mecanismos de resolución de conflictos, mediación y conciliación para pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez los perjuicios derivados del proceso penal (art. 2).

Es importante destacar que, en este régimen se regulan “*casos especialmente susceptibles de sometimiento*”, siendo hechos por motivos de familia, convivencia o vecindad y las causas cuyo conflicto sea de contenido patrimonial, siempre que no exceda la pena máxima de seis años. También se prevén “*exclusiones expresas*” cuando las víctimas sean menores (salvo leyes 13.944 y 24.270), cuando los imputados son funcionarios públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, en delitos dolosos contra la vida, la integridad sexual y robo, cuando se trate de delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (art. 6).

A modo de conclusión, es preciso resaltar la coherencia y concordancia de las referidas normas que dan base al proceso compositivo bonaerense con las previsiones de la reforma al artículo 59 del Código Penal vigente, como así también del nuevo proyecto de reforma al Código Penal Argentino el cual aún espera su aprobación legislativa¹⁴.

¹⁴ En el Título XIV, artículo 71 dispone que: Las acciones penales son públicas o privadas. El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá ejercer de oficio la acción penal pública, con excepción de la que dependiera de instancia privada. También podrá hacerlo la persona directamente ofendida, en las condiciones establecidas por las leyes procesales. No obstante, lo dispuesto en el párrafo segundo, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrá fundadamente no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el tribunal, hasta antes de la fijación de fecha de la audiencia de debate, en los siguientes casos: 1°) Si se tratase de hechos que, por su insignificancia, no afectasen gravemente el interés público. 2°) Si las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediasen razones de seguridad o interés públicos. 3°) Si la pena en expectativa careciese de importancia con relación a otra pena que ya hubiese sido impuesta o requerida. 4°) Si existiese conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios, en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos sin resultado de muerte, salvo que existiesen razones de seguridad o interés públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad. En los supuestos de los incisos 1° y 2° será necesario que el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuese posible. La persona directamente ofendida podrá interponer querrela dentro del término de SESENTA (60) días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiese el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará

b.- Neuquén:

El artículo 17 del C.P.P. refiere a que “Los jueces y fiscales procuraran la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso”.

c.- Chubut:

De modo similar, su artículo 32 del C.P.P. dispone “Los jueces procuraran la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en pos de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”.

d.- Córdoba

Luego del Fallo “Reynoso”, del Tribunal Superior de Justicia, al cual ya nos hemos referido en este trabajo, se exhortó al Poder Legislativo de esa provincia a cumplir con el mandato de regulación legal del artículo 59 del Código Penal.

Finalmente, se concretó mediante la Ley 10.457 introduciendo el artículo 13 bis al Código Procesal Penal de Córdoba, mediante el cual se regulan los criterios de oportunidad estableciendo que: “.. el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de un hecho insignificante;
- 2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional;
- 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño

extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se hubiese aceptado el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 1º, en que los efectos se extenderán a todos los intervinientes. No obstante, lo dispuesto en este artículo, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL no podrá hacer uso de los criterios de oportunidad si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género o hubiese estado motivado por razones discriminatorias.

físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena;

4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos;

5) Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido, y

6) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo.

Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna”.

Este Código en el artículo 13 ter también especifica los casos en las cuales no es posible disponer de la acción penal, siendo los siguientes:

1) En los casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo;

2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público.

Este sólo se considerará afectado cuando en el caso concreto se pueda estimar que:

a) La pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de ejecución efectiva;

b) El delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, o

c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de esta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13bis de este Código.

3) Cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito;

4) Cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina;

5) Cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves;

6) Cuando se tratare de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y

7) Cuando se tratare de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumarlos. El fiscal general, con el fin de fijar las políticas de persecución penal -artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba-, podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante el dictado de instrucciones generales”.

e.- Santa Fe

De modo similar el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe establece los criterios de disponibilidad de la acción penal mediante el artículo 19 facultando al fiscal a no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, contemplando expresamente la “conciliación” en el inciso 5): “Cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad;” y en el inciso 6): “Cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público, se encuentre comprometido el interés de un menor de edad, se

hubiesen utilizado armas de fuego para la comisión, o se tratase de un hecho delictivo vinculado con la violencia de género”.

Para este último supuesto de conciliación, se exige que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

Finalmente dispone que cuando el hecho delictivo cuya persecución se prescindiera o limitara, tuviere una pena máxima de reclusión o prisión de seis (6) años o más, se requerirá el consentimiento del Fiscal Regional respectivo¹⁵.

En sentido similar recogen estos principios el Código Procesal Penal de Rio Negro (art. 14), el de Tucumán (art. 13), La Pampa (art. 15), Santiago del Estero (art. 61) y Jujuy (art. 101).

4.- Código Procesal Penal de la Nación

Se advierte en la redacción del Nuevo CPP de la Nación, dispuesto por Ley 27.063, un intento de armonizar las disposiciones referidas al ejercicio de las acciones penales, en consonancia con la reforma del Código Penal por la Ley 27.147 mediante la modificación del artículo 59.

En este sentido, el artículo 22 del Nuevo Código Procesal de la Nación, en el título “Solución de Conflictos”, establece que “los jueces y los representantes del Ministerio Público procuraran resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencias a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social”.

También se establecen los criterios de disponibilidad de la acción por parte del representante del Ministerio Público Fiscal en el artículo 30, mediante a) criterios de oportunidad; b) conversión de la acción; c) instrumentos internacionales o instrumentos generales del Ministerio Público fundadas en criterios de política criminal.¹⁶

¹⁵ Artículo 19 conforme el Artículo 2 de la Ley N° 13.746.

¹⁶ Artículo 30.- Disponibilidad de la acción. El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a) Criterios de oportunidad; b) Conversión de la acción; c) Conciliación; d) Suspensión del proceso a prueba.

Por su parte, se incorpora el principio de oportunidad en forma reglada, estableciendo que los criterios de oportunidad pueden basarse en casos de insignificancia y pena natural, entre otros¹⁷.

También se regula el instituto de la “conciliación” al disponer el artículo 34 que “... 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”.

En síntesis, vemos que en general, las legislaciones procesales locales han regulado diversos mecanismos de respuestas composicionales y su estructura de procedimiento, pero lo que nos interesa destacar es que más allá de las variaciones semánticas, todas estas legislaciones tienen en común:

1.- Que jueces y fiscales *procuraran*, es decir, proactividad de los funcionarios públicos para expandir el proceso composicional, con la particularidad que

No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

17 Artículo 31.- Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes:

a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

se admite esa proactividad a los jueces, lo que debe ser realizado siempre en el marco general de las reglas de un sistema acusatorio.

2.- La idea del conflicto amplía el concepto estricto de hecho punible (conflicto primario, conflicto que surge del hecho, etc., son algunas de las frases que utilizan las leyes, diferente al concepto de delito).

3.- Reconocimiento de la finalidad de restablecer la armonía (en sentido amplio) entre los protagonistas (no habla estrictamente de “partes”, evitando una mirada formal sobre la extensión del conflicto).

4.- Reconocimiento de la finalidad de procurar la paz social, como finalidad trascendente al conflicto mismo, anteponiéndolo a la búsqueda de la verdad real y justicia.

5.- La preferencia de estas soluciones al uso de la pena de cárcel, prevaleciendo el principio de “*ultima ratio*”.

A modo de conclusión, se advierte del análisis normativo efectuado, el avance de las reformas que propicia la incorporación del proceso compositivo como regla básica en los procesos penales actuales, a fin de encontrar formas de resolución de conflicto de mayor eficacia y economía de la violencia estatal.

III.- LEGISLACION COMPARADA

Excede la extensión de este trabajo efectuar un análisis legislativo internacional, sin embargo, es claro que la gran mayoría de los países, al menos de cultura occidental, incluidos los del *common law*, han incorporado a sus legislaciones penales, modos de resolución de conflictos distintos a la pena de prisión, por ello mencionaremos algunos a modo ejemplificativo.

a.- Common Law

En los países que poseen este sistema, se advierte en general una mayor flexibilidad para disponer y negociar el ejercicio de la acción penal. Entendemos que una

de las razones de esta conclusión se deriva de la inexistencia de un sistema normativo codificado.

Silva Sanchez refiere que, en estos sistemas, en materia penal se trabaja con programas de mediación los cuales se diferencian de los programas de mera reparación (*Restitution Programs*), ya que cuando se trata de delitos de diversa índole la finalidad va más allá de la mera reparación del daño. El objetivo es una educación mutua de las partes que lleve a la plena reconciliación y una recuperación de la paz social. Ello implica que los aspectos morales-simbólicos prevalezcan en muchos casos sobre los materiales y estrictamente jurídicos¹⁸.

En este sentido podemos mencionar en Estados Unidos la llamada “*Victim and Witness Protection Act*” de 1982, mediante la cual se otorga la posibilidad a los tribunales de imponer al autor como sanción independiente la reparación del daño que la víctima ha sufrido, constituyendo una regla básica, ya que, si el Tribunal rehúsa a su aplicación, ha de motivarlo por escrito.

También en Canadá existe la “*Law Reform Commission of Canada*” mediante la cual se conforman alternativas al proceso penal a través de mecanismos de conciliación entre las partes, para delitos de menor gravedad; y en 1988 fue sancionada una ley que modificó Código Penal estableciendo la posibilidad de que el juez penal imponga la reparación del daño.

b.- Código Penal Español:

Esta legislación reconoce específicamente a la reparación como eximente de pena en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, artículos 305 y 307¹⁹.

¹⁸ Silva Sanchez, Jesus Maria: Medios no judiciales de reparación a la víctima. La Ley 1993-B, 815.

¹⁹ En ambos preceptos se contempla una cláusula, la de regularización, que permite la completa exención de pena cuando el sujeto reconoce y paga su deuda tras la defraudación antes del descubrimiento administrativo o judicial del hecho. La fórmula es la siguiente: “El que, por acción u omisión, defraude (...) será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”. Es ese apartado 4 (apartado 3 en el caso del art. 307, relativo a la Seguridad Social) el que establece cómo proceder a la regularización: “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación

Sin embargo, donde más se ha desarrollado la incidencia de la reparación en el sistema penal español, es en el proceso de conocimiento, considerándola atenuante genérica en el art. 21.5 de Código Penal en cuanto dispone que atenúa la pena la circunstancia de: “... haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

La reparación del daño también tiene efectos sobre la pena, en los procesos de conocimiento en delitos contra el medioambiente (artículos 339²⁰ y 340²¹).

Por otro lado, esta legislación contempla a la reparación del daño como condición de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3 C.P.), incluso para el caso de los drogodependientes (art. 87 C.P.) y como sustitutivo de pena: art. 88 C.P. prevé como criterio el esfuerzo por reparar el daño causado. Finalmente se otorga relevancia al cumplimiento de la responsabilidad civil como condición para la suspensión de la ejecución condicional de la pena de prisión (art. 83 C.P.).

c.- Acuerdos Reparatorios en la legislación Chilena:

El código procesal de Chile legisla los denominados “acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima” cuya consecuencia es la extinción de la acción penal. Cabe aclarar que la República de Chile tiene un sistema unitario de gobierno, por lo que el proceso penal está regulado mediante un único código que rige para todas las regiones del país.

En dicho Código procesal se encuentran regulados los acuerdos reparatorios en los artículos 241 al 244. Allí se establece la procedencia de estos acuerdos

tendientes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias (...).”

²⁰ “Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”.

²¹ Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

para delitos de carácter patrimonial, delitos culposos y algunos dolosos como lesiones menos graves. Se requiere la verificación del acuerdo ante el juez de garantía, quien controlará que el consentimiento sea brindado en forma libre y con pleno conocimiento de los derechos que asisten a cada parte.

d.- Derecho Penal Alemán:

Esta legislación contempla la posibilidad de conciliación entre autor y víctima. Así, para el caso de que el autor se esfuerce hacia la reparación del daño, será considerado positivamente a los efectos de la medición de la pena (§46 y § 46a StGB), de la concesión de la suspensión condicional (§ 56 StGB) y para la amonestación con reserva de pena (§ 59 StGB).

Entiende Galain Palermo, que la doctrina alemana es conteste en que el esfuerzo reparador que se traduce en una reparación efectiva del daño puede conducir a una total renuncia a la pena, o al menos a una importante disminución de esta. En este sentido consideramos que el autor hace referencia a la incidencia de la reparación del daño en los dos tipos de procesos (composicional y conocimiento), más allá que en su obra no efectúe dicha distinción conceptual.

Sin embargo, el legislador alemán sólo permite la atenuación o dispensa de pena, cuando haya existido una conciliación (o su intento formal); hecho que no puede darse en todos los casos y que por lo tanto delimita las posibilidades de la reparación como dispensa de pena. No siempre es posible el encuentro entre autor y víctima luego de la comisión de un delito. En algunos casos, incluso no sería aconsejable.

La segunda limitación, según el autor referido, la encontramos en los delitos que pueden ver extinguida la pena por esta vía, contemplados tan sólo aquellos que tengan como pena máxima un año de cárcel o 360 días–multa²².

²²Galain Palermo, Pablo. **¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. 2005.** [Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja \(REDUR\) 10.18172/redur.3862](https://www.redur.org/revista-electronica-de-derecho-de-la-universidad-de-la-rioja/redur.3862) (última consulta 25/01/2021).

d.- Otras legislaciones Europeas:

En general todas las legislaciones penales modernas han avanzado en mecanismos de respuesta centrados en la participación de los protagonistas del conflicto y en procura de su solución.

A modo de ejemplo, podemos referirnos a las reformas del Código Penal Austriaco, que introdujo dos nuevos estímulos materiales para la reparación del daño (183b, 34, 42 y 167), ellos son el “*arrepentimiento activo*” y la “*ausencia de merecimiento de pena del hecho*”.

En Suiza, el art. 41 inc.1º del Código Penal dispone el resarcimiento del daño constatado judicialmente o por acuerdo como condición indispensable para la suspensión de la pena y también exige como condición para la rehabilitación judicial, la restitución del daño ocasionado.

En igual sentido a la legislación española, el Código Penal Italiano considera a la reparación integral del daño como una causa general de atenuación de la pena cuando tiene lugar antes del debate (art. 62-6), o cuando el autor toma, con anterioridad a ese momento, medidas voluntarias y efectivas destinadas a reducir el daño no solo podrá atenuarse la pena, sino eximirse de ella (arts. 467-1, 469-2).

En síntesis, del breve análisis legislativo efectuado, se advierte con claridad la adecuación normativa de las reformas penales orientadas a gestionar los conflictos entre sus verdaderos protagonistas, buscando respuestas de menor contenido punitivo mediante la incorporación de reglas compositivas.

Sin embargo, el éxito de la implementación de estos procesos compositivos y la reparación del daño como su principal herramienta no se encuentra condicionado por el factor normativo, sino por el cultural de los operadores jurídicos, aferrados al modo de ejercicio del poder punitivo centrado en el paradigma infraccional.

Por ello, creemos que la adecuada implementación de estas reformas procesales dependerá, no solo de la existencia normativa que dé base al sistema compositivo, sino fundamentalmente de la creación de estructuras institucionales serias, las cuales deben ir acompañadas de un cambio de paradigma centrado en la gestión del conflicto, dejando de lado el tan arraigado paradigma infraccional.

Para ello, resulta necesario contar con una adecuada capacitación de los operadores judiciales, acompañada de compromiso y vocación de estos en la elaboración de políticas criminales organizadas en la especificidad de cada conflicto y la identificación de sus víctimas, como así también de jueces y defensores proactivos en la búsqueda, identificación y aplicación de reglas claras y uniformes para gestionar los conflictos penales que ingresen al proceso compositivo.

CAPITULO IV

LA REPARACION Y LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA. ANALISIS DE LAS TEORIAS DE LA PENA Y OBJECIONES A LA TESIS SOBRE SU CAPACIDAD PREVENTIVA

I.- IDEAS INTRODUCTORIAS

La necesidad del Derecho Penal de encontrar respuestas que traigan consecuencias distintas y menos violentas que la pena de cárcel, así como también las ideas de orientación hacia las víctimas, ha puesto en la escena central a la reparación del daño y sus fines preventivos.

Lo fundamental es preguntarnos para que sirve hoy el derecho penal; y si la respuesta es la sanción penal, entonces donde ubicamos a la reparación: ¿dentro del sistema de sanciones?, ¿cómo una circunstancia ajena al derecho penal, pero con influencia en el proceso en cuanto a las consecuencias del delito?

Estas son algunas de las preguntas que se plantean cuando pensamos a la reparación como una herramienta para diversificar la respuesta punitiva.

La discusión doctrinaria ha sido ardua en el intento de explicar o atribuir a la reparación alguna función preventiva, en el ámbito de las teorías de la pena.

Pero lo valioso de estas discusiones es la orientación de las respuestas penales hacia la víctima, en el marco de un sistema de garantías que integra a estos protagonistas, pero sin perder de vista los fines del derecho penal desde el punto de vista preventivo.

Y el avance de estas discusiones nos lleva a preguntarnos ahora lo siguiente: ¿la reparación dentro del sistema penal responde a los fines de la pena?, o más aún, ¿es necesario que la reparación cumpla con los fines preventivos de la pena, o sería mejor repensar el sistema de respuestas punitivas?; y en este camino preguntarse no ya el porqué de la pena, sino más bien, ¿porque no la reparación en lugar de la pena?.

En este capítulo se analizarán las diversas discusiones doctrinarias que intentan explicar a la reparación y sus fines preventivos en el ámbito del derecho penal, para luego extraer conclusiones respecto a la utilidad de esta discusión.

II.- ROXIN Y LA TERCERA VÍA

Este autor considera recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida de seguridad, como un “tercer carril” del Derecho Penal. Así como la medida de seguridad sustituye o complementa la pena en aquellos casos en los cuales la pena, por razones que excluyen la culpabilidad, no se puede justificar; la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima.

Así como el principio de culpabilidad reclama el segundo carril de la medida, el principio de subsidiariedad suministra legitimación político-jurídica a la reparación como instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola (Roxin, 2008:155).

Para Roxin, la idea de reparación es autónoma al derecho civil, integrándola dentro del sistema de consecuencias jurídico-penales, ya que implica un aporte esencial para el logro de los fines de la pena por su efecto resocializador, obligando al autor a enfrentarse a las consecuencias directas de sus hechos y a conocer los intereses legítimos de las víctimas.

En efecto, afirma este autor que la legitimación jurídico-política de la reparación del daño como tercera vía dentro del sistema de sanciones se basa en el principio de subsidiariedad: reemplazaría la pena o la atenuaría en forma complementaria en aquellos casos en que los fines de la pena y las necesidades de la víctima pueden ser satisfechos tan bien o mejor con una pena no disminuida, o mejor que con ella.

En cuanto a los fines preventivos, para Roxin la respuesta punitiva de la reparación tiene una función de prevención general positiva de la cual se deriva lo que él llama “*prevención integrativa*”, que estaría orientada al efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación con el quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor.

Del mismo modo, considera que desde el punto de vista preventivo especial, la reparación tiene efectos positivos, explicando que, por intermedio de la obligación de reparar, el autor toma verdadera conciencia de los daños causados y de la persona del ofendido. Considera que ello puede generar en el autor efectos promotores de la resocialización y puede incluso acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando se lleva a cabo voluntariamente y de ese modo se evitan las consecuencias negativas que en sí y por sí misma tiene ya la privación de la libertad.

En suma, Roxin considera que la reparación puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo especial como general, sin embargo, advierte que su consideración en el sistema de sanciones no significa una privatización del derecho penal ni la promoción de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena.

Para él la reparación sería una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla.

Continuando con este esquema de reparación y su relación con la indemnización civil, Roxin se pregunta si la misma conduce a una aproximación del derecho penal y el civil, concluyendo en que se da un ensamble de ambas ramas del derecho que se corresponde con su función común de solucionar conflictos sociales de manera cuidadosa y pacificadora.

En este sentido, Pablo Galain Palermo efectúa una consideración especial a la posición de Roxin, interpretando a la reparación desde un punto de vista penal, es decir, prevención general positiva (retorno de la paz jurídica, de la confianza en la norma, estabilización de la norma como pauta de conducta), prevención especial positiva (menor índice de peligrosidad del autor, intento de retorno a la vida pacífica en sociedad), prevención general negativa (a partir de la exigencia de Beccaria: «certeza y prontitud de la pena antes que severidad») y con el límite de la retribución (proporcionalidad), pueden

considerarse determinados actos de reparación como «sustitutos» de la pena, por dar satisfactorio cumplimiento a los fines que con ésta se pretenden obtener.²³

III.- CRITICA DE HIRSCH

Si bien este autor reconoce la importancia y centralidad de la discusión sobre la reparación dentro del derecho penal material, es crítico a la postura de Roxin en cuanto la considera como una sanción penal independiente y subsidiaria a la pena, es decir, una tercera vía.

Entiende este autor que, para el caso de que sea entendida como subsidiaria de pena con fundamento en los efectos preventivo general y especial, la reparación civil también tiene un efecto de prevención general y no se puede discutir que el autor generalmente la viva como un mal (prevención especial). Por ello la referencia de que la reparación se entiende como un mal con efecto de prevención general no proporciona civilmente ningún conocimiento nuevo.

Así, el autor entiende que una cosa que en Derecho civil es resarcimiento, no se convierte en pena porque se practique en el Derecho penal, dado que el efecto para el autor y la víctima es, en ambos casos, el mismo.

Concluyendo que, si para un grupo de casos se considera a la imposición de la reparación como la única consecuencia jurídica posible, entonces, hay que excluirla del derecho penal, o por lo menos, de la persecución penal.

Por otro lado, entiende que, si la reparación sustituye a la pena, su función se reduce a la solución del conflicto surgido entre autor y víctima, negando los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, en la conservación del ordenamiento jurídico y la protección de las próximas víctimas (víctimas potenciales).

También es crítico de la visión de la tercera vía desde el punto de vista de la víctima al preguntarse cuál es el beneficio para ella, ya que una condena a la reparación

²³ Galain Palermo, Pablo. **¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. 2005.** [Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja \(REDUR\) 10.18172/redur.3862](https://doi.org/10.18172/redur.3862)

del daño se logra también en el proceso civil. La respuesta podría encontrarse en la ventaja del escaso riesgo de costos para el ofendido y en el hecho de que la determinación de la culpa resulta *ex officio*, reconociendo que se trata de beneficios económicos que podrían legitimar la unión del proceso civil y del proceso penal pero no de la incorporación de la reparación en el grupo de sanciones penales (Hirsch. 2008.67).

Se pregunta además si la reparación, entendida como sanción penal autónoma según Roxin, en caso de incumplimiento trajera como consecuencia la pena privativa de la libertad con carácter supletorio, entonces sería el regreso a la “cárcel por deudas”. Así, entiende este autor que la competencia del Derecho Penal para la solución general de los conflictos tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal.

Finalmente concluye que las funciones del derecho penal no pueden ser ampliadas arbitrariamente, sino que están ontológicamente limitadas. Por ello conserva la reparación su carácter civil, incluso cuando se incorpora al derecho penal. Esta idea trae como consecuencia que el autor tenga la posibilidad de ganarse consecuencias jurídicas penales atenuadas con la reparación del daño. Y esto también redundaría en beneficio de la víctima, porque el otro castigo amenazante y no atenuado se presenta al autor como medio adicional de presión para que se ocupe de la reparación. (Hirsch. 2008.90).

El autor es partidario de la incorporación de la reparación en el sistema penal desde el punto de vista de sus efectos, considerando que, para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también recurrirse a otras ramas del ordenamiento jurídico, tales como el derecho civil, el derecho de seguros y el derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del Derecho, diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley.

IV.- POSICION GARANTISTA DE FERRAJOLI

Este autor es partidario de un derecho penal mínimo, como técnica de tutela de los derechos fundamentales del sometido a proceso, lo que se traduce en impedir que los individuos tomen justicia por propia mano, es decir, en minimizar la violencia en la sociedad.

Entiende que la pena no sirve solo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos. Que la misma no solo tutela a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las razones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la pena “mínima necesaria”, no solo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito, concluyendo que a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales (Ferrajoli: 2000.332).

En conclusión, considera que el fin del derecho penal es la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. En este sentido, justifica la ley penal en tanto ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte.

Compartiendo esta postura, pero con un enfoque más amplio que incluya también los derechos de las víctimas, se encuentra la posición de Rita Mill, para quien esta línea de pensamiento “garantista” puede ofrecer un ámbito real para el rescate de la víctima como ser humano responsable, que cumple también un papel social, con los atributos relativos a su personalidad, en especial si reconocemos su derecho a la autodeterminación en el sistema penal. Y, a la vez, representa una confirmación acerca de que cualquier rescate del protagonismo de la víctima en el sistema penal es parte de una política criminal orientada a la subsidiariedad del sistema, a los principios de mínima injerencia y *extrema ratio*, es decir, se corresponde con la llamada política criminal a favor del autor. (Mill:2013.69).

V.- SILVA SANCHEZ Y LOS LIMITES DE LA DESPENALIZACION

En referencia a la reparación como alternativa a la pena, este autor refiere que el interés en el resarcimiento y la predisposición a soluciones informales son tanto más elevados en cuanto menor es la gravedad del hecho y van disminuyendo a medida que este se va aproximando al núcleo del derecho penal. Por ello se pregunta si las vías extrajudiciales de reparación a la víctima constituyen una solución defendible para todo

tipo de conflictos penales, o solo para conflictos de poca entidad, como pequeños hechos contra la propiedad, lesiones leves, etc.

Para responder a este interrogante, entiende que se debe separar el análisis de en qué medida la reparación del daño puede ser un medio adecuado para el cumplimiento de los fines del derecho penal y el análisis de en qué medida pueden cumplirse dichos fines a través de vías de mediación extrajudicial.

En este sentido concluye que la reparación tiene un valor satisfactorio, que puede incluso resultar preventivo frente a reacciones informales de venganza por parte de la víctima y también puede fomentar valores positivos en la persona del delincuente. La cuestión es, si la reparación puede tener los efectos preventivo-generales que se esperan de una reacción jurídico-penal, dedicada a proteger los bienes jurídicos esenciales de la comunidad frente a las agresiones más graves realizadas contra los mismos.

Y esta cuestión se ha intentado responder de dos modos: desde perspectivas de prevención general negativa o intimidatoria, se ha dicho que los efectos de la reparación pueden ser incluso superiores a los de la multa. Desde perspectivas de prevención general positiva o integradora, se ha subrayado que la reparación es, en muchos casos, suficiente para reafirmar el Derecho en la conciencia de los ciudadanos y restablecer la paz jurídica. Si bien el autor reconoce razón a ambas posturas, considera que ellas mismas definen lo limitado del ámbito de la reparación del daño como reacción jurídico-penal autónoma.

Entiende en este sentido que sólo como reacción a hechos penalmente ilícitos de muy poca gravedad podrá recurrirse a la reparación sin que ello tenga consecuencias inaceptablemente negativas, tanto sobre los delincuentes potenciales como sobre la paz jurídica y la conciencia jurídica de la población. En muchos casos, incluso, es posible que se trate de hechos que merecerían ser despenalizados y lo más práctico y coherente sería la mera despenalización, con la remisión al derecho civil.

Sin embargo considera la posibilidad de que existan hechos que se encuentren en el límite entre lo que debe y no debe despenalizarse, en estos casos, cabe para él, el mantenimiento de la tipificación penal (norma primaria), unido a la posibilidad de que la reparación sustituya a la sanción penal clásica, tenga un doble efecto: por un lado, un efecto preventivo que resulta necesario y, en cambio, desaparecería con la plena remisión del hecho al derecho civil; y por otro lado, los efectos satisfactorios y socializadores positivos muy superiores a los de las sanciones penales clásicas.

Sin embargo, la crítica más importante de este autor se refiere al peligro que acarrea la flexibilidad característica de los acuerdos de reparación para la vulneración de las garantías del estado de derecho, como las derivadas de los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad. Incluso considera que la voluntariedad puede verse vulnerada ya que el delincuente sabe que si fracasa la mediación le espera el proceso y la sanción penal convencional, por lo que acude a la reparación bajo presión.

Por todo ello, concluye el autor que las vías extrajudiciales de reparación deben reservarse para supuestos en el límite de la despenalización, supuestos que, hallarían más coherente ubicación en el seno del derecho civil²⁴.

VI.- LA REPARACIÓN MÁS ALLÁ DE SUS FINES PREVENTIVOS

La visión de Julio Maier, punto de partida de la propuesta de Alberto Binder, a quien seguimos en esta obra, se ocupa del problema de la reparación como parte de un tema más general: los distintos tipos de Estado que se expresan a través de distintos modelos de derecho penal y procesal penal.

En su terminología, Maier refiere que *“frente al derecho penal como poder del Estado, centralizado, producto de la modernidad, se alza otra manera de observar el derecho penal como forma de solución de conflictos”* (citado por Binder 2018:136).

Ambos autores destacan la importancia y conveniencia de la reparación y su relación con el poder penal, señalando que, si bien no es un tema nuevo, en la actualidad se plantea una nueva consideración.

Refiere Maier que *”su novedad consiste en el retorno de la composición, del consenso y, en fin, del principio de autonomía de la voluntad individual al centro de la escena penal, mediante el efecto de desplazar, total o parcialmente, su instrumento característico, la pena estatal y, con ello, toda o parte de la aplicación del sistema penal en su conjunto, en especial, su manera característica de pensar que desarrolla una organización social sobre la base de premios y castigos, pecadores y virtuosos, obedientes y desobedientes, condenados e inmaculados, imputados y no procesados (..)*. Este retorno elimina, por principio, la mayor acumulación de poder estatal tras las normas de derecho

²⁴ Silva Sanchez, Jesus Maria: Medios no judiciales de reparación a la víctima. La Ley 1993-B, 815.

penal e inclina la balanza hacia un sistema que contemple también al derecho penal, aun parcialmente, como un regulador de conflictos sociales, que busca su solución por intermedio de acuerdos racionales sobre la paz social” (Maier, Julio, citado por Binder 2018:137).

Se destaca en la visión de Maier, el cambio de paradigma respecto a la finalidad del derecho penal, centrado ahora, no en su función preventiva, sino en la capacidad de gestionar los conflictos mediante el desplazamiento de la pena y su retorno a la idea de composición para la búsqueda de acuerdos en la regulación de los conflictos sociales.

VII.- POSICIÓN DE ALBERTO BINDER

Este autor, al igual que Hirsch, es crítico de la idea de reparación como tercera vía. Entiende que si bien desde el punto de vista político-criminal, Roxin describe con claridad todas las ventajas que la incorporación de la reparación trae para el conjunto de herramientas que se usan en la justicia penal, lo considera “mezquino” a la hora de extraer consecuencias de estas ideas.

En este sentido, considera el autor, que el modo en que Roxin explica las relaciones entre el derecho penal y el derecho civil responde a una visión sesgada, ya que incorporar de un modo lineal el sistema de reparación civil al sistema de sanciones y penas propio del derecho penal genera la inmediata traspolación de muchos conceptos y tradiciones del derecho penal y los superpone de un modo acrítico, al esquema conceptual de la reparación civil (Binder 2018:124).

Entre la posición de Roxin, que busca darle a la reparación civil un lugar importante en el funcionamiento de la justicia penal pero a costa de incorporarla a su aparato conceptual y distorsionar el sentido de ella, a través de su conversión en un instrumento penal; y la posición de Hirsch que, si bien reconoce la importancia de la reparación civil, entiende que se debe seguir el esquema tradicional, solo que prestándole más atención en la práctica sin alterar su naturaleza de instrumento civil (se refiere, como ya vimos, a su importancia en la determinación de la pena y en la suspensión del proceso a prueba), entre ambas posiciones, se encuentra el criterio de Alberto Binder.

En este sentido, el autor le otorga centralidad y primacía a la responsabilidad civil y su uso en la justicia penal, pero rechaza convertirla en un instrumento penal.

Reconoce que la separación entre pena y reparación es posible realizarla en el plano conceptual, pero mantiene un alto nivel de artificialidad en el mundo social. Los teóricos del derecho penal confunden esas dimensiones y creen que los sistemas clasificatorios deben imponerse por sobre las necesidades sociales. (Binder 2018.133).

Por ello considera totalmente impropio e inconveniente decir que existe un único sistema de sanciones penales, conformado por tres vías (la pena, la medida de seguridad y la reparación), referenciando las críticas a las medidas de seguridad y su arbitrariedad frente al sistema de garantías, lo cual se replica a la consideración de la reparación como tercera vía.

Entiende, desarrollando el pensamiento de Julio Maier, que la incorporación de la reparación en el ámbito del sistema penal no es simplemente la incorporación de una herramienta más, sino la adopción de otra manera de ver al derecho penal y de entender las funciones político-criminales del sistema penal.

En este sentido, la incorporación de herramientas reparatorias no es una moda, sino un elemento central y permanente de una política criminal eficaz, que busca reducir el poder penal con respuestas más eficientes para cumplir los cometidos de pacificación social.

Sin embargo, admite que esta tarea debe realizarse dentro de la justicia penal, debiendo dotar a la misma de herramientas distintas de la simple pena violenta, constituyendo la reparación una pieza esencial. No obstante, considera que el hecho de que la reparación deba integrarse al ámbito de la justicia penal, no la convierte en un instrumento penal.

En este sentido explica que, los intentos de Roxin y demás autores en confrontar la reparación con las teorías de la pena no generan más que confusión: las ideas de prevención positiva tampoco aclaran mucho y queda la sensación de que se busca la reparación para darle nuevos “aires” a una justificación de la pena que no logra superar el fundamento de la compensación y *ultima ratio*.

Asimismo, vincular la reparación a la actitud y esfuerzo del imputado (recordando los pasos de la penitencia religiosa), se aleja de la reparación orientada a la satisfacción de la víctima o de la sociedad victimizada.

Finalmente, concluye que la reparación no tiene nada que ver con las teorías de la pena y si lo que se busca es discutir sobre los efectos sociales o de justificación intrínseca, existe suficiente reflexión sin necesidad de acudir a una forzada referencia a las doctrinas sobre la justificación de la pena.

VIII.- CONCLUSION

Compartiendo la postura señalada por Binder, entendemos que la discusión sobre los fines preventivos de la reparación en el derecho penal ha sido útil para introducir y reflexionar sobre la función del derecho penal en procura de la pacificación social y la solución del conflicto, dejando de lado el paradigma infraccional e incorporando al daño y a la víctima en el escenario del sistema penal.

Sin embargo, continuar inmersos en estas discusiones dogmáticas nos alejan de la reflexión acerca de la función del derecho penal basada en el paradigma de gestión de los conflictos. Si tomamos en cuenta las dos funciones procesales del derecho penal, compositiva y de conocimiento, lo que resultaría ahora central poner en discusión, sería el tipo de reglas que debería aplicarse a cada conflicto que se suscite en el sistema penal en procura de la pacificación social.

Entonces, cuando un conflicto específico ingresado al sistema pueda ser solucionado mediante conciliación y reparación integral se debe poner en marcha el procedimiento compositiva, el cual entendemos debería ser la regla, mientras que la puesta en funcionamiento del proceso de conocimiento debería ser de aplicación excepcional para los casos de delitos graves en los cuales no es posible una solución sino una redefinición del conflicto mediante compensación con la respuesta punitiva de cárcel.

CAPITULO V

UNA VUELTA AL DERECHO GERMANO ANTIGUO: LOS PROCESOS COMPOSICIONALES ACTUALES. REGLAS Y GARANTIAS.

I.- LA RESPUESTA COMPOSICIONAL

En los capítulos precedentes se ha puesto de manifiesto la necesidad de respuestas penales diversificadas, es decir, aquellas que se ocupen del conflicto penal de manera integral, basadas en el principio de *ultima ratio* y economía de la violencia estatal, en los casos que ello sea más conveniente y eficiente para los protagonistas directos, el sistema de justicia y la sociedad en su conjunto.

También nos referimos a que estas respuestas no se relacionan con la idea de privatización del derecho penal, como propone el abolicionismo, otorgando a la reparación el lugar de la pena y desplazando no solo esa reacción, sino la aplicación del derecho penal.

Por ello, la propuesta que realizamos aquí se ubica en el proceso penal compositivo y en este sentido el Prof. Maihofer (citado por Maier, 2008:195) señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al derecho penal.

Tras esta reflexión, Julio Maier concluye que, en un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente la sanción primaria y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño.

(Maier, 2008:195). Sin embargo, la practica judicial dista mucho de ello, al considerar su aplicación de excepción.

En primer lugar, debemos aclarar que no proponemos en esta obra una reforma legislativa a nivel procesal o de derecho de sustancial. En efecto, como hemos visto, existe gran cantidad de legislación que establece reglas de aplicación para el proceso compositivo. El problema se encuentra en la subutilización en la práctica tribunalicia como respuesta primaria a ciertos casos que reclaman una solución integral y diversificada para el tratamiento del conflicto que ingresa al sistema penal.

Es decir, el cambio debe partir de los operadores judiciales, en especial, de los fiscales, jueces y defensores, quienes diariamente se enfrentan con estos conflictos y pueden, en muchos casos, resolverlos con herramientas diversas al juicio de conocimiento y consecuente pena de prisión.

Claro que estas respuestas diversificadas no pueden resolver la totalidad de los conflictos penales. En efecto, para las categorías de clasificación, de lo que antiguamente se conocía como “crímenes” o delitos graves, en donde la respuesta estatal exige una pena de prisión como compensación que no repara ni restituye, sino que redefine el conflicto, en palabras de Binder, es necesario el juicio de conocimiento con sus reglas y garantías²⁵.

En este capítulo se intentará pensar a estos procesos compositivos y su funcionamiento dentro del sistema penal y procesal penal actual, analizando sus reglas y garantías, para ofrecer una propuesta integral que contribuya a motivar la practica judicial basada en el paradigma de gestión de los conflictos, buscando soluciones de mayor eficacia y menor violencia.

²⁵ Julio Maier se refiere a la existencia de ciertos “límites racionales al decir que el ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico penal generalizado, se aparta de aquellos delitos graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio grave de la violencia física o la amenaza a ello), son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, conservan viva la idea retributiva del castigo...”. (Maier, 2008:209).

II.- ADMISIÓN DEL CASO

Como se ha tratado en los capítulos precedentes, un caso inmerso en el proceso penal puede circular por dos carriles, el llamado proceso de conocimiento y el compositivo del cual nos ocuparemos aquí.

Sin embargo, las relaciones entre ambos procesos se desarrollan en los primeros momentos del caso, es decir durante la etapa preparatoria de la acusación y defensa. Es en esta etapa en donde existe mayor grado de discrecionalidad por parte de los acusadores públicos, es decir, cuando todavía no se ha formalizado la acusación.

La mayoría de las legislaciones procesales, tal como vimos, otorgan a los fiscales un margen importante de discrecionalidad para conducir el caso hacia el proceso compositivo desde la investigación preliminar. En este sentido es importante considerar que la obligación de los fiscales de ejercer la acción tiene requisitos estrictos, los cuales, en la práctica, inmersos en la lógica del trámite, difícilmente se cumplen.

Para Alberto Binder, se debe ejercer la acción solamente cuando existen las condiciones sustantivas (relevancia penal y mínimo de prueba), cuando el caso pueda prosperar hacia la acusación con mínimas probabilidades (economía procesal) y cuando se den las condiciones de relevancia político-criminal (ultima ratio). Estas tres dimensiones constituyen el marco básico para considerar cualquier nivel de obligación de la persecución penal, pudiendo agregarse una cuarta que tiene que ver con la planificación de la persecución penal y las prioridades (eficiencia, posibilidad real, etc.) (Binder, 2018:558).

A pesar de la amplitud de las legislaciones procesales en el establecimiento de reglas compositivas antes o durante la etapa preparatoria, en la práctica judicial no es habitual encontrar que las fiscalías desarrollen programas estables y permanentes de conciliación o tengan políticas concretas y uniformes para procurar la reparación a la víctima o llegar a la solución del conflicto.

Al parecer se han preocupado más en señalar los casos que no admiten esas soluciones, mediante el diseño de instrucciones generales, que en estimular políticas serias y uniformes de actuación en materia compositiva.

III.- EL ACUERDO DE PARTES: CENTRALIDAD DEL PROCESO COMPOSICIONAL.

La finalidad del proceso compositivo, orientada a construir una solución con mayor capacidad de pacificación social hace del acuerdo de partes, la esencia del proceso. El nombre que la legislación procesal le ha dado a este acuerdo es “conciliación”, la cual puede comprender la reparación integral del daño causado, las disculpas y todo tipo de acuerdo orientado al acercamiento de las partes involucradas y a la solución del conflicto.

Por ello entendemos que la conciliación es un proceso por medio del cual se llega a un acuerdo, que es el resultado, directo o indirecto, de ese proceso. En este sentido entendemos que, para que exista un acuerdo, debe haber existido un conflicto, siendo éste el primer tema del acuerdo. Así, si el acuerdo versa sobre los hechos y el efecto que esos hechos producen sobre las personas y sobre el modo de reparar esas consecuencias perjudiciales, nos hallamos ante un acuerdo pleno, ideal al cual debe aspirar todo proceso compositivo.

Lo esencial en este proceso es la construcción de acuerdos estables, no meras salidas circunstanciales que mantengan vivo el conflicto, y para ello se requiere una vigilancia clara sobre el modo como se presta ese consentimiento, tanto respecto de la víctima como del imputado; y los funcionarios deben ser claros y cuidadosos a la hora de generar el marco institucional para la conciliación o acuerdo reparatorio.

IV.- FORMAS DE CONCILIACIÓN Y REPARACION

En los procesos compositivos, esta conciliación, la cual comprende, como ya vimos, a la reparación del daño; se puede realizar de tres maneras:

- 1) Mediante la propia actividad de las partes, generalmente orientadas por abogados, quienes luego presentan el acuerdo ante los fiscales o directamente al juez;
- 2) En el marco de un proceso convocado por las fiscalías o los tribunales, pero sin participación de mediadores profesionales y;

3) Bajo la conducción de un mediador profesional, convocado por fiscales, las otras partes o por el juez, en lo que conoce como “mediación”.

Los más usados en nuestros procesos penales actuales, al menos en la provincia de Mendoza, son el 1) y 2), por lo que nos referiremos en este trabajo tan solo a estos dos tipos de acuerdo, generados en un ámbito institucionalizado, con participación de fiscales y funcionarios que provocan o llevan adelante este proceso de conciliación, pero sin la conducción de mediadores profesionales.

a.- Casos con pluralidad de víctimas:

Se considera que cualquier titular de un interés dañado puede formar parte del proceso compositivo dado que su finalidad gira alrededor de la reparación del daño y lo que se busca es la solución del conflicto, por lo que no tendría sentido pensar que se puede excluir o restringir la participación con fundamento en los conceptos que surgen de la legislación penal o procesal penal.

En conclusión, todo aquel que pueda invocar un daño según la legislación de responsabilidad civil, podrá entonces participar del proceso compositivo en procura de la solución del conflicto.

b.- Límites. ¿Casos excluidos?:

Existen dos tipos de limitaciones legales a la aplicación del proceso compositivo:

1) Aquellas que permiten la conciliación como modo de extinción de la acción solo para ciertos delitos (de contenido patrimonial, culposos, bagatela por ejemplo) y;

2) Prohibiciones absolutas para cierto tipo de casos, como por ejemplo en casos de violencia de género o cuando exista participación de un funcionario público en ejercicio u ocasión de sus funciones.

Como vimos en el capítulo III, estas limitaciones a la aplicación de soluciones compositivas pueden derivar de una norma de carácter sustancial, procesal

o bien estar contenida en Resoluciones del Ministerio Público Fiscal mediante directivas y reglas de actuación precisas hacia los fiscales en virtud del criterio de política criminal imperante.

c.- Fallo “Góngora”:

Mención especial exige el reconocido fallo “Góngora, Gabriel Armando s/ causa n°14.092”, de nuestra Corte Suprema Nacional de Justicia. De su análisis compartimos la visión crítica de Binder y sus seguidores, en cuanto a que, si bien se dice que se trata de un caso de violencia de género, se advierte que los intereses concretos de la víctima y su opinión no fueron tenidos en cuenta.

En efecto, si nos preguntamos cómo se resolvió esta causa en la cual se exalta la necesidad por parte de los operadores judiciales de escuchar a la víctima y tener en cuenta su opinión para toda decisión judicial, la respuesta será triste y desilusionante: la acción penal prescribió, Góngora resultó sobreseído y la víctima jamás fue escuchada ni menos aún tenida en cuenta.

Ahora bien, esta sentencia se circunscribe a resolver el problema de la interpretación de la Convención de Belem do Pará en cuanto a la admisión de la suspensión del juicio a prueba, con base en su compatibilidad con las obligaciones asumidas por el Estado Argentino. En efecto, consideramos que la Corte se excedió en su jurisdicción, porque la cuestión a resolver era mucho más sencilla: se trataba de determinar si era válido el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, sin el consentimiento de los fiscales y de las víctimas.

Sin embargo, la Corte no solo no resolvió este problema, sino que argumentó que no era posible otorgar la suspensión del juicio a prueba porque el Estado argentino se había obligado a llevar a juicio todos los casos de violencia de género.

Pero si pensamos que todos los casos deben ser llevados a juicio, nos encontraremos con un grave problema en la eficacia de la política criminal y en los intereses de los afectados. Sin embargo, entendemos que existen casos muy graves, en los cuales es conveniente la realización del juicio y así lo determina el interés preponderante de la sociedad victimizada. Si bien todo caso debe tener una respuesta, que

es la regla básica de la eficacia, es decir de tutela judicial efectiva, esto no significa que todos los casos deben tener una pena de prisión.

En suma, concluimos que se trata de un fallo contradictorio, poco realista, mucho más preocupado por la infracción del agresor que por el daño a la víctima, con estrecha visión del problema de la violencia de género, por más que quiera presentarse como una decisión sensible a dicha cuestión.

Compartimos el criterio respecto a que el verdadero compromiso asumido por Estado argentino en la lucha contra la violencia de género es el de establecer una política criminal que sea eficaz, y que articule adecuadamente las medidas preventivas, disuasivas y reactivas. Pero, en palabras de Binder (2018:428): *“pensar que esa obligación significa llevar todos los casos a juicio oral y público o es una hipocresía rampante o es banalizar las obligaciones internacionales”*.

d.- Fallo “Estrella” en Mendoza

En sintonía al fallo “Góngora”, nuestra Suprema Corte Provincial resolvió un caso de Violencia de Género en el cual las partes habían arribado a un acuerdo reparatorio por la suma de un millón de pesos. El máximo tribunal mendocino entendió que dicho pago no constituye una reparación integral en la medida en que sólo restaura la dimensión fáctica del daño.

En este sentido la Corte entendió que: “la denominada reparación integral del perjuicio constituye un equivalente funcional a la pena. Esto significa que en aquellos casos en que la pena no resulte el medio más adecuado para la solución del conflicto o, dicho de otro modo, la respuesta penal más idónea, se impone la extinción de la acción por la concurrencia de alguna solución alternativa -como la reparación aludida- y, en consecuencia, el sobreseimiento del imputado. Dicho esto, no puede soslayarse que para que un equivalente funcional cumpla su función debe implicar, del mismo modo que la pena, una respuesta al delito en su dimensión fáctica, como afectación de un bien, y en su dimensión comunicativa, esto es, como lesión a la vigencia de la norma. De este modo, sólo si la reparación integral del perjuicio responde a ambas dimensiones del delito puede

ser considerada equivalente a la pena y devenir en la extinción de la acción antes referida”²⁶

Para dicha conclusión tuvo en cuenta que el tipo de norma que se había vulnerado era la legislación que regula los casos de violencia de género o de violencia contra la mujer, cuya observancia resulta fundamental para el funcionamiento del orden social, por lo que el acuerdo reparatorio propuesto por la defensa como causal de extinción de la acción penal no implicaba el restablecimiento de la vigencia de la norma que aparecía vulnerada, conforme a las constancias de la causa.

Finalmente, es importante aclarar que el fallo referido también justificó su rechazo a la admisión de la reparación como extinción de la acción basándose en la falta del consentimiento fiscal, de carácter vinculante en el diseño acusatorio vigente.

Sin embargo, al contrario de lo que ocurrió con “Góngora”, paradójicamente en esta causa, y a pesar de lo resuelto por el Máximo Tribunal, posteriormente el fiscal prestó su consentimiento y la causa se resolvió mediante el instituto de la suspensión del juicio a prueba.

e.- Casos de conciliación obligatoria:

Resulta un contrasentido pensar que pueda forzarse a las partes a conciliar cuando la naturaleza de este proceso tiene base consensual. Por ello, si bien el inicio de un proceso de conciliación no puede forzarse, sería conveniente poner a las partes en conocimiento de esa posibilidad y generar practicas masivas para ciertos tipos de casos, este el sentido de la “conciliación obligatoria”, lo obligatorio es la instancia, no el acuerdo que puede lograrse, o no.

Hay ciertas categorías de casos en los cuales el inicio de un proceso compositivo debería ser una práctica institucional primaria, reconociendo la posibilidad de citar forzosamente a los involucrados a tratar de iniciar un proceso de conciliación.

Estas prácticas serian convenientes para determinados grupos o categorías de hechos con el propósito de lograr soluciones de mayor eficacia y menor desgaste

²⁶ “F c/ Estrella, Carlos Gustavo p/recurso ext. De casación” 51804, 29/06/2017. SCJM (sala 2).

jurisdiccional, es decir, lo que debería implementarse como obligatorio para estos casos se refiere a la práctica institucional orientada al acuerdo.

Y para ello, entendemos que el Ministerio Público Fiscal es la institución mejor preparada en el marco de un sistema acusatorio, ya que allí se reciben las denuncias y cuentan con la posibilidad de planificar y organizar políticas generales de actuación para los distintos fenómenos, sobre la base de criterios de política criminal específicos para cada tipo de conflicto.

f.- Delitos Culposos:

Este tipo de casos, en particular los delitos culposos de tránsito vehicular constituyen un grupo sobre el cual debería trabajarse a través de Unidades Fiscales especializadas e instancia de conciliación obligatoria. Ello teniendo en cuenta la cantidad de casos, la importancia para el diseño del tráfico vehicular, la existencia del mercado de seguros y especialmente las expectativas de las partes, generalmente orientadas a la reparación civil.

En estos casos las soluciones de tipo conciliatoria derivadas del proceso compositivo serán mucho más eficaces para la satisfacción de los derechos de las víctimas y también para el logro de finalidades de prevención social y personal.

Una propuesta simple, que podría realizarse con el marco normativo actual, sería impulsar la creación, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, sobre la base de reglamentos e instrucciones generales para casos de delitos de tránsito culposos (que no hayan generado homicidios o que sean el resultado de culpa grave o temeraria), de oficinas o unidades para que las partes sean citadas a una instancia previa de conciliación, instancia en la cual deben participar necesariamente las aseguradoras a fin de realizar una propuesta razonable.

Para el caso de que el imputado no cuente con seguro (en contravención a la obligatoriedad del seguro), entendemos que al Estado le es mucho más eficiente generar un fondo de reparación con subrogación de derechos, que iniciar y llevar adelante un proceso penal, en el cual de todos modos la víctima no encontrará respuesta indemnizatoria por el daño sufrido.

Desde el punto de vista político criminal la ausencia de estos mecanismos genera ineficacia, pérdida de tiempo y desaliento en las víctimas. Es decir, los involucrados directos pierden, y solo ganan los involucrados laterales (abogados y aseguradoras), quienes se aprovechan de la ineficiencia judicial en la solución de estos conflictos.

Este mismo diseño puede emplearse para el tratamiento de otro grupo de casos que no tengan alto contenido de violencia, tales como lesiones leves, daños, amenazas provenientes de peleas vecinales, delitos contra la propiedad que no hayan sido perpetrados con violencia o intimidación, delitos de índole económico, delitos contra el medio ambiente, en los cuales la reparación del daño causado es prioritaria.

V.- INSTANCIAS DEL PROCESO COMPOSICIONAL:

a.- Policía, municipios y fiscalías:

Una propuesta interesante, se relaciona con la posibilidad de interconexión y coordinación entre fiscales y policías para el tratamiento de los problemas que surgen de fenómenos criminales particulares en zonas determinadas.

En este sentido advertimos que la realidad actual es la duplicidad de tareas con muy baja eficacia, ya que la policía realiza actividades por su propia cuenta y eleva las actuaciones para que la justicia se haga cargo, perdiendo todo compromiso y seguimiento ulterior. A su vez, estas causas llegan a las fiscalías y se sumergen en la lógica del trámite, sin respuestas uniformes en el mejor de los casos, o sin respuesta alguna en la mayoría de ellos, mediante su archivo o prescripción.

Es así como, la implementación de un plan de trabajo conjunto entre fiscales y policías permitiría que el proceso compositivo se desencadene o concrete en el ámbito policial, con resultados muy beneficiosos para todas las instituciones, las partes y las comunidades afectadas.

Esta interconexión en el nivel inicial también permitiría la participación de instancias municipales con actuación institucional conjunta y multidisciplinaria con municipios, juzgado de paz, juntas vecinales, etc., en definitiva, la idea de gestión de

conflictividad a nivel local y el uso del proceso compositivo en estos niveles resultaría beneficioso para la integración de todos los esfuerzos en un plan común de solución de conflictividad social localizada.

b.- Etapa preparatoria:

Esta etapa, como vimos, es una de las que mayor y mejor discrecionalidad presenta para la aplicación de las reglas del proceso compositivo, el cual puede materializarse de diversos modos:

i.- Suspensiones “Informales”:

Se trata de una suspensión del proceso, en la instancia inicial de investigación, consistente en suspender el avance de éste hasta el cumplimiento de todas las reparaciones o reglas pactadas o hasta que la supervisión adecuada permita dar por concluido el caso.

Este procedimiento informal no necesita adecuarse a las formalidades de la suspensión del proceso a prueba, ni es necesario la supervisión u homologación judicial, salvo casos que por conveniencia requieran un mayor control. Estos simples acuerdos de suspensión del proceso, realizados en la investigación preliminar, posibilitan mantener archivado o inactivo el caso durante el desarrollo y a las resultas de las obligaciones pactadas²⁷.

ii.- Suspensión Formal del proceso a prueba:

Señala Binder que la suspensión formal del proceso a prueba sería el cierre del proceso compositivo que se realiza durante toda la etapa preparatoria, es decir, desde la admisión del caso (imputación formal) hasta la admisión judicial de la acusación fiscal y apertura del juicio.

²⁷ Un ejemplo de este tipo de soluciones lo encontramos en la redacción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (2014), artículo 34: “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”.

Si bien su regulación sustancial mediante la incorporación del art. 76 bis del Código Penal ha sido objeto de grandes debates doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la disponibilidad de la acción y el reparto de competencias, como vimos en el capítulo III, estos debates y la legislación procesal de las provincias terminaron por ubicarlo, entendemos que correctamente, como una institución propia de los sistemas procesales (ley 27.147).

Sin embargo, su regulación en la legislación penal de fondo constituye un estándar subsidiario, al que pueden remitirse las provincias en gran medida como una concesión de transición, ya que no es necesaria la existencia de ese estándar en la legislación penal.

Así es que, en la actualidad “la suspensión del juicio a prueba se regirá *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este título”* (art. 76 C.P. Ley 27.147).

V.- SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN FORMAL A PRUEBA:

Analizaremos especialmente el tipo de suspensiones formales que se encuentran reguladas en las legislaciones procesales y en la de fondo con carácter de subsidiaridad. Así, es posible interpretar que el cambio introducido por la ley 27.147 en referencia a la expresa remisión a las legislaciones procesales, ha mutado profundamente el ámbito de aplicación de la suspensión a prueba. En efecto, podemos advertir, siguiendo el criterio de Binder que, este instituto en la actualidad tiene dos tipos de ámbitos de aplicación en el proceso compositivo:

a.- Suspensión condicional de la condena:

El principio general surgido del art. 76 bis inc. 4º del C.P. es que todo imputado de un delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a requerir la suspensión del juicio a prueba independientemente de la escala penal en abstracto (Zaffaroni, 2002:971 citado por Binder 2018.586). Se trata de una medida para evitar el desgaste de llegar a una condena condicional luego del juicio de conocimiento.

Para que esta modalidad de suspensión funcione en el proceso compositivo es necesario que se cumplan ciertos requisitos legales que se relacionan con la lógica conciliatoria. El primero es que “al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio de suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente” (art. 76 bis C.P.).

Si bien podría interpretarse de esta redacción que el acuerdo no es necesario, en realidad, lo que establece este artículo es la primacía legal de las víctimas colectivas, ya que, por lo menos, el fiscal, como representante y gestor de ese nivel de víctimas, debe prestar su conformidad. No es un acuerdo perfecto, pero no es cierto que no requiere ningún acuerdo de las víctimas, sino que amplía el margen del Ministerio Público para poder avanzar sin una satisfacción plena de la víctima, dependiendo de la política criminal establecida.

En suma, entendemos que, tanto estos supuestos como los de juicio abreviado no constituyen casos propios del proceso compositivo, ya que por más que existe algún tipo de negociación sobre la aplicación de la pena y finalmente un acuerdo sobre ella y sobre la vía de imponerla, no se trata de acuerdos sobre la reparación o construcción de compensaciones reparatorias orientadas a la solución del conflicto, que es la característica del proceso compositivo. Se trata de una forma abreviada de aplicar sanciones alternativas, que no constituye un problema del proceso compositivo y que conforma una clase de problemas de abreviación del proceso de conocimiento, que debe ser estudiado bajo esa lógica (Binder, 2018:582/583).

b.- Suspensión como resultado de las actividades conciliatorias previstas por las legislaciones procesales:

Estos supuestos permiten la aplicación mucho más amplia y productiva de la suspensión a prueba, sin las limitaciones del Código penal en cuanto a la posibilidad de condena condicional para el delito de que se trate ²⁸.

Como hemos referido, la vuelta a las legislaciones provinciales ha quedado plasmada en el código penal (art. 76), supliendo éste los vacíos de legislación provincial.

Esto significa que, ninguna legislación provincial podría negar totalmente la aplicación de la suspensión a prueba, pero nada impediría que la ley procesal establezca supuestos que amplíen su ámbito de aplicación.

Y es en estos supuestos que, entendemos, el acuerdo debe ser total y pleno, debiendo alcanzar a la totalidad de los niveles de víctimas. Las reglas o instrucciones deben ser dictadas por el juez dentro de lo acordado por las partes, pero no pueden los jueces ocupar posición de parte, solo les corresponde el control de legalidad y del respeto a los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, evitando una compensación extorsiva.

Es decir, las legislaciones procesales provinciales cuentan con facultades autónomas para ampliar o modificar los supuestos de procedencia de la suspensión a prueba en casos en que no hiciera referencia a la condena condicional como requisito en abstracto.

El cumplimiento de lo acordado extingue la acción y el caso finaliza, es decir, no es necesario el transcurso del tiempo sino el cumplimiento de lo acordado dentro del plazo fijado (uno a tres años). Este es uno de los supuestos contemplados expresamente en el Código Procesal Penal de Mendoza.²⁹

²⁸ Es el caso del Código Procesal Penal Neuquino (art. 106) y el de Río Negro que en el artículo 96, inc. 5° establece: “Cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no existe un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación”.

²⁹ El artículo 353 inc. 9 del C.P.P. establece como causal de procedencia del sobreseimiento cuando: “Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima”.

Estos sistemas de suspensión a prueba de tipo formal tienen la ventaja de brindar un marco institucional más preciso, más sólido y de mayor calidad, aumentando las reglas de control y supervisión judicial, así como la visibilidad social de la respuesta.

Por esta razón, entendemos que puede ser conveniente que, en cierto tipo de casos o fenómenos criminales (incluso los casos de violencia de género), el proceso compositivo sea adecuado para gestionar ciertas conflictividades ya que permite organizar la aplicación de todas las sanciones y reglas de conducta atadas al compromiso de una supervisión más estrecha por parte de las instituciones judiciales, permitiendo un mejor control del cumplimiento de los acuerdos.

En síntesis, entendemos que existen dos formas distintas de suspensión a prueba que actúan en el proceso compositivo, por fuera de los supuestos que actúan en el marco del proceso de conocimiento. Una forma es la suspensión que anticipa la condena condicional y prevé una preeminencia legal de los intereses colectivos, dejando en manos del fiscal la celebración de acuerdos completos. La segunda forma de suspensión a prueba es el resultado de los procesos conciliatorios previstos en las legislaciones provinciales y según reglas que rigen los procesos de conciliación. Esta diferenciación es central para comprender la funcionalidad de todos los supuestos de suspensión a prueba (Binder. 2018: 596).

IV.- INSTANCIA DE JUICIO

Según hemos analizado, el juicio no es el ámbito en el cual deban desarrollarse acuerdos propios del proceso compositivo ya que postergar la realización de acuerdos hasta esta etapa acarrea un desgaste institucional que resta eficacia al funcionamiento judicial, por lo que no resulta aconsejable, sin embargo, nada impide su realización durante el juicio.

En efecto, como la denominación refiere “suspensión del juicio a prueba”, es posible durante el mismo proceder a la suspensión supeditada al cumplimiento de las condiciones del acuerdo.

En este sentido, entendemos, en concordancia con las posturas más amplias, que es posible suspender el juicio durante su realización y hasta su finalización entendiéndolo por ello la etapa de alegatos e incluso durante la deliberación.

Al respecto, Gustavo Vitale considera necesario resolver el problema de la regulación procesal local reglamentando este punto del siguiente modo: “reconociendo la vigencia de un principio general, según el cual el tope temporal máximo para solicitar y disponer judicialmente la suspensión lo constituye, en primer término, el instante en el que concluye la etapa de alegatos del debate oral en el plenario. Esta primera restricción temporal podría fundamentarse en que, en principio (y salvo situaciones de excepción), la formulación del alegato de la defensa (sin haberse requerido la suspensión del proceso a prueba) importa la asunción del riesgo de condena” (Vitale, 2004:330, citado por Binder 2018:600).

Sin embargo, para el tema que venimos desarrollando, lo importante no es la determinación procesal de la suspensión a prueba sino la limitación para realizar acuerdos. Y en este sentido, entendemos que, siguiendo la lógica de los sistemas acusatorios/adversariales, nada impide que se realice un acuerdo hasta el momento de la firmeza de la sentencia. Sin embargo, este acuerdo deberá realizarse con todas las víctimas que hayan participado o mantengan interés en el caso, y ello obligará a determinar con mucha claridad y precisión la eficacia reparatoria de esos intereses.

V.- EL PROCESO COMPOSICIONAL DE MENDOZA

Corresponde finalmente adentrarnos en nuestro proceso compositivo local a fin de intentar diseñar una propuesta que determine con mayor claridad las reglas y modos de actuar de los operadores del sistema procesal penal mendocino a fin de lograr incorporar, mediante su adecuado uso, herramientas de eficacia orientada a la gestión y control de acuerdos compositivos.

a.- Código Procesal:

Como ya anticipáramos, la legislación provincial de Mendoza cuenta con un amplio margen para la aplicación del proceso compositivo mediante las reformas que han introducido los siguientes institutos:

1.- Suspensión del juicio o procedimiento a prueba (arts. 26 inc. 3, 30 y 353 inc. 8 del Código Procesal).

2.- Suspensión de la persecución penal en los supuestos de solución del conflicto (arts. 5 y 26 inc. 2 del Código Procesal).

3.- Conciliación de las partes (art. 353 inc. 6 del Código Procesal).

4.- Celebración de acuerdos reparatorios (art. 353 inc. 9 del Código Procesal).

5.- Reparación integral del perjuicio (art. 353 inc. 9 del Código Procesal).

Es claro que estas modificaciones resultan concordantes y complementarias con la reforma de la Ley 27.147 en materia compositiva, al introducir expresamente la extinción de la acción penal por conciliación y reparación integral del perjuicio “*de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*” (artículo 59 inc. 6° del Código Penal), tal como lo hemos visto en el capítulo III de esta obra, es decir, se trata de la aplicación de reglas procesales que posibilitan la disponibilidad y extinción de la acción penal, mediante el acuerdo de partes, reglado y controlado, orientado a la gestión del conflicto.

Ahora bien, cabe preguntarnos si con esta base normativa alcanza para concebir la existencia de un proceso compositivo en nuestra Provincia. Entendemos que el marco normativo es necesario, pero no suficiente para la configuración de este sistema, ya que en la actualidad se advierte su sub utilización y de modo azaroso.

Frente a esta realidad, consideramos que el avance normativo debe ir acompañado necesariamente de un cambio de paradigma cultural orientado a la gestión del conflicto como principal objetivo del sistema penal, dejando de lado la tan arraigada concepción infraccional del derecho penal.

Se requiere para ello comenzar a cambiar la forma de pensar y concebir al sistema penal en su conjunto, cambio cultural que debe introducirse mediante campañas de comunicación masiva, capacitación de operadores del sistema: policías, fiscales, defensores, jueces, etc., como así también su incorporación en la enseñanza universitaria de grado.

A su vez, se requiere una estructura institucional organizada, compuesta por fiscalías especializadas, las cuales deben contar con equipos profesionales multidisciplinarios que orienten y generen acuerdos estables para cada disputa particular.

Finalmente se necesitan fiscales, defensores y jueces proactivos en la búsqueda constante de soluciones y acuerdos, orientados y formados en esta concepción del sistema penal como gestor de conflictos en procura de proteger a la parte más vulnerable, garantizando, asimismo, los derechos y garantías de todos los involucrados.

En conclusión, consideramos que, si bien están dadas las bases normativas del proceso compositivo, aún resta mucho por trabajar para generar una verdadera conciencia sobre la importancia de su uso por parte de los operadores del sistema judicial, en especial del penal.

b.- Lineamientos de Política Criminal en Mendoza:

Hemos dicho que en nuestro Código Procesal no se establecen limitaciones en referencia a la categoría de delitos sobre los cuales caben respuestas compositivas mediante los institutos referidos. Y también consideramos que ésta resulta una técnica legislativa adecuada, ya que deja librada la imposición de límites y condiciones de disponibilidad de la acción al Ministerio Público Fiscal, órgano que en el esquema acusatorio tiene a su cargo el diseño de la política de persecución penal sujeta a condicionamientos temporales-espaciales cambiantes, que involucran la gestión de nuevos y diversos conflictos en una sociedad compleja.

De esta forma, las limitaciones resultan flexibles y variables, pudiendo adecuarse a los criterios de política criminal necesarios en distintos contextos históricos y sociales. Así, en nuestra provincia, las limitaciones referidas a los casos en los cuales es posible la aplicación de estas respuestas compositivas quedan sujetas a las directivas generales del Ministerio Público Fiscal.

Ello conforme lo establece el artículo 28 inciso 6° de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal en cuanto le encomienda a éste el diseño de la política criminal y de persecución penal, *“debiendo impartir para ello las instrucciones generales que correspondan, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios o cuya aplicación genere controversia”*.

En este contexto, debemos referirnos a la Resolución 60/20 del Ministerio Público Fiscal, en la cual se establecen los criterios de persecución penal en materia compositiva, en consonancia con los principios que hemos venido desarrollando, basados en el paradigma de gestión de los conflictos.

En efecto, la referida Resolución establece “*Que la decisión de política de persecución penal a favor de la vigencia de criterios de oportunidad, no propugna simplemente la incorporación de una herramienta procesal más, sino que busca la adopción de otra manera de comprender la aplicación del Derecho Penal en favor de decisiones jurisdiccionales más eficientes, tanto para la solución de conflictos en particular, como para la gestión de la conflictividad en general o la reacción institucional frente a la infracción a la norma penal*” (conforme IV Resol. 60/20).

En concreto, esta resolución establece las reglas e instrucciones a los fiscales para los casos de aplicación de los criterios de oportunidad, mediante las siguientes pautas básicas de actuación en busca de mayor eficacia y eficiencia para la aplicación de estos criterios disponiendo el deber de los fiscales en:

1.- Fijar los hechos penalmente relevantes, con determinación de los autores, partícipes y víctimas, y de la extensión del daño o peligro causados.

2.- Informar de manera previa a la víctima y escuchar su opinión, debiendo verificar que su consentimiento en caso de solución del conflicto, conciliación, acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio sea expresado en forma libre y voluntaria, con constancia escrita de la gestión y de la manifestación.

3.- Verificar que todas las condiciones de la Solución del conflicto, de la conciliación, del acuerdo reparatorio o de la reparación integral del perjuicio, sean lícitas, razonables y adecuadas al fin legal del Instituto procesal, teniendo en consideración la naturaleza jurídica de los bienes protegidos, la extensión del daño o peligro causados y la situación personal, económica y social de las partes del conflicto.

4.- Corroborar, cuando corresponda el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral, o que las mismas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

Asimismo, establece expresas limitaciones a los fiscales para prestar acuerdos conciliatorios o reparatorios en los siguientes casos, veamos:

1.- Casos de Prohibiciones expresas:

i. - violencia de género,

ii.- reincidencia,

iii.- cuando el autor sea funcionario o empleado público y cometiera el delito en ejercicio u ocasión de sus funciones,

iv.- en los hechos que hayan causado muerte, lesiones gravísimas o hayan puesto en peligro la vida de la víctima y en los delitos en los cuales no hubiera transcurrido aún el año desde la suspensión de la persecución penal otorgada en otra causa penal.

2.- Casos que requieren consulta previa:

Establece una segunda categoría de limitaciones condicionadas al acuerdo del fiscal superior. Así dispone la consulta al Fiscal jefe y éste a su vez, al Fiscal Adjunto para los siguientes supuestos:

i.- hechos que revistan especial gravedad,

ii.- hechos vinculados a la criminalidad organizada,

iii.- hechos de notoria trascendencia pública,

iv.- hechos que puedan causar un perjuicio al funcionamiento de la administración pública o al patrimonio público,

v.- cuando se haya utilizado un medio idóneo para provocar un peligro común,

vi.- hechos que involucren armas de fuego.

Otra ventaja importante de nuestra estructura local surge de la configuración del Ministerio Público Fiscal, el cual se compone de Unidades Fiscales especializadas para la investigación de categorías de hechos (de tránsito, correccional, económicos, etc.), permitiendo el diseño de políticas criminales específicas y estables para la planificación de investigaciones y gestión de los conflictos específicos de manera ordenada, uniforme y sistematizada.

En suma, se advierte que a nivel local contamos con reglas y procedimientos de actuación que garantizan la adecuada gestión de los conflictos, mediante su institucionalización, control y protección de las partes involucradas.

En efecto, la normativa procesal en nuestro sistema provincial, como en todos los sistemas acusatorios en general, se encuentra acompañada de un marco flexible conformado por la orientación de política criminal imperante en un contexto determinado, el cual se ve materializado mediante instrucciones a los fiscales respecto a la disponibilidad de la acción penal.

Esta circunstancia implica dotar de contenido a este proceso composicional conforme a la política criminal imperante, sin perjuicio del control de legalidad, de proporcionalidad, de equidad y de respeto a las garantías de los involucrados en el proceso que, como vimos, corresponde a la función jurisdiccional.

De esta manera, la estructura procesal actual resulta adecuada para la implementación de prácticas composicionales basadas en reglas claras, que permitan gestionar los conflictos que ingresen al sistema penal de manera organizada e integral.

Sin embargo, como ya adelantáramos, este marco normativo e institucional no resulta suficiente si no va acompañado de un cambio real orientado a una deconstrucción cultural del derecho penal que permita ampliar su alcance meramente punitivista, para incorporar de modo concreto estas nuevas formas de gestionar los conflictos ingresados al sistema procesal penal.

Para ello debe trabajarse seriamente en programas de comunicación, formación y capacitación acompañados de la puesta en marcha de diseños de política criminal que permitan gestionar debidamente los conflictos en base a reglas de proporcionalidad, razonabilidad y equidad, dejando de lado la tan perniciosa cultura del trámite para ocuparnos en serio de la búsqueda de soluciones con menor contenido de violencia estatal y mayor eficacia en términos comunitarios y comunicativos.

VI.- CONCLUSIONES

El conocimiento adquirido mediante la presente investigación nos permite formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Se advierte la conciencia respecto a la inconveniencia de las penas cortas de prisión, lo cual se ve reflejado en el movimiento de reformas que introdujo progresivamente en los sistemas penales actuales, formas de respuesta frente al delito que intentan minimizar el uso de violencia estatal, mediante los institutos de suspensión del proceso o juicio a prueba, la reparación y conciliación como mecanismos de extinción de la acción penal sustitutivos de la pena de prisión.

SEGUNDA: Dentro del Derecho procesal penal encontramos dos tipos de respuesta que implican dos tipos de procedimientos distintos, cada uno con sus reglas y garantías, ellos son: el proceso de conocimiento y el proceso compositivo. El diseño de los nuevos sistemas procesales acusatorios ha dado impulso a soluciones compositivas mediante la incorporación normativa de estas respuestas en los códigos locales.

Sin embargo, a pesar de la vigencia de la normativa en materia compositiva, este proceso en la actualidad es subutilizado por los operadores del sistema penal; y lo es de modo azaroso.

Por ello consideramos que esta base normativa debe necesariamente acompañarse de una deconstrucción cultural de la concepción del derecho penal punitivista, orientándose ahora a la gestión del conflicto originado por el delito, cambio de paradigma que impone una real toma de conciencia por parte de los operadores judiciales y de la sociedad en su conjunto para propiciar la eficacia de los procesos compositivos.

TERCERA: Estos procesos de cambio, centrados en la gestión de los conflictos, otorgan centralidad a los protagonistas directos del mismo por lo que requiere una intervención organizada en la gestión de esta conflictividad, a fin de arribar a

soluciones pacíficas que disminuyan la violencia estatal a su mínima expresión, pero que consigne reglas y garantías claras a los intervinientes a fin de evitar arbitrariedades, valiéndose del proceso compositivo y la configuración de reglas que permitan la aplicación de la reparación y conciliación como herramientas esenciales en este proceso de pacificación y solución de conflictos interpersonales, reservando la pena de prisión para casos de excepción y gravedad.

CUARTA: Entendemos que la discusión sobre los fines preventivos de la reparación en el derecho penal ha sido útil para introducir y reflexionar sobre la función del derecho penal en procura de la pacificación social y la solución del conflicto, dejando de lado el paradigma infraccional e incorporando al daño y a la víctima en el escenario del sistema penal.

Sin embargo, continuar inmersos en estas discusiones dogmáticas nos alejan de la reflexión acerca de la función del derecho penal basada en el paradigma de gestión de los conflictos, valiéndose de las dos funciones procesales del derecho penal, compositivo y de conocimiento, resultando ahora central la discusión respecto a cuándo y en qué casos el conflicto deberá someterse a uno u otro tipo de reglas.

Así, cobra centralidad preguntarnos, en base a la función del derecho penal como gestor de conflictos: ¿por qué la cárcel y no la reparación?, en lugar de la pregunta sobre ¿por qué y para qué la pena?.

La respuesta a este interrogante la encontraremos en el proceso compositivo, entendido como aquel capaz de gestionar los conflictos ingresados al sistema penal con respuestas eficaces y menor violencia estatal, en contraposición al proceso de conocimiento, el cual entendemos, debería ser de aplicación excepcional para crímenes y delitos graves, en los cuales la respuesta conciliatoria no es adecuada y suficiente para resolver el conflicto, debiendo necesariamente compensarse el daño con pena de cárcel.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ARDUINO, Ileana (2007): La Justicia Penal. Entre la impunidad y el cambio. Claves para todos. Colección dirigido por Jose Nun. Ed. Capital Intelectual.

ARMENTA DEU, Teresa (2018): Justicia restaurativa, mediación penal y victima: vinculación europea y análisis crítico, El debido proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires.

BINDER, Alberto M. (2013): Derecho Procesal Penal, Tomo I, hermenéutica del proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- (2018): Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del juicio a prueba, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- (2019): Bases conceptuales para una Teoría del Proceso Compositivo en la justicia penal, ponencia en el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan-Argentina.

CHRISTIE, Nils (1984): Los límites del dolor, Fondo de cultura económica, México.

LASCANO, Carlos J. (2016): "La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales", Revista de Derecho Penal y Criminología. La Ley, Año VI, N°6, Julio.

ENTELMAN, Remo F. (2009): Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma, Gedisa, Barcelona.

ESER, Albin, HIRSCH Hans, ROXIN, Claus, CHRISTIE Nils, MAIER, Julio, BERTONI, Eduardo, BOVINO, Alberto, LARRAURI, Elena (2001): "De los Delitos y de las Víctimas", Ad-Hoc, Buenos Aires.

FERRAJOLI, Luigi (2000): "Derecho y Razón", Trotta, Valladolid.

- FOUCAULT, Michel (1986): La verdad y las formas jurídicas, Gedisa, México.
- FUNDACION KONRAD ADENAUER (1192): “Proyecto alternativo sobre reparación penal”. Proyecto de un grupo de trabajo de profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos, Ciedla, Buenos Aires.
- GALAIN PALERMO, Pablo (2005): “La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin, Redur, N°3, www.unirioja.es.
- HASSEMER, Winfried (1984): Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona.
- HENDLER, Edmundo (2009): Las raíces arcaicas del Derecho Penal, Estudios del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- JAKOBS, Gunter (1997): Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Rubinzal-Culzoni Editores, Abril 2004.
- MAIER, Julio B. (2005): “¿Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal?” El Derecho Penal del Siglo XXI, Homenaje al Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba, Ed. Jurídicas cuyo.
- MILL, Rita Aurora (2013): “Mediación Penal”. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- NINO, CARLOS S. (2020): “Un país al margen de la ley”, Ariel, Buenos Aires.
- PASTOR, Daniel R. (2015): “La Introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el Derecho Penal Argentino”, Diario Penal, Columna de Opinión 11.09.2015, Nolite Iudicare, Comentarios de actualidad penal independientes y críticos.
- RIQUERT, Marcelo A. (2016): “La extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59, inc. 6°, cod. Penal), El Derecho, Octubre 2016, n° 10, Buenos Aires.
- SALIDO, Maria B. (2018): “Los actos y esfuerzos reparatorios del imputado en la legislación penal material. Análisis de los mismo en el marco de un sistema penal liberal, El debido proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires.

SEELMANN, Kurt (2013): “Estudios de filosofía del derecho y Derecho Penal”. Ed. Marcial Pons, 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria (1993): “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, La Ley, Buenos Aires.

- (1998): “Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna”, Depalma, Buenos Aires.

SUERIO, Carlos C. (2006): “La Naturaleza Jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal”, Fabian J. Di Placido, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2008): Manual de Derecho Penal, parte general, Ediar, Buenos Aires.