



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

Buenos Aires, 11 de octubre del 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Se reúnen los integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de Capital Federal, el juez Adrián N. Martín, como presidente y los jueces Marta A. Yungano y Patricia Llerena, como vocales, actuando como secretario Mariano Llorens, para resolver el pedido realizado por la defensa en los términos del art. 59.6 CP en esta causa n° **4889** en la que resulta imputado **D J A** -argentino, nacido el 14 de mayo de 1991 en la provincia de Buenos Aires, hijo de Horacio carlos y Marcela Alejandra Vizcarra, DNI N° , con domicilio real en manzana 1, casa 24, Barrio Santa Rosa, Florencio Varela, provincia de Buenos Aires. Registra Prio. Pol. TM 88.439 y último trámite ante el Registro Nacional de Reincidencia N° 02876441) por el delito de robo agravado por haber sido de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa.

Intervienen en este proceso el representante del Ministerio Público Fiscal, Guillermo Pérez de la Fuente, y María Carolina Ocampo, defensor oficial a cargo de la Defensoría Oficial n° 14, con asiento en R.S. Peña 1190, piso 9°, de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO:

El juez Adrián N. Martín dijo:

I. A fs. 62/64, se requirió la realización de un juicio respecto de D J A, imputándole:

"...que el día 4 de mayo de 2.016, siendo aproximadamente las 1825 horas, actuando el imputado A con conciencia de ajenidad y mediante el uso de la fuerza, intentó apoderarse ilegítimamente de una bicileta propiedad de AGUSTÍN IBARRA; la cual se encontraba correctamente asegurada con una linga a un árbol ubicado en la Avda. Callao 617 de esta C.A.B.A. A los efectos de poder llevar adelante el ilícito que A se había propuesto, este intentó

forzar la linga, haciendo palanca utilizando un asiento de bicicleta con su correspondiente caño. No pudiendo A concluir con el ilícito que se había propuesto en virtud que su accionar fue advertido por ocasionales transeúntes, quienes alertaron a un efectivo policial que procedió a la detención de A y al secuestro del asiento de bicicleta utilizando como herramienta”.

Oportunamente, la defensa de A solicitó - ver fs. 94/95-, en los términos del art. 59.6 CP, se declarara la extinción de la acción penal en la presente causa por conciliación. Acompañó un acta con el acuerdo arribado con el damnificado Agustín Ibarra.

En virtud de ello se convocó una audiencia en la que al ser oído, A manifestó estar de acuerdo con lo expresado por su defensa, señalando que no fue coaccionado de ningún modo para ofrecer la reparación.

Concedida la palabra al presunto damnificado, éste manifestó que estaba debidamente informado de los términos de la conciliación, que estaba conforme con el dinero que le había sido entregado y las disculpas del caso. Asimismo, agregó que gracias a las gestiones de la defensa de A pudo recuperar su bicicleta.

El representante del MPF, en primer lugar, expresó que ya había tenido oportunidad de dictaminar sobre el instituto en otra causa del tribunal (causa n° 4714).

En ese sentido, expresó que el instituto del que se trata fue incorporado por la Ley 27.147 que modificó el código penal y que era parte de un paquete de leyes que incluía la reforma al código procesal -ley 27.063- cuya entrada en vigencia se encuentra prorrogada.

En esa inteligencia, y luego de citar los fundamentos, el debate vinculado a ambos proyectos y el precedente de Sala VI de la CNACC resuelto en



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

15/10/15 en la causa CCC70166/2004/CA22, concluyó que la falta de operatividad de los institutos procesales impide la aplicación de la norma invocada por la defensa.

Además de ello, agregó que también debe tenerse en cuenta de que no hay límites respecto a que tipos de delitos podrían ser sometidos a este tipo de solución, preguntándose, por ejemplo, si podría aplicarse en el caso del homicidio.

En el caso, sostuvo además debía valorarse que A posee antecedentes penales condenatorios y que por tanto, de ser condenado, debería ser declarado reincidente.

Por tanto, en el caso hay intereses concretos de la comunidad que representa por lo que se oponía al planteo de la defensa.

En el dictamen citado, manifestó que aún en el caso de que se considerase operativa la ley 27.063, no resultaba de aplicación la causal de extinción de la acción penal por conciliación sugerida por la defensa.

En ese sentido, manifestó que el instituto conforme se desprende del art. 30 del CPPN según la citada ley, es uno de los casos en que el representante del MPF se encuentra habilitado a disponer de la acción penal. Por tanto, más allá de la conciliación entre las partes, la conformidad fiscal es un elemento insoslayable para su viabilidad puesto que se trata de la subsistencia o no de la acción penal.

Al respecto, destacó que el MPF tiene por función intervenir en todos los asuntos en los que se encuentren involucrados el interés de la sociedad y el orden público, como así también debe promover la actuación del poder judicial en defensa de la legalidad e intereses generales de la sociedad.

Por tanto, concluyó que el requerimiento de elevación a juicio implica el interés en la

persecución penal, a lo que debe sumarse su fundada oposición, que es vinculante.

II. En el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, con su actual conformación tuve ya oportunidades de expedirme, con oposición fiscal, sobre la aplicabilidad y vigencia de la causal de extinción de la acción por conciliación prevista en el art. 59.6 CP ("Ruiz" -causa n° 4674-, resoluciones del 11 de febrero de 2016 y su ampliatoria del 28 de marzo del 2016, y "Volpi" -causa n° 4740-, resolución del 11 de febrero de 2016).

En ambas causas el tribunal, por mayoría, decidió homologar al acuerdo conciliatorio y, cumplido éste, hacer lugar al pedido de extinción de la acción penal.

En aquellas oportunidades la representante del MPF se había opuesto a la realización de las audiencias y al pedido de las defensas. Es así que efectué en dichas resoluciones algunas afirmaciones de contenido crítico, ahondando sobre algunos aspectos vinculados al sistema de enjuiciamiento, a la práctica de la oralidad y al rol del MPF en lo atinente a la solución de los conflictos.

Entre algunos párrafos que se introdujeron en aquel voto están los que a continuación se transcriben. En primer término, y respecto de las implicancias que tiene atentar contra la oralidad como práctica necesaria de un mejor servicio de justicia, cité algunos párrafos de la obra de Alberto Binder, en particular cuando cuestiona lo que denomina como "cultura del trámite". Señala Binder que ésta constituye "...un universo de prácticas totalmente escriturizadas, ordenadoras de toda la vida de las oficinas judiciales y del trabajo de su gente [que...] crea una cultura escriturista, de gueto (donde influye quiénes son los dueños del expediente y permiten el «acceso» a



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

otras personas) de hecho secreta o cuasi-secreta, cansina y donde se pierde de vista totalmente lo principal y lo accesorio". Asimismo agrega luego que "...no se trata de una «guerra al papel» ridícula, sino de poner en cuestión un modo específico de burocratización que consiste en la primacía del registro por sobre el acto. Algo así como si a un médico le interesara más la historia clínica que el diagnóstico y cura del paciente y los hospitales fueran grandes centros de administración de historias clínicas...", concluyendo que "...para que la «la crítica al expediente» no sea superficial es necesario desarrollar una profunda política de oralización..." (Binder, Alberto; Derecho Procesal Penal. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal, ed Ad Hoc, Bs As, 2013, p 83).

Destaqué en aquella oportunidad que en esta línea, y a contramano de pretender ensanchar el campo de la escritura y las historias clínicas, la propia ley orgánica del MPF (n° 27148) establece en su art. 9 que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios... h) Eficiencia y desformalización: velará por la eficiente e idónea administración de la información, recursos y bienes públicos. Procurará que los procedimientos sean ágiles y simples sin más formalidades que las que establezcan las leyes".

En ese sentido, luego de hacer algunas consideraciones sobre la práctica de audiencias preliminares, destacué que en casos como los de estudio en los que las audiencias implican además la citación a los presuntos damnificados, la presencia activa del representante del MPF es necesaria en atención a lo dispuesto en el art. 9.f y 9.e de su propia ley orgánica que indica como principios funcionales del MPF el de "orientación a la víctima" al señalar que "...deberá dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la

víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto", y el de "gestión de los conflictos" indicando que "...procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social".

Luego de ello, en ese mismo tribunal con la misma composición, pero con la participación de otro fiscal que consideraba aplicable el instituto, también me expedí en numerosas oportunidades desde el caso "Sanabria" (causa n° 4939 del registro de ese TOC 15, de fecha 05 de marzo de 2016)

Sostuve en este último caso que era adecuado destacar la actuación del representante del MPF quien -mediante una intervención de gran solidez- había llevado a la práctica concreta los principios antes mencionados (oralidad, intermediación, concentración y búsqueda de resolución del conflicto con activa participación de los propios involucrados).

Muchas veces se ha dicho ya que el sistema penal es fuertemente selectivo, que no soluciona los conflictos sino que suele agregar más dolor a la situación que aborda, que expropia los conflictos de las partes y que los gestiona de acuerdo a intereses ajenos a ellas, y que aquella selectividad con la que opera es irracional en tanto se ocupa de las afectaciones menos graves y desatiende las mayores afectaciones de bienes jurídicos.

Una forma de procurar desandar esas características estructurales del funcionamiento de la administración de justicia penal es avanzar con los procesos de reforma procesal en la medida en que ellos consideren seriamente la necesidad de destinar los recursos del sistema hacia los conflictos más graves entre los que, claramente, están los que tienen por afectados a colectivos y, en particular, colectivos vulnerables.

Un actor central de esos procesos de



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

reforma es el MPF ya que posee en su mano la decisión de destinar esos recursos según la importancia y la trascendencia del conflicto. Avanzar en la aplicación del principio de oportunidad, de mecanismos de solución de los conflictos y de gestión no punitiva de ciertas situaciones, no sólo colaboran en minimizar la aplicación del poder punitivo en forma groseramente irracional, sino que además permiten liberar recursos para investigar y juzgar casos que habitualmente no son abordados por el sistema penal.

Los análisis del representante del MPF en el mencionado caso "Sanabria" del TOC 15 y los sucesivos dictados a partir de aquel dan cuenta no sólo de una, a mi juicio, correcta interpretación legal y adecuada aplicación al caso concreto, sino además de una visión institucional del MPF que pone su actuación en sintonía con los principios antes referidos.

En tal sentido, el esfuerzo interpretativo que desarrolló el fiscal Mahiques en dicha audiencia, en torno a establecer criterios generales que le permitieran establecer los casos que pueden ser conciliados y los que no, da cuenta de esa misma preocupación que atraviesa los procesos de reforma procesal.

Sin embargo, estos criterios no son homogéneos en los distintos representantes del MPF (cfr. en tal sentido las compilaciones de decisiones publicadas en Ledesma, Ángela (dir) - Lopardo, Mauro (coord), *Revista el debido proceso penal*, tomo II, ed. Hammurabi, pag. 327 y ss, Buenos Aires, 2016, y Soberano, Marina "Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual", en Martin, A. (codirectores), Freijedo - Vargas (coord.) *Jurisprudencia de la Casación Penal. Justicia Nacional*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, en prensa), tomo I, 2016.

III. Dicho ello, y en relación a la cuestión central en debate, cabría señalar que con el acuerdo expreso del MPF mediante un dictamen sumamente fundado, y con la conformidad expresa de las partes involucradas en el conflicto, no existiría jurisdicción en el tribunal que le permitiera avanzar en un sentido de habilitación de poder punitivo. Por el contrario, en los supuestos de oposición fiscal a pesar del expreso acuerdo de presunto damnificado e imputado, corresponde analizar las razones de la oposición para establecer si ellas postular cuestiones que hicieren plausible no homologar el acuerdo con las consecuencias previstas en el art. 59.6 CP.

Previo a dicho análisis, y de acuerdo con lo novedoso de la cuestión con relación al debate que se está presentado respecto de la vigencia del art. 59.6 CP, vale recordar las consideraciones efectuadas en las primeas de las resoluciones ya citadas ("Ruiz" y "Volpi") y que reiterara a partir del caso "Sanabria".

Sostuve allí que debe indicarse inicialmente que nadie ha dudado siquiera que la disposición prevista en el art. 59.6 CP (según ley 27147) está vigente. En tal sentido se han pronunciado todos los jueces que han tenido que expedirse sobre estos tópicos (cfr. TOC 1 causa n° 41258/2012 -reg. 4551 de ese tribunal- "González", resolución de fecha 30 de noviembre de 2015; TOC 7 causa n° 635/2014 -reg. 4658 de ese tribunal- "Fernández", resolución de fecha 26 de noviembre de 2015; TOC 20 causa n° 39889/2014 -reg. 4310/4667 de ese tribunal- "Eiroa", resolución de fecha 11 de diciembre de 2015, entre otros) y también reconocidos juristas (entre ellos: Pastor, Daniel; Diario DPI. Diario Penal, columna de opinión, publicación del 11 de septiembre de 2015). En efecto, el 18 de junio de 2015 se publicó en el



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

Boletín Oficial la ley 27147 que modifica la redacción del art. 59 del CP.

Cierto es que por ley anterior 27063 el Congreso Nacional dictó el nuevo CPPN que regula la conciliación en su art. 34, y que por ley 27150 el Congreso decidió que el código procesal se aplicaría a los nuevos casos a partir del 1° de marzo de 2016. Esta situación, lejos de articular y aclarar, ha enturbiado la discusión. En ese marco, se han desarrollado debates sobre si la postergación de la implementación del CPPN afectaba o no la vigencia del art. 59.6 CP, y más aún, si el DNU dictado por el PEN impacta de alguna manera sobre ello.

Desde mi punto de vista esa cuestión es de segundo orden. El aspecto nodal es si una disposición del Congreso Nacional introducida en el Código Penal vigente para todo el país, puede ser inaplicable por alguna jurisdicción -cualquiera fuera- con la excusa de que la legislatura local -o el mismo Congreso en materia federal y nacional- no ha dictado aún una regulación procesal o, más aún, de que la ha dictado pero para implementarla en un futuro determinado -a lo que se suma que el PEN dictando un DNU ha suspendido la fecha de implementación-. En suma, la cuestión es si una causal de extinción de la acción penal vigente para todos los habitantes del país puede ser inaplicable por los jueces de alguna jurisdicción con la excusa de falta de regulación procesal. La respuesta es, a mi juicio, indudablemente negativa.

Cierto es que la regulación prevista en el art. 59.6 del CP a la causal "conciliación o reparación integral" añade el giro "...de conformidad con las leyes procesales correspondientes". Sin embargo, ello no puede ser de ninguna manera entendido en el sentido de que de no existir una ley procesal penal en una jurisdicción esa causal de extinción de la acción no se aplicará para los

habitantes de ese territorio.

Sobre ello corresponde decir que las facultades delegadas por las provincias al gobierno nacional -en el caso, el dictado de un único código penal para todo el país- no pueden ser invadidas de forma tal de producir el efecto de afectar el principio de igualdad ante la ley de los habitantes del país.

La interpretación más adecuada de aquella disposición final del art. 59.6 CP, consiste entonces en que el Congreso Nacional ha establecido una nueva causal por la cual una acción debe considerarse extinguida pero sin avanzar en la forma de su regulación procesal porque ello sí es exclusivo de las provincias.

En consecuencia, definida la existencia y vigencia de esa causal de extinción, y sólo luego de ello y como cuestión de menor relevancia comparativa es que deberá evaluarse cuál es el soporte procesal que el juez, para hacer vigente ese derecho deberá utilizar.

Es aquí donde se deberá evaluar si el nuevo CPPN (ley 27063) está vigente, o si es a otro cuerpo normativo al que hay que acudir -que por cierto los hay en el ámbito nacional en diversos códigos procesales, inclusive en el CPPN para los delitos de acción privada-, adviértase que el art. 59.6 CP alude a las leyes procesales correspondientes y no al código procesal penal correspondiente.

Es por ello que digo que establecer si el nuevo CPPN puede ser aplicado o no es, al menos para esta cuestión, un aspecto de segundo orden, ya que sólo tiene que ver con la forma procesal de implementar el mecanismo de conciliación y extinción de la acción, aspecto sobre el que volveré más adelante.

IV. Es entonces relevante retomar el



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

análisis e insistir en que la causal de extinción de la acción penal por conciliación (art. 59.6 CP) se halla vigente para todos los habitantes del país desde que fuera incluida en el Código Penal.

De las resoluciones dictadas por otros tribunales, quien mejor ha definido el punto es la jueza Mallo al señalar que "...no puede una ley de forma obstaculizar la aplicación de una ley de fondo y este es el meollo de la cuestión, pues no cabe lógicamente admitir que las vicisitudes de la implementación de un código adjetivo impidan al ciudadano ser acreedor de un beneficio establecido por la ley sustantiva y para todo el país, y que tiene como efecto ni más ni menos que extinguir definitivamente la acción penal, evitando la estigmatización del sujeto". A continuación agrego la jueza Mallo "(n)o se trata, entonces de legislar, como bien responde el colega preopinante... sino de aplicar una norma vigente en todo el país, pues toda otra solución obstaculizante implicaría tanto como violar el derecho constitucional de igualdad ante la ley".

Cierto es que la disposición del código penal establece que la extinción de la acción se dará, entre otras, por "...conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes", pero esta última referencia no puede ser entendida en el sentido de que el Congreso Nacional permite su aplicabilidad o no a las legislaturas provinciales.

En esa línea, cabría preguntarse, despejando la confusión que nos trae en esta jurisdicción la sanción de la ley 27063, qué correspondería resolver en una provincia que no sólo no tuviera regulada la conciliación en la ley procesal penal, sino incluso que estuviera expresamente prohibida en ella. La respuesta sería evidente para todos. La disposición penal que

regula una forma de extinción de la acción no puede ser derogada por una ley provincial o inaplicada por la omisión de esa legislatura en definir un procedimiento para ello.

Atravesados por la inminencia de las fechas, varios jueces hicieron referencia a lo absurdo de tener que esperar al 1° de marzo de 2016 para resolver lo que ya podrían resolver al dictar sus fallos. La novedad del DNU dictado por el PEN - sobre el cual no abriré de momento juicio sobre su constitucionalidad- conlleva ahora la posible alternativa de que el nuevo CPPN no se implemente durante algunos años. La violación del principio de igualdad entre habitantes de distintas provincias sería evidente, pero más aún si se considera que también habría diferencias entre habitantes de la Ciudad de Buenos Aires imputados por delitos no transferidos aún a la jurisdicción local, y los mismos habitantes imputados por delitos que ya son investigados y juzgados por la justicia de la CABA, todo ello respecto no ya de disposiciones procesales diversas sino del mismo instituto previsto en el Código Penal único para todo el país.

Sobre este tópico cabe añadir que la CSJN ya ha dicho en numerosas oportunidades que, dispuesta constitucionalmente la unidad de la legislación civil, penal, comercial y de minería, como consecuencia de la unidad política de la República, no es admisible que los Estados autónomos puedan destruir aquella unidad al dictar en sus disposiciones normativas (incluyendo a las constituciones provinciales) privilegios o exenciones al margen de la legislación general (Fallos 57:337, 147:88, 103:373, 133:161, 159:326, 303:1801, entre otros).

Sin duda estamos ante un caso análogo a los resueltos por la CSJN en aquellos precedentes donde, en algunos de ellos, el estado provincial



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

dilataba los plazos para que los habitantes de la provincia no pudieran ejercer el derecho que les confería de determinada forma el código civil. En el caso que nos ocupa, la posibilidad de extinguir la acción por la vía de la conciliación o la reparación integral ya ha sido dispuesta por el Congreso Nacional en su rol de legislatura federal para todos los habitantes y ello no puede ser suspendido, eliminado o diferido por la decisión de ninguna legislatura sin afectar no sólo el sistema federal sino también el principio de igualdad ante la ley.

En esta última línea, inclusive respecto de aspectos procesales cabe recordar que la CSJN, en el caso "Verbitsky" (Fallos 328:1146), sostuvo que "...tanto en materia procesal penal como de ejecución penal se plantea la cuestión de la competencia legislativa. Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley" (consid. 55 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti).

V. Resuelta esta cuestión, en el sentido de que la causal de extinción está vigente para todos los habitantes del país, es correcta a mi juicio la referencia y sus citas que hace el juez Gabriel Vega en el fallo ya citados del TOC 7. En tal sentido, en el primero de ellos indicó que "(a)l margen de las opiniones que se puedan

sostener argumentativamente acerca de si todo lo atinente al ejercicio de la acción penal y su extinción constituyen normas de fondo o de forma, lo cierto es que la regulación de esos institutos jurídicos en ambos códigos, pareciera dar pábulo a la idea de que la sola mención de aquellos en el Código Penal, establece un imperativo que a modo de ley marco la legislación local no tiene margen para desoír, sino, cuando mucho, para reglamentar con mayor alcance -en términos de garantías lo que el propio código sustantivo acuerda expresamente". Así, Gabriel Vega continúa citando a Zaffaroni, Alagia y Slokar quienes señalan que "...las disposiciones procesales del código penal deben ser entendidas como garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar", y que "...no puede explicarse una parcial competencia legislativa federal en materia procesal por la necesidad de dejar a salvo el principio de igualdad a secas... sin embargo el criterio de igualdad es atinado, si la legitimidad de la ley marco se funda en la admisión de que las garantías procesales se realizan de modo progresivo y diferenciado en cada legislación y, por tanto, en la necesidad de establecer un criterio mínimo parejo para todo el país" (Derecho Penal, Parte general, ed Ediar, 2000, p 160 y ss.).

En consecuencia, los efectos que deben asignársele a la redacción de la última parte del inciso en análisis no pueden consistir en avalar la derogación o suspensión de la causal extintiva por acción o inacción de la legislatura local. Por el contrario, debe considerarse esa redacción en la línea de lo que postulan Zaffaroni, Alagia y Slokar en el pasaje citado por Gabriel Vega.

Esta línea hermenéutica de la disposición del art. 59.6 CP, en especial de su última parte, es compatible con las directrices referidas por la CSJN en tal sentido. En efecto, sobre la



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

obligatoriedad de concebir el sentido de las normas en la forma que más derechos acuerde y, el especial carácter restrictivo que debería seguirse en pos de habilitar poder punitivo, también fue afirmado por la propia CSJN. En efecto, en el caso "Acosta" (Fallos 331:858) dictado el 23 de abril de 2008, los jueces Zaffaroni, Lorenzetti, Maqueda y Fayt, conformando la mayoría, no sólo dispusieron que optar por la denominada "tesis restringida" del instituto de "suspensión del juicio a prueba" (art. 76 bis CP) importaba una "...exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce...". En efecto, comprender ese precedente con ese exclusivo alcance importa una mirada acotada de lo valioso de las consideraciones efectuadas por la CSJN en el considerando 6°.

En el fallo se citaron precedentes que establecían o recuperaban reglas hermenéuticas tradicionales en la jurisprudencia de ese tribunal, pero además se añadió una especial indicación en lo que hace a la interpretación de la ley penal. En efecto, en dicho decisorio se indicó que "...la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal."

En este mismo sentido, debe añadirse que la CSJN con fecha 13 de marzo de 2012, en el caso "F., AL s/medida autosatisfactiva" (F.259.XLVI),

volvió a reiterar esos mismos conceptos en lo que hace a la interpretación de la ley penal, más específicamente en la correcta forma de entender el alcance del aborto no punible.

En definitiva, lejos de hallarse autorizado el intérprete a considerar la redacción de una disposición penal de la manera que mejor le parezca, está obligado a optar por la que más derechos acuerde al ciudadano frente a la habilitación del poder punitivo.

VI. Vinculado a lo dicho cabe añadir que considero que no es menor, en este análisis, lo que refiere el juez Pablo Vega en dos pasajes de su voto del TOC 20 antes citado, como así también la jueza Mallo en ese mismo fallo, y que muchas veces la justicia penal pierde de vista. Indicó Mallo: "(e)s sabido que todo sistema de justicia criminal constituye el ámbito a través del cual el Estado ejerce su poder más violento sobre los derechos de los ciudadanos, y por ende, su utilización debe reservarse para hacer frente a los conflictos más graves y siempre que no se halle otra respuesta o salida alternativa a través de otros ámbitos de actuación estatal. Es lo que ha venido a llamarse subsidiariedad del derecho penal o principio de *extrema ratio*, premisa indiscutible desde los ámbitos académicos y doctrinarios pero que no mereciera, hasta ahora, un cambio desde la positivización de las normas que permita acceder a todos los justiciables -en igualdad de condiciones- a esas nuevas formas de solución del conflicto, humanizando concretamente el proceso".

En esa línea afirmó Pablo Vega que "...la primera pregunta que podríamos formularnos es si la dilación de la vigencia de una norma sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Ejecutivo frustra necesariamente la operatividad de un precepto de derecho sustantivo vigente que permite



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

disolver el conflicto y evitar la reacción punitiva estatal”, añadiendo en otro tramo del voto que la interpretación, en definitiva que se impone a los jueces es la que “...más derechos consagra a la vez que se corresponde con el principio *pro homine* el cual, en una de sus manifestaciones, impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa -a diferencia de lo que suele suceder en el ámbito penal- una interpretación *pro homine* no implica solamente menor poder punitivo habilitado para el imputado, sino la disolución del conflicto como con mucha justeza refiere Vega. Estamos aquí en presencia de la impronta inquisitiva que Binder destaca -con conocidas citas de Foucault- como “la tradición de considerar el delito como infracción”. Frente ello, es imperioso recuperar y afianzar la tradición de concebir el delito como “conflicto”, tal como lo conciben las modernas regulaciones procesales imponiéndole a los jueces -pero también a los fiscales- la resolución ellos (cfr. Ley orgánica del MPF n° 27148 -art. 9.e-, nuevo CPPN ley 27063 -arts. 12 y 22-, CPP CABA ley 2303 -art. 91-, entre muchos otros).

Estos casos hacen evidente que la pretensión de habilitación de poder punitivo y, consecuentemente, no poner fin a la lógica punitiva, sólo se realiza con la excusa de controlar la desobediencia, de castigar las infracciones a la ley, y por sobre todo, desentendiéndose de la voluntad de los involucrados en el conflicto. Escuchamos en la audiencia al presunto damnificado que con claridad ratificó su voluntad de acuerdo que ya había puesto fin al conflicto y su conformidad con poner fin a la judicialización.

No homologar el acuerdo realizado en paridad, sin sometimiento de ninguna de las partes

sobre otra y sin un interés social prevalente, implica además de mantener habilitada la vía punitiva hacia el imputado, sumar afectaciones a la otra parte involucrada en el conflicto privándola de resolverlo definitivamente e imponiéndole la obligación de seguir sujeta a un proceso penal imbuido en la cultura del trámite del que no podrá esperar más que nuevas molestias y nuevas afectaciones.

VII. Definido lo anterior, cabe realizar - tal como se lo adelantó- algunas consideraciones en torno a la forma procesal de implementar, frente a la posible ausencia de una regulación procesal específica, el mecanismo de conciliación y extinción de la acción penal.

Partiendo de la base de que la decisión de que la conciliación y la reparación integral del perjuicio sean una causal de extinción de la acción penal es algo que ya ha sido decidido por el propio Congreso Nacional al incorporar el art. 59.6 al CP, y teniendo en cuenta, tal como fue resaltado, que la posible "mora" del legislador local no puede de ninguna manera ser un obstáculo al momento de aplicarla, resulta esclarecedor resaltar la posición tomada por la CSJN en el tema.

En este sentido, desde antaño la CSJN destacó que "...donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías" (Fallos: 239:459, 241:291 y 315:1492) -algo que cobra aún más relevancia en la discusión de este caso, ya que el legislador nacional, materializando



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

el principio de *ultima ratio* que debe regir en la utilización de la vía penal, efectivamente ha previsto la posibilidad de que los protagonistas de un conflicto penal puedan acudir a la vía de la conciliación para solucionarlo-; agregando, más recientemente, al establecer reglas acerca del modo en que deberían ser llevados adelante los procesos donde se entablaban las denominadas "acciones de clase", que "...frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular" (caso "Halabi", Fallos 332: 111, consid. 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni).

Es en este punto donde, frente a la necesidad de materializar procesalmente esta vía de extinción de la acción penal -y siguiendo la línea jurisprudencial de la CSJN- resulta necesario hacer algunas consideraciones sobre cómo, hasta tanto el legislador local decida regular sus aspectos de detalle en el ámbito del proceso penal, ella debería ser llevada adelante.

Específicamente sobre el caso de estudio, cabe recordar que el art. 59.6 CP señala que la extinción de la acción se producirá si mediare una conciliación de conformidad con las leyes procesales. Al respecto no hace el legislador nacional una referencia a la ley procesal penal. En consecuencia, sobre lo que importa una conciliación basta para consultar su regulación en la normativa civil y comercial, laboral o, incluso en lo que se menciona en el propio código procesal penal en relación a los delitos de acción privada. La escasa

o nula formalidad que tiene un proceso de conciliación en esos ámbitos permite concluir que para ello bastará que los involucrados se junten por sí y/o a través de representantes, que aquellos comprendan el sentido del proceso en la línea de que lo que se busca es resolver el conflicto de una forma alternativa a la sanción penal, y que la solución a la que arriben haya estado enmarcada por la voluntariedad de todos los intervinientes.

En el caso la propuesta efectuada por parte de A, en la convocatoria que la defensa oficial realizó al presunto damnificado, está además enmarcada en lo dispuesto en el art. 42 incisos d) e i), de la ley orgánica del MPD n° 27149 cuando señalan que es función de los defensores públicos "intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentar a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación", y "convocar personas a su despacho cuando sea necesario para el desempeño de su ministerio".

En suma, arribado a un acuerdo y explicitado ello, corresponde establecer cuál es la función de los jueces en lo penal. La dinámica y exigencias de este tipo de audiencias no es distinto a las que se llevan adelante en otros fueros donde la conciliación tiene ya una historia. Asimismo existen también estudios sobre sistemas de enjuiciamiento adversariales que informan al respecto. En consecuencia, se puede afirmar que es deber de los jueces en audiencias de acuerdos "...desarrollar un control estricto de la voluntad de las partes durante la audiencia, pero siempre asumiendo que el control no significa reemplazo y en función a ello, si las partes han arribado a un acuerdo y este acuerdo ha sido realizado en forma



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

voluntaria... no hay posibilidad de establecer oposición desde el punto de vista del juez" (Lorenzo, Leticia; Manual de litigación, ed Didot, Bs As, 2015 p 107).

Es así que el juez tiene por obligación, no sustituir a las partes ni oficiarse como conciliador en el conflicto, sino chequear que el acuerdo arribado entre aquellas no ha sido hecho en un marco de sometimiento o dominación de una parte por sobre la otra. Además se deberá acreditar que ha habido una conciliación entre las partes involucrada y que han arribado a un acuerdo que posee por efecto la conclusión del proceso penal.

Cabe señalarse aquí, lo relevante que es desarrollar estas actividades en audiencias con presencia de todas las partes y del tribunal para evitar las improntas inquisitivas del escrituralismo que, sin dudas, impedirían desarrollar esas obligaciones en la forma más adecuada para un actividad que pretenda ser un servicio de justicia.

VIII. En el caso de análisis es de absoluta relevancia lo acontecido en la audiencia desarrollada. En ella el imputado expresó con claridad su voluntad de solucionar el conflicto de connotación penal que ahora él tenía en el marco del proceso, pero que el conflicto original ya había sido solucionado por las partes. Afirmó A que había ya hablado con Ibarra y que habían llegado a un entendimiento mutuo. En ese sentido también se expresó el presunto damnificado, que estaba presente en la audiencia y reafirmó que él no quería el dinero que le habían ofrecido como reparación, pero que luego le explicaron que era importante para el acuerdo. En tal sentido, y sólo bajo esa perspectiva aceptó el dinero que, además, dijo que ya lo había recibido. No es menor destacar que, durante la audiencia Ibarra se refirió a A

como "Javier" y asintió a las demás manifestaciones que la defensora hacía sobre el caso, lo que da cuenta de la solución del conflicto a la que han arribado.

En una conciliación -por definición- las partes se escuchan, presentan sus pretensiones para la solución del conflicto y, en algunos casos ceden parte de ellas, y en otros ambas tienen las mismas para arribar a un acuerdo. En consecuencia, en la medida en que esas cesiones no sean coaccionadas de alguna manera, serán las propias partes las que decidan sobre sus propios derechos. En el caso de análisis el propio denunciante señaló que el conflicto ya había sido resuelto.

IX. Con relación a las objeciones formuladas por el fiscal cabe hacer algunos comentarios adicionales. En primer lugar, las referencias a la "intención del legislador" no parece una fórmula adecuada para resolver este tema. Muy por el contrario, las citas aisladas de algún que otro legislador no permite derivar cual fue la idea de todos y cada uno de los que aprobaron la ley que, por lo demás, no están obligados a emitir una opinión fundada y coincidente con el dictamen de mayoría cada vez que votan por aprobar un proyecto de ley.

Asimismo tampoco es menor que, cualquiera hubiera sido la intención de uno o dos legisladores, el texto de la ley está incluido en el Código Penal y, a partir de ese momento, los legisladores no son las opiniones únicas y autorizadas para con exclusividad interpretar la ley. Por el contrario, esa función es la asignada a los operadores judiciales.

Ahora bien, más allá de que considero que no son adecuados los argumentos del fiscal por los que intenta dar una suerte de "sentido auténtico y unívoco" de los motivos de la reforma procesal a



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

partir de las opiniones de dos o tres legisladores, sería pertinente -siguiendo esa línea argumental- hacer derivaciones o inferencias de las manifestaciones del propio Poder Ejecutivo Nacional cuando en los diferentes proyectos de ley remitidos al Congreso Nacional insiste con la pronta puesta en funcionamiento de un sistema de enjuiciamiento acusatorio y, en esa línea, del respeto a las líneas directrices del CPPN aprobado por ley 27063. A modo de ejemplo basta mencionar la ley 27272 que reforma el procedimiento de flagrancia para el actual código procesal y también del código aprobado en 2014; o las referencias que en la expresión de motivos se consignaron en el anteproyecto presentado el 26 de septiembre de 2016 (expte. PE 165/16). En este último anteproyecto, donde el PEN propone incorporar mecanismos de investigación específicos para delitos complejos, señala que "las modificaciones que integran la iniciativa procuran, por un lado, fortalecer los lineamientos que dieron sustento a la reforma aprobada en el año 2014...", que "el Código Procesal Penal se convertirá en la ley de enjuiciamiento criminal aplicable en los tribunales federales...", que "la presente iniciativa es respetuosa de la letra del código Procesal Penal aprobado por la Ley N° 27.063 [y que] las modificaciones puntuales que aquí se proponen tienden, por un lado, a acentuar el sistema acusatorio... y, por el otro, a reforzar las herramientas con las que cuenta la Justicia para combatir la delincuencia organizada, compleja o transnacional", y que "se busca delinear un sistema de administración de justicia idóneo y eficaz... que permita la justa aplicación de la ley en el tiempo más breve posible, respetando los derechos del imputado y de la víctima".

Por otra parte, insisto, no puede desconocerse que el instituto está vigente en diversos puntos del país donde se practica la

mediación, la conciliación y otros mecanismos de composición del conflicto. Esa situación ahora establecida como piso mínimo de derechos para todos los habitantes del país por el art. 59.6 CP no puede quedar sujeta a la implementación o no de la legislatura local, más allá de que en nuestro caso esa legislatura con funciones de dictado de normativa procesal sea también la nacional.

Es interesante lo sostenido por el fiscal Mahiques en el dictamen favorable a la conciliación que diera en numerosas audiencias realizadas en el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 (entre ellas en el caso "Sanabria" causa n° 4939 del 05 de mayo de 2016, reiterado en numerosos otros casos de ese tribunal). Sostuvo en aquella oportunidad que la norma del art. 59.6 CP "...le cede al legislador provincial, en base a la política criminal de cada provincia, a los fenómenos delictivos propios de cada provincia y a las características de cada distrito, un margen para dar los límites y alcances precisos de esta nueva alternativa de solución de los conflictos", pero, agregó ".sin perforar el mínimo de garantías que reconoce el legislador federal, por debajo del cual ninguna provincia puede pasar. Es decir, no puede reconocer menos derechos que los que reconoce el legislador de forma nacional".

En tal sentido, la afirmación realizada por el fiscal Pérez de la Fuente con relación al caso que aquí corresponde resolver, de que no hay base legal para establecer qué casos podrían ser resueltos por la conciliación hipotetizando sobre qué contestar ante un supuesto de homicidio resulta, al menos inapropiada para un abordaje serio del tema. No hay dudas que ciertos conflictos no podrían ser abordados por la norma en cuestión. Es cierto que una regulación procesal permitiría circunscribir la cuestión con parámetros más claros, pero la omisión legislativa de disponer los



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

parámetros en cuestión no puede ser aceptada sin más por los operadores de justicia. En todo caso estaríamos ante una omisión de la reglamentación de un derecho que, como ocurre en tantas otras situaciones, el servicio de justicia debe definir cómo hacerlos efectivos.

Con un criterio más acorde a los postulados de la ley orgánica del MPF, el fiscal Mahiques en los casos referidos sostuvo que dicha ley orgánica "...viene a reglamentar el art. 120 CN, obliga a los fiscales a tener como finalidad resolver el conflicto, escuchando a la víctima, sus interés y, ofreciendo una respuesta que restablezca la armonía entre los protagonistas y la paz social. Esto lo establece el art. 9.e y 9.f de la ley 27148. Esto significa que en aquellos casos en que el conflicto se pueda resolver cuando el hecho no ha trascendido más allá de una víctima concreta, tiene que tener esta pauta de interpretación y aplicar esta pauta de soluciones alternativas. Ahora bien, si el hecho tiene entidad para afectar la paz social y en definitiva, afectar los intereses de la sociedad, el Ministerio Público no puede delegar en la víctima la facultad de disponer de la acción, porque el Ministerio Público es el titular de la acción. De esta manera, en estos casos tiene que rechazar esta salida alternativa y requerir la actuación de la justicia, en defensa de los intereses de la sociedad".

Es así que a partir de esa directriz que debe marcar la actuación de los representantes del MPF se preguntó "¿Cuáles son las pautas que tiene el fiscal a la hora de evaluar si el hecho trasciende o no a la víctima?" y respondió "...en primer lugar, la existencia de otras leyes que establezcan la prohibición de salidas alternativas, conciliaciones o mediaciones, como lo es el caso de los hechos de violencia de género. También, de instrumentos internacionales a través de los cuales

el Estado se ha obligado a investigar y sancionar ciertos fenómenos delictivos e instrucciones generales de la Procuración, que le dicen al fiscal usted tiene que investigar y buscar la sanción en estos casos, como órgano vertical y jerárquico que es la Procuración General de la Nación”.

Además Mahiques afirmó “...dentro de este contexto, también tengo en cuenta las pautas que establece el código procesal penal aprobado, no vigente. Estas pautas son las que el legislador ha tenido en cuenta como aquellas que afectan al interés general y aquellas que se reducen a un conflicto entre autor, imputado y víctima. Y así lo dice al art. 34 código procesal penal, según ley 27063 `el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los delitos con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieren lesiones gravísimas o de resultado muerte´”.

Por último, haciéndose cargo de la situación referida, de las particularidades del conflicto, y de la autónoma decisión de sus involucrados sostuvo que “...llegado entonces el momento de opinar sobre el asunto, resulta a priori que éste art. 34 deja afuera de aplicación la conciliación un caso como el que aquí se analiza porque opera contra los delitos contra la propiedad sin grave violencia o los delitos de lesiones en tanto sean culposos, es decir, que las lesiones dolosas no están. Sin embargo, excluir la aplicación en este caso sería irracional y un contra sentido, porque permitiría por ejemplo aplicarlo frente a un robo cometido con violencia en las personas que le genere lesiones leves a la víctima, pero que por reglas de concurso aparente no se aplica el concurso de robo con lesiones leves, sino que es robo. Sería injusto conceder una conciliación en ese caso y no en unas lesiones



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

leves solamente. Con lo cual, por razones de racionalidad derivado del sistema republicano de gobierno, entiendo que los supuestos de lesiones leves dolosas entran dentro del espacio de conciliación en el que se pueden homologar o presentar acuerdos conciliatorios”.

Las largas citas efectuadas sobre el dictamen de otro representante del MPF me eximen de profundizar la respuesta a la objeción del fiscal Pérez de la Fuente en este caso.

Con relación a la otra objeción del fiscal relacionada a que A posee antecedentes penales y que, por ello, no puede conciliar el conflicto de una entidad casi insignificante, tampoco puede ser atendida. El fiscal está poniendo límites no contenidos en la ley y que, además, no están presente en ninguna de las legislaciones procesales del país que regulan este instituto. Nuevamente la cuestión se presenta como la tensión de habilitar la mayor cantidad posible de poder punitivo frente a sujetos que han infringido la ley o, por el contrario, abrir vías de composición del conflicto, de rearmado de lazos sociales.

Alberto Binder, retomando las ya clásicas referencias foucaultianas, sostuvo al respecto en su reciente obra señaló que la tradición del delito como infracción y como desobediencia constituye uno de los ejes de la configuración de los sistemas que llamamos inquisitoriales agregando que “...es casi imposible encontrar un sistema penal... en el que no existan prácticas conciliatorias, de mediación o de acuerdos, aun cuando no estuvieran previstas...(pero) también ocurre todo lo contrario, sistemas procesales legalmente orientados a la solución del conflicto (como ocurre con muchos de los nuevos sistemas procesales latinoamericanos) no impiden que la tradición infraccional oriente un sistema de prácticas incluso contra las previsiones legales...” (Binder, Alberto, op. cit., tomo I, p 280)

No obstante ello, cabe señalar que esta situación (oposición a la mediación penal cuando el imputado posee antecedentes condenatorios) ya se ha planteado en otras jurisdicciones. De hecho hace no mucho tiempo, algunos fiscales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires planteaban esta objeción frente a la regulación procesal de la ley local n° 2303. La respuesta jurisdiccional fue contundente en un sentido contrario a la pretensión punitivista de esos fiscales.

Por último, respecto de que esta forma de finalización del proceso es una forma del principio de oportunidad y que, por ende, no puede ser resulta con la oposición del representante del MPF. Al respecto, corresponde señalar que aun aceptando esa clasificación, la oposición fiscal no puede ser irracional, caprichosa o alejada de las circunstancias del caso, y en especial, de los intereses de quien debe proteger especialmente: el presunto damnificado. Sobre esto último volveré luego. Sin embargo, cabe señalar que el fiscal poco explicó al respecto. Obsérvese que en el CPPN -ley 27063- a cuyos debates el propio representante del MPF acudió, regula la situación dejando la hipótesis de conciliación claramente fuera del principio de oportunidad. En efecto, el art. 30 diferencia entre a) criterios de oportunidad, b) conversión de la acción, c) conciliación, y d) suspensión del proceso a prueba, como cuatro supuestos diferentes de disponibilidad de la acción penal. Por su parte, en el art. 31 establece que casos son los que podrían dar lugar a la aplicación de un criterio de oportunidad. En él el CPP enumera las siguientes situaciones: 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



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

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.

Evidente es que la conciliación entre los involucrados en el conflicto, en el CPPN de cuyo debate el representante del MPF se vale para considerar la finalidad de la norma, no lo acompaña en la consideración sobre el alcance del principio de oportunidad. A ello debe añadirse que en el anteproyecto referido se propone añadir un supuesto más al art. 31 del CPPN -ley 27063- respecto de principio de oportunidad y no se modifica lo que a la conciliación respecta.

Volviendo sobre los criterios aplicables, nuevamente resulta pertinente recordar lo ya referido más arriba por otro representante del MPF en las audiencias del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 cuando analizó las pautas directrices del MPF y cómo debe considerar los casos pasibles o no de conciliación. En consecuencia, aun aceptando que esta forma de extinción de la acción configurara una forma de disposición de la acción prevista para el MPF, y que además fuera el fiscal el único con la llave para abrir o no esa vía (lo que no se deriva del art. 59.6 CP, ni tampoco del art. 34 del CPPN -ley 27063-), esa decisión debe superar el tamiz de razonabilidad y ser compatible con la directrices del art. 9 de la ley 27148, lo que no se da en el caso.

En efecto, se le atribuye a A haber provocado un daño en la linga que sujetaba la bicicleta de Ibarra con fines de desapoderarlo de

ella. Esa acción no llegó a consumarse. De hecho, el presunto damnificado no tuvo posibilidad de usar la bicicleta porque ésta fue secuestrada como objeto de prueba por el sistema de justicia que, dicho sea de paso, lo privó de ella durante largo tiempo.

El presunto damnificado acudió a la audiencia y se explayó sobre su decisión de solucionar el caso por esta vía. De hecho indicó que no había aceptado la reparación patrimonial ofrecida por el imputado, y que sólo revirtió esa decisión cuando la defensa le explicó que era importante que el imputado hiciera un gesto por reparar los daños que hubiera provocado.

A tal punto el conflicto está resuelto que el presunto damnificado se refirió al imputado por su nombre de pila en varias oportunidades. Ambos involucrados en el conflicto eran desconocidos hasta ese día y hoy podrán no ser amigos, pero se refieren al otro por sus nombres y conocen algo de sus historias de vida.

La misma pregunta que formulé en otras ocasiones deviene propicio hacerla aquí: ¿cuáles serían las consecuencias inevitables para el presunto damnificado manteniendo abierto este proceso?. La consecuencia será obligarlo, bajo apercibimiento de trasladarlo por la fuerza pública y perseguirlo penalmente por falso testimonio, a concurrir al juicio y declarar en contra de una persona con quien tuvo un conflicto efímero y con quien ahora posee trato.

Si el servicio de justicia no se replantea sus funciones respecto de cómo, cuándo y de qué manera intervenir en ciertos conflictos, no hará más que agudizar esos conflictos y, paralelamente, se ocupará -inadecuadamente- de ellos distrayéndose de llevar adelante los casos con mayor dañosidad social.

No hay dudas que en este conflicto lo



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TO1

mejor que puede hacer el sistema penal es salirse del medio. En definitiva, si de lo que se trata es de llevar adelante acciones que brinden a los ciudadanos un adecuado servicio de justicia, no es correcto restringir derechos dispuestos por el Congreso Nacional bajo interpretaciones restrictivas u otras argucias o rodeos que, en definitiva, sólo tienen por finalidad conservar una de las formas más lesivas del poder del Estado. Por ello, postulo homologar el acuerdo de conciliación al que arribaron las partes y disponer la extinción de la acción penal respecto del hecho calificado como de robo agravado en grado de tentativa imputado a A en este proceso.

Así lo voto.

La juez Marta A. Yungano dijo:

-Vigencia del art. 59 Código Penal versión ley 27147

La ley 27147 incorporó en el art. 59 tres supuestos de extinción de la acción penal, derivados de la aplicación de criterios de oportunidad, reparación integral del perjuicio o conciliación y cumplimiento de las condiciones de la suspensión del juicio a prueba, de conformidad con lo que a su respecto establezcan las leyes procesales correspondientes y, en su caso, el propio Código Penal.

El art. 3 de la ley 27063 dispuso que la entrada en vigencia del Código Procesal Penal será en la oportunidad que establezca la ley de implementación correspondiente, la que deberá contener las previsiones orgánicas pertinentes tanto con relación a los órganos jurisdiccionales como a aquellos encargados de su aplicación.

Debe tenerse en cuenta que el art. 4 que sustituyó el art. 76 del Código Penal dispuso 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 Título”.

Y por último, se estableció que las disposiciones del Código Penal en materia de suspensión del juicio a prueba serán de aplicación supletoria ante la falta de regulación total o parcial al respecto en las leyes procesales.

Sobre esto leemos en la exposición que ante el Senado realizó el Senador Urtubey, que: “...Las provincias argentinas hacen sus códigos y empezaron a admitir que los fiscales podían dejar de lado la acción cuando se producían situaciones de reparación, conciliación o el caso de principio de oportunidad. ¿Qué hicimos nosotros? Para zanjar esta discusión y convertirla en una cuestión casi de gabinete dijimos: Pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista. Por supuesto que en las condiciones que cada ordenamiento procesal penal de la provincia lo disponga. Simplemente, ha quedado conciliada esta diferencia en cuanto a si tenía que estar en el código de fondo; lo hemos puesto allí.” (cfr. Versión taquigáfica de la 4ª Reunión 3ª Sesión ordinaria 27 de mayo de 2015 y citada en los fallos que hasta el momento se han dictado).

Lo anterior fue contemplado en la norma que fue aprobada y, demuestra, a mi entender, que la finalidad del legislador no fue introducir un modo de extinción de la acción penal por reparación, que resulte inmediatamente operativo. En efecto, en caso de que esa hubiera sido su finalidad, pudo haber introducido una fórmula similar a la contenida en el artículo 4º de la propia ley 27.147, en el que se dispuso que: “La suspensión del juicio a prueba se



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

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.”.

A lo antes referido le aditamos que el mismo día en que se sancionó la ley que introdujo la regla de extinción por reparación integral en el art. 59, fue sancionada la ley 27150 que dispuso que el nuevo código procesal en el que se reconocía ese instituto, entraría en vigencia recién el 1° de marzo del año 2016.

Ahora bien, el decreto 257/2015 del 24/12/2015 publicado el 29/12/2015, dispuso: “...Sustitúyese el artículo 2° de la Ley N° 27.150 por el siguiente:

“ARTÍCULO 2°.- Entrada en vigencia. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la Ley N° 27.063 entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, previa consulta con el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN...”.

Y lo dispuesto en este decreto refuerza la idea de que el legislador condicionó la entrada en vigencia del instituto a lo que dispusieran las leyes y recuerdo que “...Es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, y como la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador y se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que

las concilie y deje todas con valor y efecto..." (C.S. Fallos Y. 034, p. 1733; 304 p. 1829; S. 291, XX, 90-11-13, entre otros).

Por estas consideraciones entiendo que la norma mencionada no se encuentra vigente.

-Conciliación

En segundo lugar y teniendo en cuenta que la mayoría del Tribunal resolvió que la norma se encuentra vigente, estimo que debo expedirme al respecto.

La conciliación es una alternativa a la pena privativa de la libertad e implica un acuerdo entre la víctima y el imputado. Sin embargo es necesario recordar que la función del Ministerio Público Fiscal es la intervenir en todos los asuntos en los que se encuentren involucrados el interés de la sociedad y el orden público, debiendo promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, conforme lo dispuesto por la Constitución Nacional y la ley 24946.

De lo anterior se desprende que si adherimos a un proceso acusatorio, la oposición fundada del representante del Ministerio Público, resulta vinculante para el Tribunal.

En el caso que nos ocupa el dictamen del Dr. Pérez de la Fuente reunió los requisitos necesarios para su validez.

Y esto es lo que el nuevo Código Procesal previó en el art. 30 "Disponibilidad de la acción" cuando menciona que 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.

En la audiencia la Fiscalía, luego de fundamentar su opinión respecto de que la norma no



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

se encuentra vigente, se opuso por las razones brindadas a la aplicación del instituto.

Sabido es que es el Estado quien estipula qué conductas deben ser tipificadas y, en consecuencia, perseguidas y penadas; y es el Ministerio Público Fiscal, por el principio de legalidad y del sistema acusatorio, quien tiene a su cargo la promoción y el impulso de la acción penal pública, en función de una pretensión contenida en la misma acción.

Finalmente, siguiendo con lo anterior y respondiendo a los argumentos de la Sra. Defensora, resulta cierta la previsión de la disponibilidad de la acción en los casos de delitos de acción privada, pero no lo es menos que la normativa para los de acción pública, es diferente y que si nos enrolamos en la plena vigencia del sistema acusatorio, tal como se desprende de las presentaciones que la Dra. Ocampo realiza ante el Tribunal, su aplicación debe respetarse en todos los pasos del proceso.

En relación a que la no aplicación del instituto violaría el principio de igualdad ante la ley recuerdo que "...sostener que todos los habitantes son iguales ante la ley sólo constituye un principio valioso pero incompleto. La derogación de los privilegios y fueros en razón del origen o situación social, dispuestos por la ley, constituyen el inicio de todo proceso igualitario pero la cuestión esencial radica en determinar qué se entiende por igual y qué criterios o pautas se emplean para igualar o diferenciar...El derecho, por definición, distingue, crea categorías y dispone clasificaciones...entre muchas otras: deudores/acreedores; mayores/menores de edad; solteros/casados/viudos/separados; capaces/incapaces..." (Conf. Gelli, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina, Ed La Ley, págs. 180 y ss.).

La reiterada doctrina de la Corte Suprema

ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias, es decir sin que se otorguen a unos derechos o beneficios que en las mismas condiciones no se le reconozcan a otros.

En el mismo sentido "Diorio, Homar A. c. Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Prov. de Buenos Aires" (La Ley 1985-C, 594 AR/JUR/167/1985).

A su vez, en el precedente Arana, la Corte reiteró su doctrina acerca de que el art. 16 de la C.N. admite que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que concurren objetivas razones de diferenciación que no sean irrazonables (A. 1 XXXI s/excarcelación del 19/10/95).

Por otra parte, advierto que según se desprende del legajo personal, la situación de A no reúne los requisitos necesarios para pedir, por ejemplo, el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, por lo que, las reglas del sentido común indican que la aplicación del instituto de la conciliación no aparecería, en principio, adecuada.

Para finalizar debo decir que resulta conveniente estipular modos alternativos para la resolución de los procesos, ya que "...la bondad del instituto surge, para el imputado, de la eximición de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de la libertad o de la aplicación de una condena que deje a dicha privación en suspenso, poseyendo así un carácter más resocializador que una pena, y, respecto del damnificado por el hecho, se guarda a través de su aplicación mayor contemplación, ya que en algunos supuestos el castigo al procesado puede volver a perjudicarlo ya que a aquél, generalmente le dificultará la reparación del daño o incluso lo impedirá completa y definitivamente (Conf. Roxin, Klaus "La reparación del sistema jurídico penal de sanciones" en Jornadas sobre la reforma del derecho



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

procesal de Alemania, Consejo General del Poder Judicial).

Sin embargo, entiendo que no es función de los jueces remediar falencias de técnica legislativa o problemas de implementación de las reformas a cargo del Poder Ejecutivo, respetándose así la división de poderes.

De lo expuesto entonces voto en primer término por la no vigencia de la reforma del art. 59 del Código Penal y en segundo lugar porque no se haga lugar a la conciliación y a la consecuente extinción de la acción penal y sobreseimiento del imputado A.

La jueza Patricia Llerena dijo:

Con relación a la vigencia del Art. 59 inciso 6° del C. Penal, adhiero a lo expresado por el Sr. Juez Adrián Martín.

Ahora bien, durante la audiencia, el Sr. Fiscal General sostuvo que la conciliación era una forma de ejercicio del principio de oportunidad que le cabía al nombrado y que por ello se oponía, ya que no estaba en vigencia el Código Procesal Penal aprobado por la Ley 27.063.

Sin perjuicio de recordar las circunstancias señaladas por mi colega Dr. Martín respecto a los motivos de la no vigencia, establecida en un decreto, y que, a pesar de ello en los distintos proyectos de normas que se están cursando al poder legislativo o que han sido aprobadas por éste, se hace expresa mención a la ley 27.063, cabe señalar lo siguiente: 1°) el delito en el marco de las disposiciones legales del art. 59 del Código Penal - en vigencia- es un conflicto; 2°) la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal n° 27.148, -dictada bajo el marco de lo establecido por el art. 120 de la Constitución Nacional-, en su artículo 9, incisos "e" y "f" impone a los fiscales el deber de buscar una solución al conflicto para

reestablecer la armonía entre los protagonistas de él y la paz social, tomando en cuenta los intereses de la víctima; 3°) como conflicto debe escucharse a las partes, para poder establecer si en ciertos casos se puede renunciar a la sanción penal; 4°) a pesar de la interacción de las partes no se debe desechar la representación del Estado, ya que cuando de delitos de acción pública se trata, se podría verificar que el hecho trasciende a las víctimas en concreto, sea porque han lesionado bienes jurídicos no disponibles por estas últimas, o porque se ha lesionado bienes jurídicos supraindividuales; 5°) no obstante ello, la representación del Ministerio Público debe tener en consideración los intereses de las víctimas, tan es así que el inciso f) del art. 9 de la Ley 27.148 pone en cabeza del Ministerio Público, dar amplia asistencia y respeto, debiendo dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima. Esto es, pone a su cargo, empoderar a la víctima a fin de que ésta pueda decidir en un pie de igualdad sobre sus intereses; 6°) el Ministerio Público puede oponerse, a pesar de la opinión de la víctima, en cuanto motive en forma racional su oposición en que la paz social se encuentra comprometida. O, cuando se trate de delitos a cuya persecución el país se obligó a través de instrumentos internacionales, como por ejemplo, la trata de personas, el narcotráfico, la corrupción funcional, entre otros.

Con ello como norte, cabe señalar que entiendo que sostener que no es procedente la conciliación prevista en una norma de fondo por la no entrada en vigencia de la Ley 27.063 no resulta una respuesta motivada en forma racional a los fines de solucionar el conflicto, que se presenta en este caso, ya que estamos frente a acciones que fueron subsumidas en el requerimiento de elevación a juicio, entre los delitos contra la propiedad, bien jurídico que no reúne las características indicadas



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 26 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 26772/2016/TOI

en el punto 4°).

Por otro lado, en la audiencia se ha escuchado a la persona que aparece como víctima del conflicto, quien al ser interrogada expresó su conformidad con el monto de dinero ofrecido, o, ya abonado, y que estaba conforme con la solución que se le proponía, Así como con las disculpas dadas. Las víctimas pueden presentarse a la audiencia con asesoramiento legal privado o no, ya que como se dijo en el punto quinto del párrafo precedente, es responsabilidad del Ministerio Público Fiscal velar por los intereses de ellas, empoderándola.

Por otra parte, entiendo que el art. 30 de la Ley 27.063 establece distintos tipos de posibilidad de disponer de la acción penal pública por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, siendo ellos: a) criterios de oportunidad; b) conversión de la acción; c) conciliación, d) suspensión del proceso a prueba. Sobre la base de la redacción de la norma, entiendo que el criterio de oportunidad es distinto a la conciliación. Ello además, se ve reforzado en razón de que el art. 59 del C. Penal, texto según Ley 27.147, prevé la extinción de la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad, en el inciso 5°; en tanto que la conciliación está establecido en el inciso 6° de la misma norma.

En razón de ello, con estas aclaraciones adhiero en lo sustancial al voto del Sr. Juez Adrián Martín.

Por todo lo expuesto, el tribunal, por mayoría

RESUELVE:

I. HOMOLOGAR EL ACUERDO CONCILIATORIO
(art. 59.6 CP).

II. DISPONER LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL respecto de **D J A** y, en consecuencia, dictar su **SOBRESEIMIENTO**, en relación al hecho por el cual mediara requerimiento de juicio (art. 336 inciso 1°

CPPN).

Notifíquese.

Ante mí:

En la misma fecha se libraron dos cédulas. CONSTE.-