



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

¿Estamos preparados para la privatización del derecho penal?

Nombre del Tesista: Ana María Blanco

Nombre del Director: Dr. Rubén Fígari

Mendoza, abril de 2020



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

¿Estamos preparados para la privatización del Derecho Penal?

Nombre del Tesista: Ana María Blanco

Nombre del Director : Dr. Rubén Fígari

Mendoza, abril de 200

A Dios.

A mi Familia por estar siempre.

A mi Director por su acompañamiento.

A todos los que me apoyan sin condiciones.

Cada una de las innovaciones estructurales que he esbozado presenta problemas que ponen en cuestión desarrollos jurídicos que durante mucho tiempo parecían seguros. Por ello no puede sorprender que aún hoy, y a menudo, sea muy fuerte la resistencia contra estas evoluciones jurídicas que, en parte, casi aparecen como revolucionarias. En cualquier caso, nuestra ciencia todavía tendrá que trabajar muchos años en las reestructuraciones de nuestro sistema sancionador y procesal introducidas por la victimología y por la idea de la reparación.

Claus Roxin – Pena y Reparación - 2000

Contenido

Tema.....	7
Conceptos Claves.....	7
Introducción.....	8
Capítulo I.....	10
1. Desarrollo histórico y problema actual.....	10
2. La doctrina clásica.....	15
Roxin. La reparación como tercera vía.....	15
Galaín Palermo: La reparación como sustituto funcional de la pena.....	18
Silva Sánchez: Un derecho penal que no obstaculice la reparación.....	19
Contenido.....	22
Capítulo II.....	25
Legislación Argentina.....	25
1. Legislación Nacional.....	25
1.a. Legalidad como regla, oportunidad como excepción.....	28
2. Legislación Provincial.....	29
3. Resoluciones Generales de Procuración.....	30
La práctica y los inconvenientes.....	32
El rol de la víctima.....	34
El rol actual del Ministerio Público Fiscal.....	40
El contenido y alcance de los acuerdos: el rol de la víctima y el rol del imputado.....	41
Capítulo III.....	43
Existen Límites? Casos Conflictivos.....	43
1. Género. Violencia.....	44
1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	46
1.2. Jurisprudencia de Mendoza.....	49
1.3. Jurisprudencia Nacional.....	51
1.3.1. Concesión de la suspensión de juicio a prueba con consentimiento fiscal.....	51

1.3.2. Rechazo de la suspensión de juicio a prueba a pesar del consentimiento fiscal.....	52
1.3.3. Concesión de la suspensión de juicio a prueba con oposición fiscal.....	53
2. Justicia Juvenil.....	54
2.1. Justicia Juvenil Restaurativa.....	55
2.2. Principio de Especialización.....	57
2.3. Control de Convencionalidad y las resoluciones de Procuración.....	58
Capítulo IV.....	60
Doctrina y Jurisprudencia.....	60
1. Doctrina Nacional.....	60
2. Doctrina Internacional.....	62
3. Jurisprudencia Nacional.....	65
3.1. Operatividad del art. 59 del código penal.....	65
3.2. Facultades para dictar normas extintivas de la acción penal.....	66
4. Jurisprudencia Internacional.....	67
4.1. Competencia del legislador para establecer medidas alternativas de resolución del conflicto en el proceso penal.....	67
5. Jurisprudencia provincial.....	68
6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	69
Conclusiones.....	72
Resultados y Discusión.....	72
1. Los acuerdos.....	73
2. La víctima en el proceso.....	74
Referencias.....	77
Bibliografía.....	81
Legislación citada.....	85

Tema

¿Estamos preparados para la privatización del Derecho Penal?

Las nuevas formas de extinción de la acción penal, incorporadas por la legislación nacional argentina y la provincia de Mendoza, vistas como garantía del imputado y la víctima para evitar su instrumentalización por parte del Estado en pos de una supuesta paz social.

La actividad del propio Estado que, a la par de incluir la reparación como forma extintiva de la acción, impide en la práctica su aplicación.

Conceptos Claves

Imputado – Criterios de Oportunidad – Conciliación – Reparación integral – Dictamen Fiscal - Víctima

Introducción

La resolución alternativa de los conflictos surgidos a raíz de la infracción a la ley penal se presenta en los últimos tiempos, en parte debido al resultado de las distintas reformas legislativas, como elemento central para quienes sostienen que el encierro como sanción penal ha demostrado su ineficacia para lograr una sociedad más justa.

Entre quienes aceptan su incorporación al ámbito del derecho penal existen discrepancias tanto respecto a su contenido como a su alcance. Evidenciándose tales diferencias no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia que ha tenido oportunidad de pronunciarse en este tema.

Por ello, a fin de cumplir con el trabajo de tesis requerido para aprobar la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales, presento la investigación realizada acerca del estado actual de la discusión, a partir del análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia en la materia.

Destacando que, ante la amplitud del tema y la existencia de otras alternativas distintas a la prisión y que también ponen fin al proceso penal, en este trabajo solo habré de ocuparme de la resolución alternativa en el caso de acuerdos (reparatorios o conciliatorios) entre víctima e infractor penal.

Para cumplir con este trabajo seguiré el siguiente orden:

Comenzaré con un breve desarrollo histórico de la reparación en el ámbito penal y del rol de la víctima en los procesos penales.

Indicaré los postulados fundamentales de la reparación a la luz de la postura de Roxin, Galaín Palermo y Silva Sanchez.

Indicaré los cambios legislativos ocurridos en Argentina y en la provincia de Mendoza.

Finalmente ingresaré a lo fundamental de la investigación, esto es, si el Estado impide que la reparación, lograda a través de acuerdos entre víctima y autor, ponga fin a la acción penal dando por tierra el intento realizado por el propio Estado de colocarla o bien como una tercera vía originando un Derecho Penal reparatorio o bien como un sustituto funcional de la pena ubicándose en el ámbito de la Justicia Penal Tradicional, incumpliendo así un mandato social atento a su rol de garante de la paz social.

Para ello será necesario verificar cuál es el nuevo (?) rol del titular de la acción penal ante las reformas legislativas y los alcances dados por los distintos criterios jurisprudenciales.

Por último, esbozaré las conclusiones pertinentes a fin de constatar si la hipótesis de trabajo se ha verificado y las implicancias que de ello pudieran desprenderse.

Capítulo I

1. Desarrollo histórico y problema actual

La reparación del daño causado por la comisión de un hecho calificado como delito implica, claramente, la intervención de la víctima dentro del proceso penal ya que, si bien pueden existir parámetros objetivos de valoración, reside en ésta la decisión definitiva acerca de si el daño que ha sufrido ha sido reparado o no.

Así, a los fines de dar respuesta a la hipótesis de trabajo planteada y frente a los nuevos cambios en la legislación penal, es evidente que nuestro legislador ha colocado a la víctima como centro de la escena para valorar si ha existido una solución del conflicto.

Sin embargo, pareciera que es también el propio Estado a través de su política criminal quien impide la aplicación de esta forma alternativa de solución. Por ello, entiendo legítimo, preguntarnos si puede afirmarse que, en definitiva, se ha operado una privatización de la Justicia Penal Tradicional, permitiendo al imputado y a la víctima, extinguir la acción y generando, de este modo, una Justicia Penal Reparatoria.

Y, a su vez, atento a las modalidades de estas formas de solución privada, es necesario indagar si el Ministerio Público Fiscal está obligado a escuchar a la víctima y a valorar sus necesidades, perfilándose un nuevo rol del mismo ante una infracción penal, actuando el Estado como un gestor del conflicto particular.

Para intentar pensar el tema, debemos adentrarnos al desarrollo tanto del rol de la víctima en el proceso penal como a los intentos de valoración del daño, advirtiendo que estos parámetros existen desde antaño y su evolución ha sido constante (Ortiz Samayoa, 2003).

Siguiendo el relato de Ortiz Samayoa tenemos que los primeros baremos de incapacidades se hallaron en el Código Ur-Nammu (2129 al 2107 a. C) o las Tablas de

Nippur. Siendo el Código de Hammurabi (1792 al 1750 a. C.), el primer cuerpo normativo completo que contiene un baremo para los daños. Concibiéndose la reparación en sus orígenes como algo meramente moral, ligado a la idea de venganza y el daño recibido.

En Roma, la reparación del daño pierde el sentido de venganza y pasa a adoptar el sentido de valoración económica del daño causado¹. Reparar es, básicamente, deshacer lo hecho, procurar llevar las cosas al estado en el cual se encontraban antes del delito o en el estado en que previsiblemente se encontrarían de no haberse producido el delito²; es decir, volver al *status quo ante*.

Por su parte, Silva Sanchez (2008) afirma que aún cuando el derecho penal público ha tenido como vocación histórica la de neutralización de la víctima, en las últimas décadas, a raíz del auge de la victimología, se inició un resurgimiento del papel de la víctima en el derecho penal monopolizado por el estado. Apareciendo con fuerza la idea del derecho de la víctima no solo a una reparación sino también al castigo del autor idea propia del derecho penal taliónico.

Los sostenedores de esta teoría afirman que si bien la intervención procesal del estado impide la prosecución objetiva del daño inmaterial ocasionado al ser éste castigado, obteniendo la víctima su resocialización, no basta la declaración pública del reproche sino que se requiere la exclusión e inflicción de daño al autor (la ejecución del castigo) ya que solo éste expresa materialmente la idea que se quiere transmitir. Siendo así, el derecho de la víctima al castigo del autor sería un derecho de la víctima frente al estado, que redundaría en un deber de éste.

1 CASAS ESTÉVEZ, J. M., Valoración de la vida e integridad física, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, página 142; también ZOIDO ÁLVARES, JUAN IGNACIO, Valoración de la vida e integridad física, en la misma compilación, Op Cit, página 168. Citado en nota 3 de la Tesis de Doctorado indicada.

2 Citado por María José Ortiz Samayoa en su trabajo de tesis. MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*, Op Cit, página 212. Se busca liberar a la víctima del perjuicio que se le haya producido y en lo posible dejarla en la situación anterior al daño y por lo menos, compensarla por lo injustamente tolerado; y BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, página 33

Si bien el análisis de dicha teoría excede los límites de este trabajo, mayoritariamente la idea sostenida por la jurisprudencia es aquella que afirma que si bien la víctima tiene el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, en el marco de su derecho a la tutela judicial efectiva, éste resulta diferente al derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado.

Entonces volviendo a la idea de escuchar la voz de la víctima dentro del proceso y a la posibilidad de que ésta realice acuerdos reparatorios daño sufrido con el imputado puede decirse que la idea de reparación en nuestros días “abarca aquellas medidas de contenido simbólico que realiza el infractor, tales como la prestación de disculpas; medidas económicas, como la restitución, compensación o indemnización; y medidas materiales, como la prestación de un servicio a favor de la víctima”³. Esto por cuanto es necesario “buscar una reparación más adaptada a la situación de la víctima, adoptando multiplicidad de formas, basándose en la consideración de víctima como ser humano integral”⁴.

Por su parte, Pablo Galain sostiene que el fundamento de la reparación es el principio de subsidiariedad. Advirtiendo en este punto que ahora se da un dialogo de tres al permitírsele a la víctima participar de esa relación que solo se daba entre autor y Estado.

Es lo que se ha venido a llamar ‘la revaloración de la víctima’, en el entendido que no se protege adecuadamente a la víctima privatizando una cuestión pública, sino que se debe intentar de la forma más eficaz posible, una vuelta a la ‘normalidad’ a través del restablecimiento de la ‘paz jurídica’. Para ello es de suma necesidad contemplar los intereses del perjudicado por el

3 LARRAURI PIJOAN, E., La reparación, en *Penas alternativas a la prisión*, página 171, mencionada en nota 12 de la Tesis Doctoral citada.

4 Nota 18 de Tesis Doctoral *La reparación como Tercera vía*: CANCADO TRINDADE cita que para 1993, la Corte Europea de Derechos Humanos había otorgado reparaciones de naturaleza invariablemente pecuniaria en más de 100 casos. El autor hace una completa valoración del sufrimiento humano y como la indemnización económica no es capaz de mitigarlo. También CANCADO TRINDADE, ANTONIO, Voto razonado del Caso de los “Niños de la Calle”, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77, párrafos 29 y 37.

delito, a quien hasta ahora el sistema penal no tomaba en consideración; o peor aún, lo perjudicaba en sus intereses reparatorios a través del encierro del criminal o de la aplicación de una pena de multa (GALAIN, 2005)

De todo lo expuesto se puede afirmar que durante mucho tiempo se ha colocado, por un lado a la víctima y, por otro, a la idea tradicional de derecho penal como público y oficioso a fin de hacer posible el ejercicio del poder punitivo del Estado, entendido como imposición de un castigo al infractor de la norma.

Es posible entonces comenzar a cuestionar este rol del Estado, expropiador del conflicto surgido entre particulares (por ejemplo en los delitos de robo, lesiones, etc), el que reacciona en virtud del interés por el mantenimiento de la paz social y busca una sanción para el infractor, la cual por lo general implica una de-socialización de éste último a través de su encierro en establecimientos penitenciarios.

Este esquema tradicional ha comenzado a dar paso a la intervención de la víctima en la relación bilateral Estado-infractor, reconociéndole a aquella mayores grados de intervención en el proceso penal.

Así, su voz no solo debe ser escuchada en el curso del proceso sino también sus derechos y facultades fueron ampliados dentro del mismo. Y esto no solo para darle continuidad y obtener una sentencia condenatoria y sus vías recursivas, sino también para ponerle fin en forma de solución alternativa⁵.

La incorporación de institutos como los plasmados recientemente en la legislación argentina, tanto a nivel nacional como provincial, permiten, incluso, cuestionar la propia intervención del Estado en esta posible nueva relación víctima-imputado.

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN, in re Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación, S 1009 XXXII, 13/08/1998, Fallos: 321:2021. Reformas al Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) y al Código Procesal Penal de Mendoza.

Además, la evolución del derecho penal en este punto lleva a analizar el fundamento de la pena de acuerdo a sus fines, sean éstos represivos o preventivos, y a la posibilidad de ver a la reparación del daño o solución del conflicto con la víctima como un equivalente funcional de la pena (Galaín, 2005), si ubicamos a la justicia restaurativa dentro del marco de la justicia penal tradicional como complementaria de la misma; o bien visualizarla como una rama autónoma y diferenciada de la justicia tradicional apareciendo como modelo de justicia alternativo a aquélla. Abriéndose paso, de confirmarse esto último, un derecho penal restaurativo frente a un tradicional derecho penal represivo.

En cualquier caso, aparecen también con fuerza extintiva de la acción penal pública y privada, los acuerdos entre imputado y víctima.

Pero a la par de estos acuerdos se advierten los problemas en torno al alcance y contenido de los mismos. ¿Podrán extinguir realmente la acción penal pública? ¿Cuál será su objeto, esto es, cuál será la materia conciliable? ¿Tendrán una base legal en disposiciones de derecho positivo vigente o resultarán de un acuerdo social? Y, en este último supuesto, resultará válido a la luz del principio de legalidad que rige en la materia?

Claramente, como sostiene Kelmelmajer de Carlucci (2005), el tema de la justicia restaurativa, aún cuando lo trabaja en el ámbito del derecho penal juvenil, exige un “cambio de mentalidad” ya que la inexistencia de impedimentos normativos no nos llevan a su aplicación inmediata debido a que se trata de cambiar la manera de ver y de responder a los actos criminales.

Este cambio, a su vez, exige “reconocer que: a) los ofensores son parte de nosotros; b) el sistema social y judicial no es la respuesta única ante el crimen; c) el sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar;”... resaltando y compartiendo con la jurista citada que resulta necesario pensar cuidadosamente las implicancias de introducir una manera diferente de trabajar. La reflexión no debe ser aislada y debe darse entre todos los actores de nuestra sociedad.

Es evidente pero por ello no menos cierto, que la justicia restaurativa no soluciona todos los problemas sociales. De hecho ningún sistema de justicia lo hace. Sin embargo puede afirmarse que es éste el que resulta más adecuado a un Estado democrático de derecho al permitir, para solucionarlo, el consenso entre las partes intervinientes en el conflicto.

Esta respuesta que en el caso concreto pareciera ser individual, exige que el sistema de justicia y la sociedad toda cambie reinterpretando el daño ocasionado por la infracción penal y buscando las alternativas más adecuadas para todos los involucrados. Más aún si puede sostenerse que es el propio Estado quien debe crear las condiciones para que la restauración entre imputado y víctima se produzca.

2. La doctrina clásica

Roxin. La reparación como tercera vía

En su exposición titulada “Pena y Reparación”, ya en el año 2000 Claus Roxin afirmaba la existencia de la “reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como tercera vía” del sistema sancionador.

Allí nos hablaba de la reparación como forma de sanción independiente, apareciendo al lado de las penas y de las medidas de seguridad que establecía el orden jurídico. La diferencia radicaba en que era el autor del conflicto quien tenía que asumir la responsabilidad y colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada.

Ahora bien, resulta necesario demostrar cómo la reparación puede llegar a ocupar el lugar de la pena constituyendo un equivalente funcional de la misma, y en los casos que ocurra, o así pueda plantearse, indicar que características debería adoptar dicha reparación (Galaín, 2005).

Roxin afirma que la reparación descansa en el principio de subsidiaridad. Así la pena solo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos

gravosos, “la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal.”

Entiende que esta inclusión, dentro del derecho penal, de indemnización material e inmaterial de la víctima “significa que el Derecho penal se aparta de la idea abstracta y que hace un giro hacia la realidad social”, considerando que la reconciliación caracteriza la transición del derecho penal desde la atribución de meros significados a la solución social de conflictos.

Colocando a la víctima en un rol decisivo sostiene que el acuerdo logrado entre autor-víctima transforma al proceso penal de una situación relacional bilateral en una trilateral, logrando que la víctima aparezca como “co-actuante de una solución social del problema” en contraposición al proceso penal visto tradicionalmente como un procedimiento entre el Estado y el imputado.

Como sostiene este autor, uno de los mayores logros del siglo XIX es la distinción entre el derecho penal y el derecho civil. El derecho penal va a ocuparse de la relación del estado con el delincuente. Se corta, de esta forma, el lazo entre autor y víctima y esta última llegado el caso debe recurrir al derecho civil a fin de que sean escuchadas sus pretensiones. Pero ya en el año 2000 en conferencia pronunciada en Villahermosa, México, el autor alemán, admite que esta separación es un camino equivocado y advierte la necesidad de una “reaproximación” entre ambas ramas del derecho (Roxin, 2000).

Así, a la par del proceso penal contradictorio cuyos actores, ministerio fiscal e imputado, se enfrentan como adversarios, aparece una forma consensuada diseñada para la reparación y el entendimiento. La importancia de esta etapa radicaría en el interés del imputado en llegar a un acuerdo con la víctima y salir en las mejores condiciones del proceso.

El Estado también tiene interés en la instrumentación de este acuerdo y “esto significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser completado con reglas independientes para

un proceso consensuado, pues en un proceso así hay que llegar a acuerdos cuya conclusión, licitud, contenido y límites tienen que ser determinados legislativamente mediante un aparato especial de reglas”.

Respecto a su contenido afirma claramente que si bien las propuestas son diversas en los detalles, “la idea fundamental es la misma: se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima”.

También el autor nos aclara que si, tanto la compensación como la reparación entre autor y víctima, han encontrado amplia aceptación, esto es debido a las ventajas prácticas que traen aparejadas, para éstos así como para la administración de justicia ya que estas formas de resolver los conflictos son positivas a la luz de la teoría de la pena, sea ésta de la naturaleza que fuere (prevención general, prevención especial o su combinación).

Sostiene así Roxin, que para alcanzar un efecto de confianza social son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima, debido a que la generalidad de los ciudadanos no considera que la fractura del Derecho haya sido ya curada con un castigo del autor, en tanto en cuanto el daño que ha sufrido la víctima no haya sido remediado y la paz jurídica perturbada no haya sido restablecida mediante un acuerdo entre ambos.

La conciliación, pensada con autonomía jurídico sancionatoria, debería tener un procedimiento distinto, así “previo a la apertura del procedimiento principal, un debate ante un juez especial de restitución, quien debe esforzarse para lograr un acuerdo de reparación entre autor y víctima. Si se arriba a él, entonces se podría, en algunos casos, clausurar la persecución penal bajo reserva de la prestación; en otros, prescindir de la pena o atenuarla bajo condena de culpabilidad” (Roxin, 1991)

Hasta aquí el pensamiento del jurista alemán el cual advierte los beneficios de los acuerdos reparatorios entre autor y víctima, tanto para los involucrados, como para la administración de justicia y la sociedad toda, a la par que nos identifica sus consecuencias: una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la misma, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima.

Resultando esta forma de pensar el derecho como la que mejor concilia los intereses de la víctima en obtener una respuesta que la satisfaga, más allá de la sanción de encierro que dispone el derecho penal, casi con exclusividad, para resolver este conflicto.

Galaín Palermo: La reparación como sustituto funcional de la pena

Pablo Galaín (2005) refiriéndose al trabajo de Roxin, “Pena y reparación” sostuvo que el Profesor alemán entiende conveniente la aceptación de la Wiedergutmachung [reparación] sustituyendo o atenuando complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga ‘mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna’. De esta forma, el principio de subsidiariedad reclama esta tercera vía.

Justifica así a la reparación en el catálogo de sanciones por las ventajas político–criminales que trae aparejadas para todos los intervinientes en el conflicto causado por el delito. Esta tercera vía beneficia a la víctima específica del delito, a su autor, a la sociedad y a la Administración de Justicia. Lo importante es el sentido de ‘reparación’ del daño causado a través de un comportamiento positivo y de alguna forma ‘reparador’.

En su trabajo Galaín, como él mismo sostiene, ha indicado algunos aspectos de Roxin en relación a considerar a la reparación como una tercera vía punitiva; coincidiendo con él en que el sistema penal debe considerarse como un sistema penal de alternativas.

El autor explica que, siendo penalmente relevante el retorno al *statu quo* anterior al delito, cualquier delito puede ser reparado desde el punto de vista penal, mostrando el interés

del autor en re-integrarse a la sociedad y brindar satisfacción a la víctima directa; y, además, que debe ser bienvenida la reparación como medida sustitutiva de la pena de privación de libertad ya que toda medida que cumpla con los fines de la pena y signifique un sacrificio menor (principio de necesidad) debe ser considerada mejor que la pena privativa de libertad.

Respecto de la finalidad de estas alternativas, el autor entiende que es preventiva especial positivo o resocializadora. En ese sentido, pueden considerarse determinados actos de reparación como ‘sustitutos’ de la pena, ya que dan cumplimiento a los fines pretendidos con ésta.

Sin embargo, no vislumbra la posibilidad de considerarla como una tercera vía punitiva por una cuestión de falta de independencia de fundamentos dogmáticos y de política criminal. Así, la pena tiene como medida a la culpabilidad y las medidas de seguridad a la peligrosidad; sin embargo, la reparación tiene la misma justificación que las penas y las medidas, ya que suponen la comisión de un hecho antijurídico y que todas ellas consideran el pasado tanto como el futuro en sus aspectos preventivos.

Pero, a pesar de ello y político-criminalmente, la reparación puede cumplir su función de alternativa de la pena en general, atendiendo al principio de subsidiariedad, en base al cual el juez podría exigir la reparación en lugar de la pena privativa de libertad y de la multa, como otra de las alternativas a la pena ya existentes. Esto es, sin una autonomía dentro de las sanciones penales.

Concluyendo, a mi entender, que la misma no resulta una tercera vía como propone Roxin sino más bien un sustituto funcional de la pena, esto es una alternativa a la ésta, cuando las circunstancias así lo justifiquen en virtud del principio de subsidiariedad.

Silva Sánchez: Un derecho penal que no obstaculice la reparación.

Por su parte Silva Sánchez (2017), nos habla de una justicia restaurativa complementaria de la intervención del derecho penal público y que, en la medida de lo posible, no resulte obstaculizada por éste. La necesidad de la misma puede verse tanto en casos de condena como de absoluciones por innecesaridad jurídica de pena.

Esto es así debido a que el delito niega el ser personal de la víctima, la cosifica, incluso la destruye para convertirla en un medio para la consecución de los fines propios del autor. El enjuiciamiento, la condena y la pena resuelven el conflicto jurídico-público, pero esto no alcanza para la solución del conflicto que exige la consecución de la paz interpersonal -de la reconciliación- y aunque, admite, esa no es misión del derecho penal, es el Estado el que debe hacer todo lo posible para restablecer el Derecho sin impedir la superación existencial del delito.

Sostiene una visión de la víctima la cual pide ser “levantada o reincluida” debido a que experimenta un daño material y un daño emocional (ira, resentimiento, rencor) derivado de humillación y exclusión derivada del delito. Así, la víctima experimenta un daño psicológico, que viene dado por la sensación de inseguridad, el miedo y la necesidad de modificar sus planes de vida. Y de un autor que sufre, también, un daño moral y/o emocional, “se embrutece como producto de negar la humanidad de la víctima” y, a la par, experimenta el remordimiento, la vergüenza y el aislamiento, por ello la superación de las secuelas del delito se convierte también en tarea para él.

Ambos daños impactan, finalmente, en el conjunto de la sociedad.

Afirma que si bien la imposición y la ejecución de la pena estatal pueden contribuir a la neutralización del daño, no tienen el valor de producir una superación del delito como fenómeno existencial, para ello el Estado debería favorecer la adopción de mecanismos que ayuden a la superación de la dimensión emocional (de víctima y sociedad) que se plasma en el resentimiento. Reconociéndose que los mecanismos de reconciliación resultan mucho más necesarios, en los casos en que se advierte la innecesaridad de la pena.

Es claro que el derecho penal canaliza el conflicto entre el autor, por un lado, y la víctima y la sociedad, por el otro, de un modo que tiende a producir distancia, la cual debe ser reducida por el propio Estado a los fines de hacer posible la reconciliación.

Para esto es necesario que la intervención estatal se limite a la “declaración comunicativa del injusto culpable” lograda a través del proceso penal, el cual comunica al autor imputado que su comportamiento desviado es culpa suya; y a la víctima, que ella no tiene responsabilidad alguna en lo sucedido. Y otro tanto se le manifiesta a la sociedad. Todo ello, además, refuerza la vigencia de la norma.

Por otro lado, debe intentarse que las formas de restablecimiento del orden jurídico no hagan necesaria la humillación. “Una vez impuesta la pena privativa de libertad, su propia inejecución podría ser absolutamente indiferente en términos político-criminales...Por ello, las formas de ejecución más aflictivas deben sustituirse por otras menos aflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan”; renunciándose así a la dimensión aflictiva de la pena, o minimizando su intensidad cuando el agente ha sufrido un equivalente funcional de la pena. Ello puede suceder en virtud de comportamientos del propio agente o de terceros.

Se acepta que la punición estatal no basta para eliminar el trauma subjetivo de la víctima por el hecho sufrido. Sin embargo, la cuestión que el autor ve necesario discutir es si la resocialización o compensación de la humillación sufrida por la víctima requieren precisamente la ejecución del castigo o meramente la declaración pública del reproche. Apareciendo, de este modo, la existencia de un “derecho de la víctima al castigo del autor”, teoría que no hace sino alimentar el círculo vicioso de la venganza.

Para este autor, además, existe un deber positivo a cargo del Estado en la promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre autor y víctima, fundado en varios factores como por ejemplo, el reconocimiento de la (parcial) corresponsabilidad social por el hecho delictivo ya que una sociedad corresponsable no puede ser una sociedad punitiva. Reconociendo que la voluntad de delinquir puede hallarse condicionada por

distintos factores naturales y sociales. Algunos de ellos pueden ser atribuidos a la configuración del Estado o de la sociedad.

Además como la reconciliación no se puede forzar, el Estado debe crear las condiciones que la hagan posible, favoreciendo las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor. Esto es, creando y asegurando “espacios de libertad, por ejemplo, no prohibiendo las correspondientes formas de superación, creando las condiciones marco para su salvaguarda y prohibiendo toda intervención coactiva”.

Así, “el objetivo de las instituciones sociales que se orienten a la superación del delito debe ser, pues, la restauración de la comunicación. Solo así puede tener lugar la rehumanización de la víctima (superadora de su cosificación) y del autor (superadora de su embrutecimiento)”. Esta comunicación debe partir de un reconocimiento del hecho como “comportamiento responsable defectuoso-lesivo”.

Solo cuando se habla del hecho en estos términos y el autor solicita el perdón por él, cabe que continúe la vida, pese a que el hecho subsista: se abre la vía de la superación del hecho. Para conseguir esta superación, es necesario sin embargo que la víctima, a su vez, otorgue voluntariamente el perdón. No es solo la norma jurídico-penal la que queda re-estabilizada, sino la totalidad de la relación interpersonal y social. El autor, distanciado de su hecho y no reducido a él, es acogido por sus iguales en su humanidad doliente –que también es la de éstos–. La vida en común “en una comunidad de seres imperfectos, como son los seres humanos” puede continuar (Silva Sánchez, 2017).

Contenido

Doctrinariamente y entre quienes aceptan la reparación en el ámbito penal, sea como tercera vía o como equivalente funcional de la pena, hay discrepancias respecto al contenido de los acuerdos reparatorios generados entre infractor y víctima.

Así, se sostiene que la misma no resulta el equivalente a una reparación monetaria ni indemnizatoria con los mismos alcances civiles. Puede comprender varios rubros, los daños morales, los gastos de tratamiento médico y rehabilitación física y mental por el dolor y sufrimientos causados a la víctima, entre otros.

Respecto al infractor, la reparación posee un elemento subjetivo y un elemento objetivo, dados por un arrepentimiento en el sentido moral, valorando el remordimiento, reconociendo que se ha actuado mal y tratando de dejar las cosas como estaban antes de la situación del delito debiéndose valorar el esfuerzo llevado a cabo por el culpable (Ortiz Samayoa, 2003).

Coincidiendo parcialmente Galaín cuando afirma que la reparación en sentido penal puede consistir en una indemnización civil a la víctima o a terceros pero también, en un pedido de disculpas, 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 (Galain, 2005).

Esto por cuanto entiende que, respecto al daño, la reparación debe vincularse con la gravedad de la infracción, realizada desde la perspectiva de la dañosidad social. Así la naturaleza y monto de la reparación debe guardar una proporción o una relación con del daño ocasionado.

Lo cual resulta razonable ya que el objetivo de la reparación es hacer desaparecer los efectos de los hechos lesivos, y reafirmar en el infractor el valor del bien jurídico lesionado (Ortiz Samayoa, 2003).

Por su parte Kemelmajer (2005), refiriéndose a la justicia restaurativa aplicada al derecho penal juvenil, sostiene que la palabra reparar sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado; siendo comprensiva también de la “restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad”. Para esta autora, resulta un proceso que comprende el aspecto material y

también de la posibilidad de curar la aflicción producida a la víctima; distinguiendo dos tipos de reparación: a) material, como un acuerdo entre partes, y b) simbólica como un proceso menos visible en el cual el ofensor expresa una vergüenza genuina por lo hecho y remordimiento por sus acciones y la víctima da, como mínimo, un primer paso hacia el perdón.

La cultura del litigio, en la que vivimos, es ideológicamente opuesta a la cultura de la reconciliación (Mill, 2013) y esto es lo que impide, en ocasiones, aceptar como posible la aplicación de soluciones alternativas a conflictos sociales, cualquiera sea el contenido de la propuesta. Lo cual se agrava cuando el hecho que lo origina es un delito penal.

Corresponde al Estado pasar de una posible reparación “absoluta” a una reparación “justa”, es decir, encontrar los canales adecuados para que así ocurra, gestionando la conflictividad en aras de la paz social (Mill, 2013)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado también respecto de los acuerdos entre víctimas y Estados y del contenido de las reparaciones.

Así, generalmente ha dejado que la Comisión Interamericana y los Estados demandados lleguen a un acuerdo amistoso sobre la naturaleza y la cuantía de tales reparaciones, respetando los mismos aunque sosteniendo que la reparación a la víctima debe ser integral.

La jurisprudencia de la CorteIDH ha adoptado repetidamente el *concepto de reparación integral*, que permite a la CorteIDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, atendiendo a la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas. El primer componente lo constituye la restitución en los derechos y libertades conculcados por la violación. De ahí que la reparación pueda consistir en: a) la libertad inmediata, definitiva, sin restricciones e inapelable de la víctima; b) la no ejecución de una multa; c) la anulación de antecedentes penales; d) el levantamiento del mecanismo interno de la censura previa (en casos de violación del derecho a la libertad de expresión), o e) el reintegro de las víctimas a sus antiguos puestos de trabajo, cargos o similares (Olásolo y Galain [2010]).

Es claro que para el organismo interamericano la reparación integral incluye la indemnización por los daños sufridos por la víctima directa y sus familiares, materiales y morales, las costas por el hecho de litigar en el ámbito internacional, el daño al proyecto de vida -una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’, y que atiende a la realización integral de la persona afectada-, entre otros.

Por lo expuesto, la variedad de los acuerdos es más que amplia y diversa y atiende en forma particular a las necesidades de la persona que ha sufrido el daño y que resulta ser la única que puede delinear con mayor precisión el contenido de los mismos.

Capítulo II

Legislación Argentina

1. Legislación Nacional

A los fines de dar respuesta a la hipótesis planteada en este trabajo de Maestría se impone analizar los cambios legislativos, nacionales y provinciales, ocurridos en Argentina desde 2015 hasta la fecha, por cuanto son los que nos hacen cuestionarnos si el Estado recepta esta justicia restaurativa y cuáles son los límites que propone.

Si bien los cambios legislativos han sido numerosos, entiendo corresponde su cita cronológica para advertir el cambio que intentaron plasmar.

Así, en Argentina, debido a su forma federal de gobierno coexisten tres órdenes normativos: el federal o nacional, el provincial o local y el municipal. Conformándose nuestra pirámide jurídica con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional en la cima, los demás tratados internacionales inmediatamente después, las leyes sancionadas por el Congreso Nacional – de derecho federal o de derecho

común- por debajo, posteriormente la normativa administrativa -salvo los casos especiales en que ésta tiene fuerza de ley- y, finalmente, la legislación provincial -por ejemplo la de la provincia de Mendoza- válida en tanto no contradiga el texto constitucional federal.

Así el Código Penal, legislación nacional común, en esta materia dispone en sus arts. 71⁶ y ss. que la acción penal es pública y que debe ser iniciada y ejercida de oficio, salvo algunas excepciones.

Por su parte, la Ley Nacional 27.147⁷ (B.O. 18/06/15), al modificar parcialmente el código penal introdujo excepciones al principio de legalidad enunciado en el párrafo anterior en los nuevos incisos al art. 59 del Código Penal, incorporándose como causas de extinción de la acción penal: los criterios de oportunidad, la conciliación y la reparación integral. Remitiéndose, dicha norma, a lo que las disposiciones procesales provinciales dispusieran respecto de esos institutos.

A la par de estas modificaciones, se introdujeron reformas al Código Procesal Penal de la Nación, legislación federal, que si bien no rige en Mendoza, incorpora los institutos mentados.

Así, la ley 27.063 en su art. 30 afirma que la acción penal pública resulta disponible en determinados supuestos por parte del Ministerio Público Fiscal. Dicha suspensión puede plasmarse de diferentes formas: el criterio de oportunidad, la conversión de la acción, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

6 Art. 71 Código Penal Argentino, para su acceso consultar en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

7 Ley 27.147 CPCCN cuyo texto puede ser consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=248179>

Todos estos institutos figuran ahora en el código penal en los artículos 59 inc. 5), 6) y 7) y art. 73 párr. 2º, que se incluyeron en virtud de la ley 27.147, con posterioridad a la sanción de la ley 27.063.

Luego, el Congreso Nacional sancionó la ley 27.372 (B.O. 13/07/17), Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, mediante la cual se incorpora a la víctima con facultades de mayor amplitud tanto en el código de rito de la nación como en el digesto sustantivo⁸.

Con la sanción de la ley 27.375 (B.O. 28/07/17), modificatoria de la ley de ejecución de la pena, se hace ingresar a la víctima con facultades y participación dentro de este ámbito al cual nunca había tenido acceso con la vigencia de la ley 24.660⁹.

En febrero de 2019, finalmente, se sancionó la Ley N° 27.482 por la cual se introdujeron modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación, disponiéndose su entrada en vigencia en forma progresiva. Esta ley sustituyó su denominación por la de Código Procesal Penal Federal y efectuó una amplia y profunda reforma de su articulado.

Actualmente tiene plena vigencia en las provincias de Salta y Jujuy y vigencia parcial (en lo que hace al privación de libertad durante el proceso y sus recaudos), en el resto del país¹⁰.

Por último, no debe olvidarse que también tienen peso en este tema, las instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal las cuales están fijadas por su nueva Ley Orgánica

8 Ley 27.372 puede ser consultada en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=276819>

9 Contenido de las leyes 24.660 y su modificatoria, ley 27.375, puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

10 Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal. Resolución 2/2019. 13/11/2019.

(Ley 27.148 [B.O. 18/06/15]). A través de ellas, el Procurador General de la Nación determina y establece la política criminal del estado argentino, siendo de obligatorio cumplimiento para todos los agentes fiscales dependientes de su órbita.

1.a. Legalidad como regla, oportunidad como excepción

Ahora el fiscal como titular de la acción penal, sin perjuicio de la legalidad que implica su actuación, puede proponer criterios de oportunidad, en la forma y con los alcances establecidos por el código de rito y la ley penal sustantiva.

Concretamente, se determina que el Ministerio Público Fiscal puede aplicar el criterio de oportunidad, para prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla, estableciéndose cuáles son los criterios disponibles. Se indica, asimismo, que el efecto de tal decisión es declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide.

Así esta decisión que pone fin a la persecución penal pública por aplicación de los criterios de oportunidad, constituye un modo de extinguir la acción pública (art. 59 inc. 5 ley 27.147), debiendo dictarse una sentencia de sobreseimiento (conf. arts. 235 inc. a) y 236 inc. g) del código procesal penal de la nación).

También se ha incorporado en el código penal federal un nuevo instituto como lo es el de la conversión de la acción penal, a pedido de la víctima. Así, se establece cuáles son los supuestos en los cuales la acción penal pública puede ser convertida en acción privada. Estos son: a) si se aplicara un criterio de oportunidad; b) si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c) si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido (conf. art. 73 párr. 2° CP y art. 33 CPPF)

Como sostiene Fígari (2015), la posibilidad de conversión de la acción configura uno de los principales pasos en el arribo de la justicia restaurativa al proceso penal. Así, la reasignación de roles, donde la víctima pasa a ocupar el lugar del fiscal trae como consecuencia que la misma también asuma responsabilidades importantes en el proceso.

Por último, aparece la conciliación la cual implica un acuerdo entre el imputado y la víctima. Estos acuerdos pueden celebrarse en 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.

La extinción de la acción penal se sigue al cumplimiento del acuerdo.

2. Legislación Provincial

La provincia de Mendoza, por su parte, carecía de los mecanismos de conciliación y de reparación integral, lo que hacía que se produjeran dos posibles respuestas ante la modificación del art. 59 del código penal: la admisión lisa y llana, sin sujeción ni límite alguno respecto de su contenido u oportunidad; o bien, la reconducción de los planteos al trámite previsto para los criterios de oportunidad, que sí se encontraban regulados (arts. 26 y ss. CPP).

A su vez, la ley procesal provincial 6730¹¹, introdujo los llamados “Criterios de Oportunidad” (art. 26 y ss. CPP), una modalidad por la cual el Ministerio Público Fiscal, en casos de insignificancia delictual, solución del conflicto, suspensión de procedimiento o

11 Ley 6.730 cpp Mendoza, texto completo y actualizado puede visualizarse en <http://www.jus.mendoza.gov.ar/ocuments/10184/801653/Codigo+Procesal+Penal+de+Mendoza+-+actualizaci%C3%B3n+ley+9040+-+Feb+2018-1.pdf/b56f6616-8f1a-4cb7-b752-5ed8865c175b>

juicio a prueba, juicio abreviado, etc. puede solicitar al Juez de Garantías (hoy Juez Penal Colegiado cfr ley 9040), que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias de las infracciones o a alguna de las personas que participaron del hecho.

Si el Juez admite esta solicitud, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Salvo el caso de insignificancia que produce este efecto respecto de todos los intervinientes en el hecho.

En la actualidad, a través de la ley 8896¹² (B.O. 26/08/2016) en la provincia de Mendoza se incorporaron a nuestro código de rito los institutos de la conciliación y de la reparación integral, ambas como causas de sobreseimiento (art. 353 Código Procesal Penal).

También Mendoza, en consonancia con la nación, modificó su ley de ejecución penal, no solo para hacerla más restrictiva en cuanto a la posibilidad de salida anticipada respecto del cumplimiento total intramuros sino también dando espacio a la víctima en el marco de esta etapa de cumplimiento de sentencia. Todo ello a través de las disposiciones de la ley 8.465 (B.O. 17/10/12) y su modificatoria ley 8.971 (B.O. 12/05/17).

3. Resoluciones Generales de Procuración

Al igual que a nivel nacional, en la provincia de Mendoza, la ley 8911 (B.O. 04/10/16) afirma que el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

12 Ley 8.896 B.O. 26/08/2016

El Procurador General es el superior jerárquico de los magistrados, y funcionarios que desempeñan el Ministerio Público Fiscal, siendo el encargado de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal.

Con respecto a las instrucciones generales y particulares, se sostiene que el Procurador General podrá impartir a los restantes miembros del Ministerio Público Fiscal las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones. Las instrucciones generales son obligatorias. Las particulares serán de cumplimiento obligatorio para los Magistrados y Funcionarios a quienes estuvieran dirigidas.

En ese marco han sido dictadas algunas resoluciones generales como las 717/16 y 718/16, entre otras que establecían cuáles eran los alcances de los criterios de oportunidad reglados por nuestro código procesal y en caso de darse en las causas algunos de los obstáculos para su aplicación, el fiscal actuante debe oponerse a la admisión de los mismos. Siendo su negativa vinculante para el juez¹³.

13 Así, la RG 717/16 establecía: “Reglamentar la aplicación de los principios de oportunidad circunscriptos a los siguientes supuestos: Hecho: Que no se trate de casos de violencia de género, o los afectados sean menores de 13 años de edad, art. 25 código civil. Que no se trate de hechos que puedan comprometer el interés o el orden público. Que no hayan causado la muerte o puesto en riesgo la vida de la víctima. Que no se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común, ni armas de fuego. Que no aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial, y/o haya afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas. Imputado: Que no revista la calidad de reincidente en los términos del art. 50CP Que no se le haya concedido el instituto que solicita, o se haya declarado la extinción de la acción penal en un período inferior a un (1) año, de conformidad con los inc. 6 y 7 del art. 353 CPP y 59 inc. 6 CP Que en relación al hecho investigado no revista el carácter de funcionario público en los términos del art. 77 3er párrafo CP, siempre que se sospeche que el mismo se ha cometido en ejercicio de sus funciones o abusando o valiéndose de su cargo. Que no se encuentre judicialmente sometido a medidas de seguridad curativas o educativas establecidas en la legislación nacional de estupefacientes (ley 23.737) o salud mental (ley 26.657) Víctima: Que su consentimiento sea prestado exclusivamente ante los órganos competentes del Ministerio Público Fiscal, de manera libre y voluntaria. Que la reparación ofrecida resulte integral, conforme a sus propios intereses, o la conciliación se efectivice bajo las condiciones que acepte, todo lo que quedará debidamente detallado de manera sucinta en la conformidad que oportunamente preste el representante del Ministerio público en su dictamen, conforme lo ordenado por el art. 167 CPP En los casos en que la reparación o conciliación estipulen plazos, los mismos no podrán superar los cuatro (4) meses, luego de lo cual, el Fiscal interviniente deberá corroborar sumariamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado, art. 26 inc. 2 CPP, después de lo cual requerirá la audiencia que prevee el art. 362 CPP a los efectos de solicitar el sobreseimiento ante el órgano jurisdiccional. Si la víctima fuese mayor de 13 años y menor de 18, o incapaz, y careciere de representantes legales, tutor o guardador de hecho, se dará intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces, a efectos de garantizar su representación promiscua conforme a las previsiones de la Ley provincial 6.354”

Actualmente rige la resolución general 16/2020, la cual dejó sin efecto las resoluciones antes mencionadas, pero aún mantiene el mismo temperamento.

Hasta aquí la normativa provincial vigente.

La práctica y los inconvenientes

Este trabajo pretende, como se indicara al comienzo del capítulo, sin entrar a analizar los casos de criterios de oportunidad en los cuales el Ministerio Público tiene la iniciativa de la suspensión de la persecución, incluso sin anotar previamente al imputado ni a las partes, centrarse en el análisis de los supuestos de solución de conflicto (sea por mediación, conciliación, reparación integral, etc) en los cuales imputado y víctima tienen el protagonismo en el proceso penal para extinguir la acción penal y, a su vez, en el rol que el Ministerio Público asume o debería asumir frente a tales supuestos.

Tenemos entonces que hasta la reforma del Código Penal, que introduce como causal de extinción de la acción penal la aplicación de los principios de oportunidad, conciliación y reparación integral, la víctima y el imputado aparecían con un rol pasivo frente al derecho penal.

La primera, activando con su denuncia el poder punitivo y oficioso del Estado, pudiendo constituirse en querellante a fin de acreditar los extremos para que dicho poder punitivo recaiga sobre el imputado y, en caso de no desear esta opción, incorporarse con posibilidades de ser oída aún cuando su opinión no fuera considerada vinculante.

El imputado por su parte, y sin perjuicio de su estado de inocencia, debía sujetarse a la investigación e, incluso, someterse a medidas de coerción personal, hasta tanto se estableciera con certeza su participación o no en los hechos investigados y, en su caso, con qué alcance.

Sin embargo, atento a estos sucesivos cambios legislativos, puede sostenerse que la actuación activa del imputado y de la víctima extinguen la acción penal implicando el sobreseimiento del primero, atento a lo dispuesto por el art. 353 del código procesal provincial en función del art. 59 del código penal.

Y como consecuencia de ello el imputado se vería, a través de una actitud activa de asunción de responsabilidad, liberado de una sentencia que conduciría a su estigmatización en su rol ciudadano a futuro¹⁴.

Así, ahora el mismo cuenta con la posibilidad tanto de resolver su situación procesal como de poner fin a la acción penal en forma definitiva.

Por ello, podría sostenerse que se observa a la reparación como una forma de resolver el conflicto surgido por la comisión de la infracción penal la cual, sin embargo, no es bien recibida por parte del sistema de justicia y, en la mayoría de los casos, resulta exageradamente limitada contraviniendo los fines que la misma busca, esto es, la armonización entre las partes y con la sociedad.

Por otro lado, está claro que el representante del ministerio público fiscal y titular de la acción penal pocas veces advierte las necesidades de la víctima concreta priorizando la defensa de la víctima en su conjunto (la sociedad). Esto en contra de lo afirmado por Galain, quien señala que ahora “se vuelve a exigir al Derecho Penal que preste mayor atención a la

14 Todo ello sin perjuicio de los cuestionamientos y reparos que a estos acuerdos podrían hacerse atento a ser celebrados por una persona que goza constitucionalmente de un estado de inocencia aún no desvirtuado por una sentencia firme. Conf. Galain Palermo, Pablo “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal” Revista Penal, núm. 20.—Julio 2007. Consultado online el 24/01/18 <http://olap.fder.edu.uy/wp-content/uploads/2014/09/Suspensi%C3%B3n-del-Proceso-Penal-Pablo-Galain-Palermo.pdf>

víctima del delito” y que esto podría lograrse desde una justicia penal con contenido reparador antes que represivo.

En igual sentido, la doctrina tiende a una potenciación del papel de la víctima, reconociéndole un papel más activo y de una mayor capacidad de decisión a la hora de resolver el conflicto investigado, debido a que, como bien señala el autor uruguayo, “el espíritu de la Wiedergutmachung [reparación] va más allá de la simple reparación material, ya que requiere de una reconciliación del autor con la sociedad, especialmente con su víctima” (Galaín, 2005)

Sin embargo este aparente empoderamiento de la víctima, política legislativa mediante, resulta obstaculizado e, incluso, negado por el propio Estado el cual, a través de su política criminal, desconoce muchas de las opciones legalmente previstas, como veremos en los capítulos siguientes.

El rol de la víctima

Previo a desarrollar el papel de la víctima en el proceso penal actual resulta necesario indicar cuáles son los derechos constitucionales que se le han reconocido a la ésta en los últimos tiempos¹⁵.

Puede sostenerse que en el texto de nuestra constitución nacional, previo a la reforma de 1994, los derechos y garantías estaban centrados en la persona imputada.

15 Introducción y desarrollo basado en “Los derechos constitucionales de las víctimas de delitos”, conferencia de María Luisa Piqué, en la serie de Encuentros por la Ley de Víctimas, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, marzo de 2017. Consultado en https://www.youtube.com/watch?list=PL_zB1TgYWgC3t1XPaoFSyDNSczg6HB&v=OtG8lGlgNfo

El énfasis estaba colocado allí. La víctima no era relevante. Se plasmaba de alguna forma la expropiación del conflicto penal por parte del estado.

Sin embargo la Corte Nacional comenzó a reconocerle raigambre constitucional a los derechos de las víctimas en las causas *Santini* y *Santillán* cuando, al analizar la inviolabilidad de la defensa en juicio contenida en el art. 18, habla de la “posibilidad de toda persona de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia en general y reconocimiento del debido proceso de toda persona a la cual la ley le reconoce personería para actuar en juicio, sea que actúe como acusador, acusado, como demandado o demandante”¹⁶

Interpretación a la que se ha opuesto parte de la doctrina, para quienes el titular de las garantías procesales contenidas en instrumentos internacionales es el inculpado ya que las mismas han sido concebidas como freno y límite impuestos a la persecución penal, entendiendo que se da una involución en la interpretación, denominada “bilateralidad” a favor de las víctimas (Maier, 1991).

Asimismo, en *Dahlgren*, la Corte ha afirmado la exigencia de que la interpretación de las normas procesales locales y de aquéllas que regulan la competencia de los tribunales no prive de protección jurisdiccional ni deje en situación de indefensión a las personas. Entendiendo que las normas procesales deben facilitar el esclarecimiento de los hechos y el logro de la verdad jurídica y no convertirse en un obstáculo a la defensa de los bienes jurídicos conculcados por el delito.

Por otro lado se ubica, a nivel internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual no solo ha sido suscripta por nuestro país sino que ha adquirido jerarquía constitucional a raíz de su incorporación en su art. 75 inc. 22.

Así, se recepciona en nuestro sistema normativo interno el derecho de acceso a la justicia, el cual ha sido elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de una interpretación armónica de los arts. 25 y 8 de la CADH.

16 CSJN, Corte Suprema de Justicia de la Nación, causas Santini (3/12/1998) y Santillán (13/08/1998)

Su ámbito de cobertura lo constituyen las acciones u omisiones del estado en los procesos judiciales de cualquier carácter, y respecto de cualquiera de las partes del proceso. Y, en caso donde la violación a los derechos protegidos por la CADH configure un delito penal, cubre acciones u omisiones del estado con posterioridad a dicha violación, incluyendo la actitud del poder judicial y sus operadores y del ministerio fiscal en la investigación y enjuiciamiento del caso.

Así, la CorteIDH ha sostenido que existe una necesidad de que los recursos que los estados suministren a las víctimas de violaciones a los derechos humanos sean recursos efectivos, en el sentido de que puedan determinar efectivamente si ha ocurrido una violación y que provean lo necesario para remediarla¹⁷.

En el año 2017, en Argentina el Congreso Nacional sanciona la Ley 27.372 (B.O. 28/07/2017), Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. La misma busca, luego de una larga lucha por parte de éstas, reconocer y garantizar sus derechos y garantías, a la par que las incorpora a los ordenamientos procesales y penales y amplía sus facultades dentro de dichos ámbitos. Mencionando como especialmente reconocidos, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales

La ley claramente afirma que sus disposiciones son de orden público.

Recordando que para Borda (1950) “una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular” Siendo irrenunciables e imperativas. Existe en ellas un

17 CorteIDH, caso Reverón Trujillo vs Venezuela, sentencia del 30/06/2009; OC 9/87 Garantías Judiciales en los Estados de Emergencia

interés social comprometido conforme lo entiende el legislador al dictarlas proscribiendo el apartamiento a sus disposiciones.

La norma define que considera “víctima” a la persona ofendida directamente por el delito; y a su cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Su objeto resulta ser el reconocimiento de los derechos y garantías de las víctimas de delitos; establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los mismos y establecer recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito.

A su vez, la actuación de las autoridades responderá a los principios de rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización.

Esta manda a las autoridades respecto de las medidas de asistencia y protección de las víctimas no solo requiere que se realicen con rapidez sino también que se la tenga en cuenta como sujeto de derecho debiendo adoptarse de conformidad con la persona de la víctima y atendiendo al grado de vulnerabilidad que presente.

El mandato de no revictimización hace referencia tanto a limitar las molestias para la misma a lo estrictamente imprescindible como a no tratar a la víctima como responsable del hecho sufrido.

A la hora de especificar sus derechos, se realizar una enumeración meramente enunciativa, reconociendo como principales que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta; recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que

declaren en su interés, a través de los órganos competentes; entre muchos otros.

Pero quizá el derecho más importante reconocido por la ley es el de ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; y el de ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada.

Esto por cuanto únicamente de esta manera se va a lograr su verdadera, real y efectiva participación dentro del proceso penal.

Una de las claves de la prestación de asistencia y protección la constituye, como se dijera, la verificación de la situación de vulnerabilidad que la víctima presente. La ley presume algunas situaciones especiales de vulnerabilidad en el caso de menores de edad o mayor de setenta (70) años, o persona con discapacidad; o en caso de una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito.

Esta ley a su vez crea la figura del Defensor de Víctimas se encuentra en el ámbito de la defensa, se complementa con la resolución de la Defensoría General de la Nación nro 1459/2018 de fecha 01 de octubre de 2018, la cual establece los criterios de intervención de la defensa pública en los casos en que la víctima requieran patrocinio para ejercer sus derechos.

Asimismo modifica la ley 27.149 ley orgánica del ministerio público de la defensa a fin de asegurar asistencia y patrocinio jurídico a víctimas de delitos en procesos penales cuando por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados.

Resulta novedosa, como ya se afirmara, la inclusión de la víctima en la etapa de ejecu-

ción de la pena. En esta etapa la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación.

El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En caso afirmativo, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.

Se destaca un importante avance legislativo cuando se ordena a la autoridad judicial que debe informar a la víctima de la iniciación del trámite, aun cuando no se hubiese constituido en querellante. Y, aún cuando pueda dar lugar a diferentes interpretaciones, se dispone que “sus necesidades deberán ser evaluadas”.

Se crea el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID), el cual tiene a su cargo la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia federal en todo el país, y en forma coadyuvante, la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia ordinaria a requerimiento de las jurisdicciones locales.

La víctima ha venido al proceso penal para quedarse. Su rol ha recuperado fuerza durante el mismo y en la etapa de ejecución de la pena pudiendo, incluso, en virtud de dichas modificaciones, extinguir la acción penal iniciada y llevada adelante por el Estado.

Tenemos entonces una víctima con derechos propios dentro del proceso que puede exigir que las autoridades le presten la ayuda pertinente en función de sus necesidades, incluyendo asistencia jurídica para poder participar plenamente del proceso y que su voz sea escu-

chada, sin necesidad de constituirse como querellante.

El rol actual del Ministerio Público Fiscal

Atento a todo lo hasta aquí expuesto, el protagonismo de la víctima podría poner en tela de juicio el carácter de la oposición, hasta ahora vinculante, del ministerio público fiscal en los supuestos de darse acuerdos entre autor y víctima. Esto es, podría cuestionarse si las distintas reformas han desdibujado la legalidad en el ejercicio de la acción penal y su continuidad y, en su caso, hasta qué punto.

Dicho de otro modo, habría que interrogarse cuál es el rol del fiscal en esta aparente introducción de la justicia restaurativa en el derecho penal y si la misma resulta un cambio de paradigma respecto de la justicia tradicional, sea tornándola una tercera vía, sea como un sustituto funcional de la pena dentro del proceso penal tradicional. ¿Puede sostenerse que se ha modificado su rol y protagonismo?

Todo esto por cuanto como se verá en los capítulos siguientes, pareciera que el Estado asume, ante la forma de extinción de la acción que vengo analizando, una postura, contradictoria.

Por un lado introduce y empodera a la víctima del conflicto generado por el delito colocándola, casi, en el centro del proceso penal a través del poder legislativo y la incorporación de todas las leyes referenciadas.

Pero por otro lado, a través de la procuración general nacional o provincial y su política criminal, parece solo colocar obstáculos a la eventual actividad entre el autor y la víctima desconociendo en muchos casos los acuerdos a los que hubieran arribado.

El poder judicial mendocino no acompaña los cambios legislativos introducidos con la misma rapidez y autoridad; por el contrario, insiste en que solo el ministerio público es el titular de la acción penal pública y únicamente su decisión puede suspenderla o hacerla cesar, llegando a sostener que no se encuentra obligado a tomar en consideración los acuerdos obtenidos ni a fundar su dictamen negativo a la aplicación de los criterios de oportunidad, como se verá en la jurisprudencia citada más adelante.

El contenido y alcance de los acuerdos: el rol de la víctima y el rol del imputado

Actualmente puede sostenerse que el derecho del imputado al juicio o debate oral y público se encuentra en pie de igualdad con el derecho a hacer valer sus convenios con las víctimas a fin de evitar la estigmatización de una posible sentencia condenatoria.

Por ello, admitida esta última posibilidad, será necesario delinear los contenidos de estos institutos, esto es, cuáles serán sus requisitos, en qué supuestos operaría y con qué alcances, atento a las remisiones legislativas existentes y sus vacíos y a fin de evitar desigualdades en su interpretación y aplicación.

Asimismo de aceptarse que la víctima, en virtud de los acuerdos antedichos, pudiera poner fin al proceso, ¿podría considerarse legítima su continuidad por la oposición del ministerio público fundada en el hecho de que el interés social exige se ventile el conflicto en un debate oral y público?

¿Sería tolerable semejante instrumentalización de la víctima para mantener la paz social? ¿El fin justificaría los medios en estos supuestos?

Y en sentido contrario, ¿se vería afectado en alguna medida el honor del imputado, ya puesto en tela de juicio con la imputación, por el hecho de poner fin al proceso con estas alternativas?

Lo cierto es que la mayoría de las veces será el propio imputado quien estará dispuesto a renunciar al derecho a un juicio público, por los motivos personales que entienda mejor para su persona (por ejemplo, porque ya los medios de difusión han influido en la opinión pública; porque requiere una pronta resolución a fin de obtener un nuevo trabajo; etc).

¿Puede entonces, y en el mismo sentido, instrumentalizarse al imputado para obtener la paz social que, aparentemente, se lograría después de ventilar un conflicto penal en un juicio oral y público?

Por último es claro que, a través de la utilización de la justicia restaurativa, se puede sostener una interpretación conforme con el principio del derecho penal como última ratio, lo cual nos lleva necesariamente a la aplicación de cualquiera de dichos institutos que ponen fin a la acción penal, cuando tanto víctima como imputado acuerden al respecto, ya sea que se afirme la existencia de un verdadero derecho penal reparatorio dentro del sistema de justicia tradicional; o bien se vea esta reparación como un sustituto funcional de la pena manteniendo un sistema penal represivo. No olvidando que resulta obligación del Estado propiciar el ambiente para que dicha reparación ocurra y lograr, de este modo, la paz social de la cual es guardián.

Capítulo III

Existen Límites? Casos Conflictivos

Roxín (2000), sostenía que

Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en los delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes. Pero incluso en los delitos más graves los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo.

Pero un eventual arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costes hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena. No tengo ninguna duda de que esto sería aceptado socialmente y favorecería una prevención general positiva.

Pareciera, entonces, que a mayor gravedad en el sentido de mayor lesión al bien jurídico o de dañosidad hace más difícil hablar de reparación por parte del autor de la afectación a los fines de poner fin a la acción del Estado en su contra.

Sin perjuicio de ello y al solo efecto de reducir la pena, podrían valorarse los esfuerzos del autor del daño por mejorar la posición de quien los sufriera.

A fin de apreciar si tanto legislación como jurisprudencia acompañan el pensamiento del autor alemán se ha intentado verificar qué ocurre en casos considerados conflictivos como podrían serlo la violencia de género o el régimen penal juvenil.

La conflictividad en estos supuestos se refiere a la postura del Estado respecto de los mismos ya que, a mi entender, la política criminal adoptada en los dos campos que se proponen resulta clara, sea que se comparta o no.

1. Género. Violencia

Es evidente que la política criminal nacional así como la provincial tienen un sentido unívoco respecto de la necesidad de sanción de conductas de violencia fundadas en el género todo ello con el fin de lograr, incluso desde el ámbito represivo, que la mujer viva una vida libre de violencia.

Todo ello con fundamento en la suscripción de instrumentos internacionales que se encuentran incorporados a nuestro derecho interno desde la reforma constitucional de 1994.

Tales instrumentos son, entre otros, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); y todas aquellas normas internacionales que involucran el tema género en forma directa o en forma transversal.

Todo este ordenamiento internacional debe, a su vez, acompañarse con normativa procesal que permita su aplicación en cada caso concreto, de conformidad con ello, tenemos que a nivel nacional,

“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 juicio a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y si 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 resultan incompatibles con previsiones de instrumentos

internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal” (art 31 CPPF)

En los supuestos de encontrarnos ante un episodio que tuviera lugar dentro de un contexto de violencia doméstica, no se puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal, tampoco en aquellos casos que resulten contrarios a lo previsto en la letra o en el espíritu de los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país o en instrucciones del ministerio publico fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Por otro lado Fígari (2015) afirma, y ya en el marco normativo procesal nacional, que la ley que contempla la protección contra la violencia familiar (ley 24.417 B.O. 03/01/95) y la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley 26.485). Estas leyes nos hablan de lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar y afirman que la violencia doméstica contra las mujeres es una de varias modalidades de la violencia.

Resultando inclusiva tanto de relaciones vigentes o finalizadas, sin que la convivencia resulte necesaria.

Considero que también quedan incluidas entre las situaciones contempladas por el código de rito de la nación los casos de violencia de género que implican a toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal, aún cuando sean perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Debiendo indicarse que la violencia doméstica se encuentra incluida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, Ley 24.632), la cual considera que la misma es cualquier

acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Frente a este cuerpo normativo queda claro que al Ministerio Público Fiscal se le impide la disponibilidad de la acción penal pública en todos aquellos casos en los cuales la mujer sea víctima de daño físico, sexual o psicológico, sea en un ámbito público o privado, sea por particulares o por el estado, siempre que la conducta dañosa se base en una relación desigual de poder.

Todo ello por cuanto la actuación de la ley en estos casos resulta para el Estado necesaria para llevar a la práctica la totalidad de normas referenciadas, las cuales hablan de una política criminal clara en el punto de la erradicación de la violencia contra las mujeres y que de poco serviría si se adoptaran criterios de oportunidad que permitieran su disponibilidad en lugar de la investigación y sanción de los ofensores.

Una proyección de este impedimento de la aplicación del criterio de oportunidad o disponibilidad de la acción lo constituye el fallo G. 61. XLVIII. Recurso de hecho – “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092” – CSJN – 23/04/2013¹⁸ que impide la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en casos de la naturaleza antes expuesta.

A continuación se citará jurisprudencia nacional, provincial e internacional que mostrarán como se plasma lo hasta aquí planteado.

1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Se desarrollarán dos causas al respecto, una emblemática como “Góngora” y la otra, un fallo posterior, que lo cita en sus fundamentos.

En primer lugar, en *Góngora* se tienen en cuenta los siguientes antecedentes: La Cáma-

18 Consultado en elDial.com – AA7E42 en septiembre de 2018

ra Federal de Casación Penal haciendo lugar al recurso deducido por la defensa de Gabriel Arnaldo Góngora, anuló el auto que rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba a su favor. Para así decidir, la mayoría invocó el criterio adoptado en una decisión de la misma sala en el caso “Soto García, José María y otros” en el que cuanto sostuvo que la oposición del fiscal a la suspensión del juicio no tiene efecto vinculante, y que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juez deberá disponer la suspensión, a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario. La Corte Suprema –por mayoría- revocó lo resuelto¹⁹.

El Tribunal consideró que la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en ese estado procesal la existencia de hechos que prima facie fueron calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien fue imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle, sin poder obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el “acceso efectivo” al proceso art. 7, inc. f), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

En su voto, el juez Zaffaroni señaló que la interpretación del a quo en el sentido de que la opinión del fiscal no tiene efecto vinculante no condice con la letra ni el espíritu del art. 76 bis del Código Penal, en cuyo trámite parlamentario se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor del beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal -sobre circunstancias distintas a aquellas condiciones previas- sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio.

19 Consultado online el 07/10/2018 en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7008981&cache=1506362481105>

En segundo término, en la causa 50259/2012/3 “*Fariña Acosta, Jorge Darío s/ abuso sexual* (art. 119, primer párrafo) de fecha 11/10/16²⁰ se cita el precedente de “Góngora”.

En el dictamen de la procuradora subrogante se relata que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad resolvió confirmar el sobreseimiento de J. D. F. en orden al presunto abuso sexual de una niña de catorce años. Tal decisión se fundó sucintamente en que los dichos de la víctima no habían podido ser corroborados por otros elementos de prueba. El fiscal general interpuso recurso de casación que no fue concedido, lo que motivó la presentación de la queja, que fue declarada inadmisibles por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal. Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario federal y la posterior queja por su denegación.

Respecto a la declaración de la víctima, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el caso “*Inés Fernández Ortega vs. México*” (sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 100 y 104), sostuvo que en hechos de esta naturaleza no resulta inusual que el relato de la víctima contenga ciertas imprecisiones. También se debe tener en cuenta que, este tipo de agresiones sexuales se cometen en ámbitos íntimos y por fuera del alcance de terceros, por lo que no corresponde clausurar la investigación con el mero argumento de que no hay testigos directos del hecho (Corte IDH, casos “*Inés Fernández Ortega vs. México*”, ya citado, párrafo 100; y “*Rosendo Cantú y otra vs. México*”, sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89 y siguientes). Máxime cuando no se procuró escuchar a las personas que puedan dar datos que sustenten, aunque de manera indirecta, la versión de la víctima.

En síntesis, entiende la procuradora general que se debería profundizar la investigación en el sentido señalado pues una pesquisa insuficiente, más allá de no dar respuesta al conflicto concreto, pondría en riesgo el compromiso de investigar con seriedad y debida diligencia la violencia de género, en búsqueda efectiva de la verdad (artículo 7, incisos “a” y “f”, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -

20 fallos 336:392 Góngora y fallos 339:1448 Fariña Acosta <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7339782&cache=1538933232492>

Belém do Pará-), y podría verse comprometida la responsabilidad internacional de nuestro país.

La Corte por su parte consideró que “Es arbitraria la sentencia que al confirmar el sobreseimiento en orden al delito de abuso sexual de una niña de catorce años, efectuó el estudio de los recaudos legales atinentes a la fundamentación de la apelación mediante un injustificado rigor formal y, a través de afirmaciones dogmáticas, hizo una irrazonable valoración de las constancias de la causa omitiendo adoptar un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’ menoscabando los derechos de defensa en juicio y debido proceso”.

Con estas dos causas, resulta innegable la postura de la Corte en el sentido de entender como necesario, por un lado, dilucidar en un debate público la existencia de hechos que prima facie fueron calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien fue imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle; y por otro lado, entender la existencia de un mandato de investigación reforzada en estos supuestos.

Nada de esto podría llevarse a cabo de darse al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de disponer de la acción y aplicar criterios de oportunidad que permitieran una resolución alternativa del conflicto, sea con acuerdo de la víctima o sin él. Afirmándose, incluso, que tal temperamento podría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

1.2. Jurisprudencia de Mendoza

En Mendoza, respecto a la posibilidad de realizar acuerdos reparatorios en causas vinculadas con violencia de género se dictó un auto en la causa Estrella²¹, con fecha 29/06/2017. Allí se impuso la respuesta negativa tanto por parte de los miembros de la corte como de su procurador.

21 Suprema Corte de Justicia - Sala Segunda Poder Judicial Mendoza foja: 244 CUIJ: 13-03899192-7/1((011202-51804)) Fc/ESTRELLA Carlos G.(51804) P/Recurso Ext. de Casación *103947462*

En esta causa el Procurador General consideró que la conciliación como criterio de oportunidad no es otra cosa que una especie dentro del género solución de conflicto. Afirmando que en los casos de violencia de género, la calificación negativa del ministerio fiscal sigue siendo vinculante al igual que la necesidad de realizar un juicio completo para definir en estos casos la responsabilidad del imputado en este tipo de delitos -conforme fallo Góngora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-

Además, consideró que la denegatoria del consentimiento por cuestiones vinculadas al cumplimiento de políticas de Estado, en virtud de la firma de tratados internacionales elevados a la categoría de constitucionales, de ninguna manera interfiere con las potestades jurisdiccionales, sino expresa la voluntad legítima de persecución penal, garantizándose un conocimiento completo el que tendrá por fruto una decisión final.

Así el conflicto entre hombre y mujer frente a casos de violencia de género, es indisponible, y la solución del conflicto en forma privada aparece como una alternativa prohibida constitucional y legalmente, agregando que la conciliación que la ley prevé en el art. 59 del C.P. no se refiere a conciliaciones prohibidas por la ley (art. 28 Ley 24.685), ya que se encuentran vedadas a las partes porque no se presentan en un pie de de igualdad al conciliar y que la sola satisfacción económica de la víctima de violencia de género de ninguna manera puede considerarse reparación integral.

En su voto los Dres. Palermo y Gómez entendieron que la reparación integral del perjuicio ha sido consagrada expresamente como una forma de extinción de la acción penal mediante su incorporación al inc. 6 del art. 59 del C.P. dispuesta por Ley 27.147, pero que su aplicación no resulta automática, sino que se encuentra subordinada a la consideración de las particulares circunstancias del caso.

Por otro lado, afirmaron que la reparación integral del perjuicio constituye un equivalente funcional a la pena. Es decir, 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.

Para que un equivalente funcional cumpla su función debe implicar 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.

Por su parte el Dr. Valerio sostuvo que la aplicación de criterios de oportunidad es resorte exclusivo del Ministerio Público Fiscal atento su rol en la titularidad del ejercicio de la acción penal (principio general de ‘legalidad procesal’ o ‘de oficiosidad o de indisponibilidad’). En tal sentido, el carácter vinculante del consentimiento fiscal sobre el pedido de solución de conflicto, resulta requisito ineludible (conf. criterio Expte. 99.879 - F.C/CARRASCO, Walter Hugo p/Encubrimiento s/Casación”: LS442 – 011), debiendo atenderse, por otro lado, al compromiso internacional asumido por el Estado Argentino a través de su adhesión a la ‘Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer’, coincidiendo con la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Gongora”

En conclusión, la máxima autoridad judicial mendocina sostuvo la necesidad de mantener la oposición del fiscal como vinculante, atento a su carácter de titular de la acción penal pública, para la aplicación de un criterio de oportunidad extintivo de la acción penal.

Considerándose suficientemente fundada dicha negativa en virtud de los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país.

Sin perjuicio de ello se advirtió que, a la hora de considerar a la reparación como sustituto funcional de la pena, la misma debía dar una respuesta al delito tanto en su dimensión fáctica como en su dimensión comunicativa.

1.3. Jurisprudencia Nacional

1.3.1. Concesión de la suspensión de juicio a prueba con consentimiento fiscal

La Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II), concedió la suspensión de juicio a prueba en un caso de violencia de género se titula el extracto que puede leerse en la página del Ministerio Público Fiscal de la Nación²² con fecha 20/4/2017. La misma informa que la Fiscalía había dado el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, aunque el juez la rechazó. La defensa apeló y la Sala II de la Casación porteña le dio la razón.

En esta causa, la fiscalía a pesar de haber requerido la elevación de la causa a juicio, prestó su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba en virtud de que la víctima había participado activamente del proceso, que el imputado no tenía antecedentes, cabía la posibilidad de aplicar una condena de ejecución condicional y la razonabilidad de la reparación ofrecida en relación al daño causado.

Los camaristas valoraron positivamente el consentimiento fiscal prestado y lo reconocieron ajustado a las características del caso en particular, no pudiendo otorgarse o rechazarse en forma automática. Sosteniendo que no consideraban atinado que el Estado continuara hasta la realización del juicio teniendo en cuenta que la suspensión del mismo “no resuelve definitivamente la situación procesal del imputado, sino que justamente deja abierta la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, se pueda avanzar hacia el debate oral y público”.

1.3.2. Rechazo de la suspensión de juicio a prueba a pesar del consentimiento fiscal

En sentido contrario y aún con consentimiento fiscal para el otorgamiento de la suspensión, se expidió la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital

22 Visto en <https://www.fiscales.gob.ar/genero/casacion-concedio-la-probation-a-un-acusado-por-violencia-de-genero/>

Federal (Sala I),²³ al rechazar el recurso de casación presentado por la defensa.

Allí sostuvieron que debía realizarse una lectura del art. 76 bis del C.P. a la luz de las normas de rango superior cuyo incumplimiento acarrearía una responsabilidad para el Estado Argentino. Destacando que las disposiciones de la Convención Belém do Pará y las opiniones del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento creado por aquella en el marco de la OEA(MESECVI), recomiendan para estos casos prohibir el uso de métodos de conciliación, mediación o suspensión del juicio a prueba, debiéndose descartar por ello el dictamen favorable del fiscal, en virtud del obstáculo normativo existente.

Como aclaración hay que mencionar que el “Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará - Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) Abril de 2012” sostuvo²⁴ que la aplicación de estas medidas tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas (mujeres violentadas) y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad, coincidiendo con la afirmación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar.

Insistiendo en la recomendación de prohibir los métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres.

23 CNCCC, Sala I, “S. M., J. A. s/ lesiones agravadas”, (causa nº 66272/13, Reg. 674/16), resuelta el 1/09/2016. Magistrados Garrigós de Rébora, García yDías.

24 “Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará - Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) Abril de 2012” el cual afirma que “Reiterando su análisis realizado durante la etapa de seguimiento de sus recomendaciones, el Comité de Expertas/os encuentra que la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) encontró que este desequilibrio de poderes en los acuerdos de conciliación aumenta el riesgo físico y emocional de las mujeres, los acuerdos no son generalmente cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí...”

1.3.3. Concesión de la suspensión de juicio a prueba con oposición fiscal

Como tercer ejemplo puede mencionarse el fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos “B., N. s/ probation”²⁵ (causa N° 37.520/2017) resuelta el 13/9/2018, por el cual se confirmó la resolución que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba, a pesar de que el Fiscal impugnó la resolución por considerar que al comprender la investigación hechos catalogados como de violencia de género, no resultaba posible una solución alternativa al juicio.

Después de un profundo análisis del caso concreto, de haber escuchado a la víctima y a pesar de la oposición fiscal, el Juez interviniente sostuvo que no siempre la solución estará dada por la respuesta punitiva porque no todos los casos que pueden enmarcarse en un contexto de violencia de género son iguales y que, en definitiva, ante el fracaso de las medidas por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del imputado, podrá disponerse la reanudación del proceso y elevar la causa a juicio.

Queda claro que, a nivel nacional, si bien es requerido el consentimiento fiscal, su concesión o la oposición a la alternativa al juicio, no resulta obstáculo para que el tribunal resuelva a favor del otorgamiento o rechazo de la salida alternativa dejando de lado, incluso, el precedente Góngora de nuestro máximo tribunal nacional.

2. Justicia Juvenil

Con respecto a la incorporación de la Justicia Restaurativa en el Proceso Penal Juvenil, mucho se ha escrito respecto de su admisión²⁶.

²⁵ Consultado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47263-suspension-del-juicio-prueba-violencia-genero-victima-concesion> en marzo de 2020

²⁶ Libro “*Avances y desafíos de un Sistema Penal Juvenil en construcción*”, elaborado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la Rca Argentina, la Defensoría General de la Nación y Unicef, el cual reúne las conferencias y ponencias dictadas en el Seminario Internacional sobre Sistema Penal Juvenil realizado en el “Paseo La Plaza” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los días 26 y 27 de noviembre de 2009. https://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf Especialmente págs 59 a 88, donde se debate la Ley Orgánica Española 5/2000, la cual abre la posibilidad, a partir de su articulado, de que se lleven a la práctica programas de conciliación y reparación a la víctima; considerándose que el desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya

Así también lo he sostenido en diversas ponencias (Blanco, 2017) que la resolución de conflictos originados por la infracción a la ley penal a través, y prioritariamente, de los denominados criterios de oportunidad favoreciendo la pronta remisión de los casos originados en un conflicto penal, resulta un mandato constitucional en el Sistema Penal Juvenil. Manda que se encuentra en cabeza del representante fiscal.

Asimismo, de conformidad con los organismos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (SIDH), la especialización constituye uno de los principios rectores del dicho sistema; sin embargo no todas las normas procesales se ajustan a dicho principio siendo necesario verificar si esto es así y, en caso de no superar los estándares mínimos para ser considerados ajustados a la Constitución Nacional, a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derecho del Niño y normas que rigen la materia, plantear su inconventionalidad, respecto al fuero penal juvenil.

2.1. Justicia Juvenil Restaurativa

La justicia restaurativa en materia penal juvenil nos habla de un protagonismo de la víctima en el proceso penal y una participación activa del joven en dar una solución al conflicto que ha creado al infringir la ley penal.

Además, puede sostenerse que en Argentina, la aplicación de la justicia restaurativa viene impuesta como un imperativo constitucional en el Derecho Penal Juvenil.

delito menos grave o falta.. la cual define los conceptos de conciliación y reparación: “ La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación, el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”. Aportado por la Dra. María del Rosario Soler Roque Licenciada en Psicología por la Universidad Autónoma de Barcelona.

Este régimen penal juvenil que abarca a adolescentes entre 16 y 18 que hayan infringido la normativa penal, con excepción de delito cuya pena en abstracto no supere los 2 años de prisión o sean amenazados con penas de multa e inhabilitación (ley 22.278/22803).

Ante la infracción a la ley penal, frente al joven infractor, la justicia restaurativa aparece como una posibilidad cierta de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art 40 de CDN en cuanto al “fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y [...] la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Recordando que el propio art. 40 CDN, tiene rango constitucional por encontrarse entre los Tratados Internacionales enumerados por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

En igual sentido, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la O.C. 17/2002, expresó la necesidad de reducir la judicialización cuando están en juego los intereses del menor en los casos que pueden y deben ser resueltos con medidas de diverso carácter. Para ello se utilizarán “medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los Derechos de las personas”.

Asimismo, también debe tenerse presente el informe elaborado por la CIDH “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” (punto G. 2. Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales. Medios alternativos de solución de controversias)”

Uno de los principios de la justicia penal juvenil es la búsqueda de la desjudicialización, a través de la aplicación de criterios de oportunidad reglada y de soluciones alternativas a la sanción. En el mismo sentido, el artículo 40.3) de la Convención de Derechos del Niño.

Sobre ello las Reglas Mínimas de la ONU de la Administración de Justicia de Menores señalan que la “Remisión de casos; “11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de

ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (o sea corte tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente (...); y que “11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas”.

A lo anterior hacen mención los numerales 24-27 de la Observación 10 del Comité Derechos Niño. En lo últimos tiempos han tenido un gran desarrollo las ideas de justicia restaurativa, desarrolladas por la declaración para la utilización de la justicia restaurativa, presentada en 2002 al Consejo Económico y Social.

En los numerales 3, 10 y 27 de la Observación 10 del Comité de Derechos del Niño se menciona expresamente la necesidad del fomento de las ideas de justicia restaurativa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, ha tenido un escaso desarrollo con relación a las llamadas soluciones alternativas, más allá de lo arriba mencionado respecto a la Opinión Consultiva OC-17-2002.

2.2. Principio de Especialización

Otro tanto puede sostenerse respecto del principio de especialización y de su rango constitucional en nuestro país. En este sentido, este principio ha sido plasmado con claridad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el corpus iuris “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” (conf. párr. 81, 82 y 85).

Así la CIDH prescribe que los niños que sean acusados de infringir leyes penales deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia debiendo los Estados tomar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos.

Comprendiendo la especialización el dictado de leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, capacitación específica de todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por éstos, y a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas.

2.3. Control de Convencionalidad y las resoluciones de Procuración

Por su parte, como se ha afirmado, sobre todas las leyes, resoluciones, dictámenes, etc. puede y debe ejercerse un control de convencionalidad a fin de verificar su adecuación a la Convención Americana de los Derechos Humanos y a la interpretación que de la misma hagan los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La tarea consistiría en verificar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Considerando calificada doctrina que el control de convencionalidad desempeña un doble papel, por un lado, obligando a los jueces a no aplicar normas internas opuestas a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre y, por el otro, los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana, lo cual conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas a la CADH y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana (Sagües, 2006).

A favor de la existencia de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal juvenil también encontramos voces locales, así, Kemelmajer de Carlucci (2009) afirma que para la responsabilización del joven es necesario que éste tome conciencia de lo prohibido, y esto se logra recién cuando éste conozca la existencia de la ley penal y las consecuencias de la violación tanto para la víctima como para la sociedad.

Por otro lado, como se expresara, en Mendoza, la Ley 8.911 (B.O. 04/10/16) prescribe que el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El Procurador General es el superior jerárquico de los Magistrados, y Funcionarios que desempeñan el Ministerio Público Fiscal, entre los que se incluyen los Fiscales en lo Penal de Menores. Siendo el encargado de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal.

Con respecto a las instrucciones generales y particulares, se sostiene que el Procurador General podrá impartir a los restantes miembros del Ministerio Público Fiscal las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones. Las instrucciones generales son obligatorias. Las particulares serán, también, de cumplimiento obligatorio para los Magistrados y Funcionarios a quienes estuvieran dirigidas.

En ese marco han sido dictadas las resoluciones generales como la 717/16 y 718/16 y la que las sustituye 16/2020, y otras que no diferencian jóvenes de adultos u obstaculizan la desjudicialización de los jóvenes infractores. Reiterando que las mencionadas resoluciones son de cumplimiento obligatorio para los Agentes Fiscales incluidos aquellos que revistan en lo Penal de Menores.

Por ello podemos decir que resultan inconvenientes, por ejemplo, las Resoluciones Generales del Ministerio Público de la provincia de Mendoza (nros. 717/16 Y 718/16 y la que las sustituye 16/2020), en tanto establecen restricciones contrarias a dichos principios y estar fundadas en política criminal que no diferencia entre jóvenes y adultos violando, a su vez, el principio de especialización que rige la materia.

Todo esto por cuanto el rol del ministerio público fiscal (MPF), en derecho penal juvenil, debe propiciar prioritariamente la resolución alternativa del conflictos y la remisión de causas, favoreciendo la desjudicialización del conflicto y, a su vez, la asunción de responsabilidad por parte del joven.

Entonces, en los casos de Justicia Juvenil, la oposición del representante del MPF fundada en dichas resoluciones no debería tener efecto vinculante que obste a la aplicación del criterio de oportunidad y la consecuente desjudicialización del joven infractor, por resultar inconvencionales las mentadas disposiciones.

Capítulo IV

Doctrina y Jurisprudencia

1. Doctrina Nacional

En su artículo donde desarrolla la actualidad de las modificaciones introducidas por las leyes 27.147 y 27.063, Fígari (2015) cita la opinión de distintos autores acerca de las mencionadas reformas, las cuales serán detallados a continuación:

Lascano (2015) explicita que ante el estancamiento en el Poder Ejecutivo del Anteproyecto del Código Penal que contemplaba expresamente algunos criterios de oportunidad que permitían la disponibilidad de la acción penal pública de oficio, el Congreso de la Nación optó por el camino inverso, poniendo así el ‘caballo después del carro’. Y lo hizo en el año 2014 al sancionar el nuevo C.P.P.N. para luego dictar en 2015 la ley 27.147 que modifica un poco artículos de la Parte General del Código Penal admitiendo la aplicación de criterios de oportunidad ‘de conformidad a lo previsto en las leyes procesales correspondientes’ (art. 59 inc. 5º) y de esta forma invierte la tradicional ecuación ya que las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal pasan a ser la norma general, en tanto que el principio de legalidad procesal se erige en la excepción. “Ello significa que el Derecho Penal sustantivo queda subordinado a las disposiciones de las leyes procesales, convalidando así la diversidad de criterios de oportunidad que habían regulado varias provincias argentinas en desmedro del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Pastor (2015), por su parte se muestra sencillamente vitriólico en sus apreciaciones pues al hablar de la disponibilidad manifiesta que ‘Se trata de una normativa moderada pero deprimente, que prevalece en las legislaciones por inevitable, así que llega para quedarse, por muy decepcionante que sea. Cuesta creer que nos falte tanto la creatividad y la innovación para conseguir sistemas penales de mejor factura, pues, en general, las reglas de disponibilidad o bien son ilegales o bien son mentira. Los hechos sin importancia no deberían ser punibles en la legislación, en lugar de serlo, pero pudiendo dejar de serlo a voluntad del fiscal, que es el más oscuro de los oscuros funcionarios judiciales. El primer problema es evidente: se trata de una regulación material impropia, entre nosotros, de la ley de enjuiciamiento. A estas situaciones nos lleva la imposible división de competencia que nuestro país (hoy en este modelo único en el mundo) hace entre un legislador sustantivo y uno adjetivo. Esto no tiene arreglo, sin reformas de las prácticas o de la C.N.. Entre tanto, sufriremos las consecuencias. Normas como las de esta Sección (sobre oportunidad privatización, conciliación, diversión) o son inválidas o rigen también para las provincias. Tendremos discusión al respecto’ (Pastor, 2015, 40/41).

Continuando con sus objeciones pone de manifiesto que este ordenamiento procesal prescinde de lo proyectado al respecto en el Anteproyecto de reforma integral del Código Penal de 2014 y la cuestión trató de ser saneada por parte de un paquete de leyes de implementación que lleva a un extremo, que lo define como desopilante.

Por su parte Fígari afirma que si bien el art. 59 contempla la posibilidad de que el imputado y la víctima puedan realizar acuerdos conciliatorios, no se ha regulado la ‘mediación’ – citada en el art. 59 inc. 6 del C.P. –. Conceptos que son distintos y muchas veces no resulta clara su diferenciación. Así, si bien Neuman (1997) las utiliza como sinónimos. Raña (2001) entiende que se trata de una negociación asistida por un tercero²⁷. Larocca (2002) aprecia que ... ‘la mediación es una negociación facilitada por un tercero en donde son las partes las que protagonizan y deciden. El tercero no opina, no evalúa, no da consejos, no promueve una solución determinada... en la conciliación el tercero opina y propone formulas de acuerdo²⁸.

27 RAÑA Andrea “La mediación y el derecho penal” Ed. Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2001, p. 37. Citado por FIGARI en el artículo comentado.

28 “Entrevista con Fundación Libra” en Revista “Sistemas judiciales” del Centro de Estudio de Justicia de las Américas – CEJA – e INECIP año 1, número 2, Buenos Aires, 2002, p. 87 citado por Idem (ob.cit. Eldial.com – DCD4B

Volviendo a Neuman resulta claro su concepto “No se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima. El paradigma consensual es solicitud, es ayuda, es voluntad y requiere de bases reales y armoniosas” (Neuman, 1997, 52)

Riquert (2016), por su parte, en su trabajo de análisis del art. 59 del código penal concluye que a pesar de la extinción prescripta en dicho artículo esto no implica que la misma se refiera a cualquier tipo de delito. No resolviéndose si el principio de oportunidad forma parte de lo fondal o lo adjetivo. “En concreto, privilegia una concepción del delito como conflicto y, dentro de éste, posiciona de un mejor modo a la víctima al reconocer a la reparación o conciliación como vía para su solución”.

Entiende que en virtud del principio de igualdad la legislación procesal federal marca un “piso” a las concreciones del principio de oportunidad. Las provincias podrían darle una recepción más amplia. Y sostiene que la modificación al art 59 “brinda una importante llave para abrir el sistema penal hacia formas alternativas de resolución de conflictos” aunque el éxito de su implementación lo ve condicionado por el factor “cultural de los operadores jurídicos, muchas veces formados en un modo de ejercicio del poder punitivo signado exclusivamente por el horizonte de la pena de prisión”.

Es correcto entonces que podamos sostener que, merced a una dudosa y cuestionable técnica legislativa, la doctrina nacional se debata entre lo sustantivo y lo adjetivo y, a la vez, dentro de la propia definición y alcance de los términos utilizados por el legislador, lo cual entiendo redundante no solo en perjuicio del imputado que intentará valerse de dichas opciones a fin de obtener la extinción de la acción penal sino también de la propia víctima cuyas necesidades, teóricamente, intenta satisfacer.

2. Doctrina Internacional

Respecto de la reparación, la doctrina internacional sostiene que para que la reparación permita la discrecionalidad del fiscal, se requiere que la gravedad de la culpabilidad y el interés general no se opongan (Galaín, 2005). Así, el autor uruguayo interpreta a estas soluciones alternativas como principios de economía procesal.

Como se encuentra regulada en la legislación penal alemana, Galaín sostiene que si bien no es técnicamente un castigo en sentido jurídico, en los hechos tras la reparación el infractor es eximido de una acusación formal, de un debido proceso y de un antecedente penal beneficiándose al mismo como si el delito no se hubiera cometido.

En opinión de Galaín, la falta de fundamento dogmático adecuado, más allá del principio de subsidiariedad, hace que la reparación no constituya una tercera vía punitiva, sino que deba ser reconducida a alguna de las dos vías que reconoce el sistema penal. Considerando así que la reparación surgida del consenso se convertiría en un equivalente funcional de la pena y permitiría resolver también la responsabilidad civil ex delicto, no violentando ningún presupuesto dogmático. Esto por cuanto, se realiza el juicio de desvalor por el hecho cometido y, en su caso, se puede prescindir de la ejecución de la pena brindándose, además, una solución global al conflicto.

Así, la reparación a través del consenso conseguiría la paz jurídica y la paz social. Sea que esta posibilidad se interprete como un derecho de la víctima a la obtención de una solución integral del conflicto o como un derecho del supuesto autor a realizar un comportamiento positivo posterior que le reporte algún beneficio material o procesal (Galaín, 2005).

Además, en los supuestos en que la reparación puede llegar a ser la única consecuencia jurídica del delito, la misma se convierte en un equivalente funcional de la pena; por ello,

“debe integrar el catálogo de consecuencias jurídicas en el Código Penal y además, por imperio del principio de fragmentariedad tener preferencia frente a la pena.”

Todo ello para concluir que, en definitiva, y como está contemplada en los sistemas penales, se trataría de una simple liberalidad de un imputado que, siendo constitucionalmente inocente, pretende evitar el proceso penal y el reproche, en su caso. Todo ello a través de un comportamiento positivo. Tratándose “de la victoria de la celeridad y la eficacia de la Administración sobre los principios más elementales de la Justicia”, por esto la considera como un principio de economía procesal y, en caso de ser la solución definitiva del conflicto, como un equivalente funcional a la pena.

Por su parte, Silva Sanchez (2008) apunta que antes de que se constate un hecho antijurídico no puede haber una víctima sino una “presunta” víctima, ya que esta calidad surgirá solo por haber sufrido una lesión antijurídica lo cual se determina luego de un proceso. Entonces, el derecho de las víctimas sería solo un derecho de presuntas víctimas. Esta misma precisión es afirmada por la CorteIDH.

Pero, además, afirma que la teoría del derecho penal orientada a la víctima no es retributiva ni preventiva, sino restaurativa, equilibrante o igualadora ya que centra su atención en el presente. Y esto es así debido a que el hecho punible como tal solamente tiene lugar en la comunicación interpersonal y no se sustrae a la mutabilidad que es inherente a ésta. Así, mientras que el hecho es un fenómeno histórico, esto es, pertenece al pasado, su dimensión de sentido puede cambiar con el paso del tiempo.

Por este motivo entiende que la aspiración de conseguir un sistema integral de teoría del delito parte de la idea de que una sistemática del delito con pretensiones prácticas no puede permitirse ignorar, en la determinación de la responsabilidad penal, la creciente influencia de instituciones que están más allá del injusto y la culpabilidad (Silva Sanchez, 2007)

Brinda como ejemplos, la derogación de la norma lesionada; o cuando la fuerza comunicativa de la defraudación de la norma ha disminuido o ha desaparecido del todo (por ejemplo, poena naturalis, comportamiento del autor posterior al hecho, otros mecanismos de aseguramiento cognitivo de la validez de la norma); o, simplemente, debido al paso del tiempo.

Esto significa que el sentido jurídico-penal de un hecho es dinámico: “hay hechos *después* del hecho que influyen en su enjuiciamiento penal”, lo que exigiría que la teoría del delito contenga todos los demás elementos que tienen capacidad de influir estructura de atribución del hecho, con lo cual serían parte del sistema integral del delito.

Más allá de ello, entiendo, termina sosteniendo que el sistema del delito de origen alemán sigue siendo el mejor código lingüístico para la imputación jurídicopenal pero sería importante que “se abra”, atendiendo a la parte cuantitativa del delito, esto es, que integre el subsistema de las reglas de determinación de la pena, lo cual incluye los hechos ocurridos después de cometido el hecho infractor como podría ser la conciliación entre el autor y la víctima.

Concluyendo por mi parte que, de acuerdo a este autor, la reparación no solo debe ser incorporada en el ámbito penal sino también considerada en el marco del análisis efectuado por la teoría del delito a los fines de configurar un hecho como antijurídico y culpable y de efectuar una correcta determinación de la pena.

Resaltando que para este autor, además, existe un deber positivo a cargo del Estado en la promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre autor y víctima, debiendo aquél crear las condiciones que la hagan posible. Esto es, el objetivo de las instituciones sociales que se orienten a la superación del delito debe ser la restauración de la comunicación.

3. Jurisprudencia Nacional

También en el caso de la justicia nacional los tribunales se han pronunciado respecto de algunos tópicos que, en un comienzo, generaron controversias, como por ejemplo:

3.1. Operatividad del art. 59 del código penal

“Los tribunales que aplicaron los artículos 236, inc. g) del CPP (ley 27.063) y 59, inc. 6 del CP (ley 27.147) dan cuenta en sus sentencias de la posibilidad de utilizar la reparación y la conciliación sin necesidad de implementar íntegramente la reforma procesal. Esto, más allá de las discrepancias que tuvieron lugar entre este grupo de jueces acerca del alcance de estos mecanismos y de los cauces que se deben seguir para darles curso. Estos desacuerdos habrían existido aún con la implementación de la ley 27.063 por lo que, a nuestro entender, no tienen entidad para socavar su aplicación. Por eso, más allá de que se defina la implementación íntegra de la reforma procesal de 2014, es esperable que la jurisprudencia continúe especificando las condiciones para el empleo de uno y otro instituto”²⁹.

Esto es, se ha dado, en general, una admisión y plena operatividad de los institutos de reparación y conciliación aún cuando los mismos no se encuentren plasmados en las distintas normativas procesales provinciales.

3.2. Facultades para dictar normas extintivas de la acción penal

En la jurisprudencia nacional se ha reconocido la naturaleza penal de la disposición que contiene normas extintivas de la acción penal resultando por tanto improcedentes e incluso inconstitucionales³⁰ las normas procesales que las contengan.

29 Trabajo del Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Estudios de Jurisprudencia 2016 *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*, Mauro Lauría Masaro, Lucía Montenegro. Consultado online el 22/01/2018 en <https://www.google.com/search?q=aplicacion+de+la+reparaci%C3%B3n+y+la+conciliacion&oq=aplicacion+de+la+reparaci%C3%B3n+y+la+conciliacion&aqs=chrome..69i57j11039j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

30 Causa nro. 44.268 “Robledo, Guillermo y otros/calumnias”. Juzgado nro. 12 – Secretaría nro. 24. Fallo completo puede consultarse en <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00013/00041364.Pdf>

La cuestión relativa al carácter sustantivo de la norma ha quedado zanjada desde hace tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos 178:31; 219:400; 267:468; 276:376 y 308:2140).

Pudiendo encontrarse jurisprudencia que sostiene que el régimen general de las distintas instituciones, por ejemplo el ejercicio de las acciones penales, debe ser igual en todo el país, aún cuando las modalidades de detalle puedan no serlo. No consintiendo que el ejercicio de la acción tenga consecuencias disímiles en las distintas localidades en que el país se divide políticamente y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad de dichas normas.³¹

Y todo esto debido a que se llegaría a un estado de cosas en el cual en el mismo territorio nacional coexistirían distintas formas de extinción de la acción, lo que llevaría, sin lugar a dudas, a una desigualdad legal que ataca principios básicos de la Constitución Nacional (arts. 16 y 18 C.N.). Es decir, la norma debe ser imperativa y tener el fin de legislar sobre el fondo y para todos los habitantes, como parte integrante del Código Penal (CCC, Sala I, causa nro. 19.660, “Pizarro, Jorge”, rta. 14/02/03, ver asimismo, CCC, Sala IV, causa nro. 23.5c95, rta. 24/06/04).

Entonces, puede sostenerse que, mientras la mayor parte de la jurisprudencia ha considerado que su inclusión en el código procesal impide considerarla válida como ley sustantiva, otro sector ha entendido que ello de ningún modo constituye obstáculo para reconocerle su verdadera esencia, más aún teniendo en cuenta que la extinción de la acción penal debe ser igual para todos los habitantes del país para no crear una situación de desigualdad incompatible con el principio de justicia.

31 C.N.C.P., Sala I, causa nro. 1435, reg. nro. 1831.1, rta. 15/10/97. En igual sentido, ver de la misma Sala, causa nro. 4397, reg. nro. 5567.1, rta. 13/12/02

4. Jurisprudencia Internacional

4.1. Competencia del legislador para establecer medidas alternativas de resolución del conflicto en el proceso penal

En el ámbito internacional si bien se reconoce al legislador competencia para diseñar los distintos procesos y disponer las medidas alternativas que considere convenientes, de conformidad con los criterios de política criminal que pretenda establecer, esta actividad tiene un límite fundado en los principios, derechos y garantías previstos en el Derecho de la Constitución.

No existiendo tampoco un derecho fundamental a las medidas alternas, en consecuencia, el legislador puede establecer condiciones y límites para su aplicación siempre que la norma no vulnere derechos constitucionales y, en caso contrario, que dicha afectación se origine en una regla irrazonable o desproporcionada frente al fin que se busca³²

La decisión cuyas conclusiones se expusieron en los dos párrafos anteriores provienen de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, allí la legislación procesal penal (Ley 7594), integró al sistema jurídico penal formas alternativas de finalización del proceso, dotándola de mecanismos cuya consecuencia es que se tenga por extinguida la acción penal, o bien evitando la realización del debate o juicio oral y público; estos son: la aplicación del criterios de oportunidad, la suspensión del procedimientos a prueba, reparación integral del daño, la conciliación, y el procedimiento abreviado; estableciendo limitaciones para su ejercicio, lo cual motivó la decisión judicial comentada.

32 Exp: 10-012026-0007-CO Res. N° 2011006350 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas y treinta y cuatro minutos del dieciocho de mayo del dos mil once.

5. Jurisprudencia provincial

La Suprema Corte de Mendoza, respecto a la aplicación de criterios de oportunidad, en el caso que venimos analizando de reparación entre autor y víctima, sostiene que a la hora de la aplicación de los mismos es el titular del ministerio público fiscal el único que puede introducirlos, suspendiendo o haciendo cesar la acción penal pública de la cual es titular.

Asimismo se le asigna fuerza vinculante a la oposición del representante del ministerio público fiscal, no estando obligado el mismo a tomar en consideración la postura o el interés de la víctima del delito.

Tampoco este magistrado se encuentra obligado a fundar su dictamen negativo a la procedencia de cualquier instituto que requiera su conformidad, impidiendo de este modo la posibilidad de realizar un control de razonabilidad y lógica sobre el mismo, bastando que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca. Tal como lo resolviera en autos “Fiscal c/Crescitelli Fliguer Mauro Alexis p/ Portación ilegal de arma p/ CAS³³, entre otros.

Todo ello por cuanto el ejercicio de la acción penal es una imposición de la ley.

A su vez, en turno a que el agente fiscal se pronuncie sobre un acuerdo reparatorio, nuestro máximo tribunal provincial ha sostenido³⁴ que el hecho de que se haya dado una solución del conflicto entre las partes no obliga al Fiscal a pedir la suspensión de la persecución, ni le impone la carga de fundar por qué continúa ejerciendo la acción penal por cuanto este deber le es impuesto por ley.

En estos supuestos, entonces, resulta evidente la amplia facultad que se encuentra en

33 13039308694 - Fiscal c/CRECITELLI FLIGUER Mauro p/PORTACION ILEGAL DE ARMA P/ CAS. Fecha:14/12/2017 - Sentencia Tribunal: Suprema Corte de Justicia - Sala dos Magistrados: Valerio - Palermo - Adaro Ubicación: LS546 - 094

34 13039923313 - Fiscal c/CARGNELUTTI MARTIN Mariana p/LESIONES CULPOSAS S/CAS Fecha: 21/03/2018 - Sentencia Tribunal: Suprema Corte de Justicia - Sala Dos Magistrados: Valerio - Palermo - Adaro Ubicación: LS552 – 127

cabeza del órgano acusador, la cual es reconocida por nuestro máximo Tribunal provincial aún en desmedro de los principios republicanos de gobierno que exigen fundar las decisiones que adopten los funcionarios del estado.

6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resultando este organismo interamericano el máximo órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de derechos humanos entiendo que el concepto de víctima y reparación que el mismo delinee será de utilidad a los fines de entender la aplicación del instituto de solución de conflicto aquí analizado.

Para esto, y siguiendo a Olásolo y Galaín (2010), debo decir que puede sostenerse que

1. La víctima es persona física, individual o colectiva, no incluyéndose a las personas jurídicas en general. Las víctimas colectivas deben poder ser individualizadas, por ejemplo, todos los internos de un instituto de reclusión de menores de edad y a sus familiares o una comunidad indígena. Se hace foco en los derechos de las víctimas a conocer la verdad, al acceso a la justicia y a las reparaciones genéricas.

2. Distingue la presunta víctima de la víctima. Así, 'presunta víctima' significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención; mientras víctima es la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia de la propia la Corte.

3. En los últimos tiempos, la CorteIDH ha ampliado el concepto de víctima de una violación contra los derechos humanos, incluyendo a sus familiares. Este desarrollo jurisprudencial se produjo en el caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala), en el que la CorteIDH consideró a las madres de los menores por haber sufrido angustias y temor. En igual sentido, en casos relacionados con la desaparición forzada de personas fijaron esa ampliación del concepto a los familiares directos de los desaparecidos ya que el permanente desconocimiento de la verdad acerca de la situación actual de la víctima directa provo-

ca una victimización en las personas más cercanas.

4. La víctima tiene derecho a reparación. Junto con el derecho a la verdad la Corte reconoce el derecho a que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Esta exigencia de reparación de las víctimas surge del artículo 63.1 de la CADH, aún cuando la CorteIDH ha dejado que la CIDH y los estados demandados lleguen a un acuerdo amistoso sobre la naturaleza y la cuantía de tales reparaciones.

5. La reparación a la víctima debe ser integral. “La jurisprudencia de la CorteIDH ha adoptado repetidamente el *concepto de reparación integral*, que permite a la CorteIDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, atendiendo a la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas. El primer componente lo constituye la restitución en los derechos y libertades conculcados por la violación. De ahí que la reparación pueda consistir en: a) la libertad inmediata, definitiva, sin restricciones e inapelable de la víctima; b) la no ejecución de una multa; c) la anulación de antecedentes penales; d) el levantamiento del mecanismo interno de la censura previa (en casos de violación del derecho a la libertad de expresión), o e) el reintegro de las víctimas a sus antiguos puestos de trabajo, cargos o similares (Olásolo, H. y Galaín, P., 2010).

6. Carácter y contenido de la reparación integral.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el concepto de reparación integral incluye también la indemnización por los daños sufridos, el cual es de naturaleza compensatoria y no aflictiva. Dentro del concepto amplio de daño manejado por la CorteIDH se incluye: a) El daño material, referido a “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y los gastos efectuados por sus familiares con motivo de los hechos, y fijará una indemnización que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones cometidas”. b) El reembolso de costas por el hecho de litigar en el ámbito internacional para la defensa de los derechos humanos. c) El daño moral infligido a víctimas de padecimientos físicos o psicológicos, que en ciertos casos de violación de derechos que importan a toda la comunidad internacional y se recogen en normas de *ius cogens*, como la desaparición forzosa,

no necesita ser probado. d) El denominado daño al proyecto de vida, “una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’, y que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (Olásolo, H. y Galaín, P., 2010)

7. La reparación integral incluyente de reparación de la situación estructural. Esto por cuanto, repara no solo la situación de la víctima directa (individual o colectiva), sino también la situación estructural o sistémica, para que todo el ordenamiento se adecue al estándar básico de protección de los derechos humanos contenido en la CADH. Así, se exigió a los estados adoptar medidas legislativas (por ejemplo, crear el tipo penal de los delitos de desaparición forzada o de tortura, etcétera) o adecuar la normativa interna a la normativa de la CADH

8. La sentencia de la corte está incluida en la reparación junto con otras compensaciones a las víctimas y con medidas de no repetición, esto por cuanto la determinación de lo ocurrido y la reprobación por la CorteIDH de la violación sufrida es considerada una forma de reparación para víctima y sus familiares que se encuentra estrechamente vinculada al derecho a conocer la verdad en una dimensión social.

Asimismo, el concepto de reparación integral de la CorteIDH incluye también que el Estado adopte medidas de carácter simbólico a través de las cuales reconozca la comisión de la violación y ofrezca garantías de no repetición a la víctimas. Las medidas de reparación generalmente son solicitadas por víctimas individuales y en muchos menos casos por víctimas colectivas (grupos o comunidades).

Resulta por tanto innegable la importancia que da la CorteIDH a la víctima tanto directa como a sus familiares a la hora de reconocerles el derecho tanto a conocer la verdad de lo ocurrido como a una reparación integral del daño sufrido por la violación de los derechos humanos alegada.

Reparación que, por otro lado, debe ser integral y que comprende no solo compensacio-

nes materiales sino también simbólicas y, en muchos casos, medidas que tiendan a reparar el daño estructural por el cual el Estado fue hallado responsable.

Destacándose asimismo que en muchos supuestos, las víctimas y los Estados acuerdan la cuantía y naturaleza de las reparaciones siendo estos acuerdos reconocidos ampliamente por la propia CorteIDH.

Conclusiones

Resultados y Discusión

A lo largo de esta tesis he intentado aproximarme a la verificación de las condiciones en las cuales se admiten los acuerdos entre víctima e imputado a fin de extinguir la acción penal.

Asimismo he realizado un relato de los alcances de dichos acuerdos a fin de determinar si, cambios legislativos mediante, ha comenzado un nuevo paradigma de un derecho penal restaurativo o si simplemente se trata de una opción más dentro de la justicia penal tradicional.

Finalmente indagué acerca del rol del ministerio público fiscal ante los acuerdos imputado-víctima.

Todo ello a fin de constatar si nuestra sociedad se encuentra preparada para aceptar los acuerdos entre víctima y autor como medios para extinguir la acción penal y como solución del conflicto originado por el delito.

En virtud de ello he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Los acuerdos

El significado, contenido y alcance de los acuerdos víctima-imputado no tiene una respuesta unívoca porque en definitiva dependerán de la política criminal vigente en un país en un momento determinado.

La misma política criminal responsable de las modificaciones nacionales, entiendo, propugnó la positivización de un derecho penal represivo y, a la vez, restaurativo.

Sin embargo, al remitirse a los ordenamientos procesales locales lo único que ha logrado es mantener un derecho penal represivo y sancionador por sobre toda posible alternativa a la pena en el sentido tradicional, presentándose, por tanto, estos intentos conciliatorios o reparatorios únicamente como excepciones a las sanciones previstas en la Justicia Tradicional y no como un verdadero poder de la víctima para resolver el conflicto de acuerdo a sus propios intereses.

Esto por cuanto, política criminal mediante, los gobiernos locales, como el mendocino, han endurecido prácticas frente al delito y sus responsables, no siendo este dato menor ya que no solo se genera una desigualdad externa en la aplicación de la ley penal sustantiva en virtud de las prescripciones de los distintos ordenamientos provinciales sino también una desigualdad interna visibilizada en la aplicación divergente por parte de los propios operadores de justicia.

Es por ello que puede sostenerse que en relación al concepto mismo de los acuerdos (conciliatorios o reparatorios) la investigación desarrollada arroja como resultado que no existe consenso doctrinal o jurisprudencial definitivo discutiéndose incluso su amplitud y contenido, así como la forma de plasmarlos dentro del proceso para que tengan consecuencias respecto de la extinción de la acción penal.

Se advierten líneas jurisprudenciales más amplias que facilitan la admisión y aplicación de estos criterios de oportunidad y, a la par, otras más restrictivas que limitan su ámbito de actuación y efectos.

En Mendoza, se suma el reconocimiento de nuestro máximo Tribunal a la necesidad del consentimiento fiscal a los fines de su admisión en el proceso, sosteniéndose que este magistrado no resulta obligado a considerarlos ni a motivar la resolución que haga que el proceso continúe hacia la sentencia.

Esto, sumado al hecho de que el código penal remite a los procedimientos locales para regular y definir los mismos, hace que las reglas de juego respecto a su aplicación no siempre resulten claras ocasionándose en algunos casos verdaderos supuestos de desigualdad entre los imputados, pudiendo afirmarse que su ámbito de aplicación también se presenta problemático.

2. La víctima en el proceso

Lo que parecía en un comienzo auspicioso, en la práctica ha demostrado que poca fe tiene el Estado acerca de cómo la víctima puede ser reparada o hacer reparar el daño sufrido.

Esto se advierte en la cantidad de obstáculos que se colocan al contenido de los acuerdos, sea a través de leyes provinciales o de resoluciones de procuración, advirtiéndose que lejos está el día en que el ministerio público fiscal resuelva dar un paso al costado a fin de que pueda plasmarse la justicia restaurativa en nuestro ámbito.

Parece que el Estado no dejará, al menos en este momento, la resolución del conflicto penal en manos de la víctima, con el consiguiente perjuicio para el imputado a quien se le sumará un nuevo actor en el proceso que se sigue en su contra pero sin posibilidad alguna de delinear con él una posibilidad distinta a la sanción penal represiva.

Resaltando que también el perjuicio lo es para la víctima ya que la misma, más allá de conseguir o no una pena represiva para el infractor, no logrará otra cosa en el marco de este proceso penal y, me animaría a decir, que en ningún otro.

No puede sostenerse que deban admitirse sin más o en forma automática dichos acuerdos pero el Estado debería reconocer en los ciudadanos la capacidad de resolver los conflictos que los tienen como protagonistas, sean imputados o víctimas.

Por lo demás, la conducta estatal, por un lado, empoderando a la víctima y permitiendo acuerdos y, por otro, generando políticas criminales que los impiden, implica no asumir seriamente la posibilidad de que el derecho penal abandone su filosofía represiva.

Por todo lo expuesto considero que debe darse una respuesta negativa a la hipótesis de trabajo planteada ya que el Estado no está dispuesto a reconocer en la sociedad la capacidad de resolver sus conflictos originados por la infracción a la ley penal a través de la reparación. Aún cuando la víctima pudiera consensuar en ello. Reforzando, además, la voluntad negativa del representante del ministerio público fiscal como vinculante a la hora de extinguir la acción penal, fundada en su titularidad de la acción penal pública.

Y todo ello con un criterio general, deteniéndose en contadas ocasiones en el caso concreto e instrumentalizando de esta forma tanto a la víctima como al imputado en el supuesto interés de la sociedad en el castigo penal.

Es necesario aún un cambio de mentalidad derivado de la educación, el consenso y un trabajo que resulte de la discusión de los distintos actores (poderes del estado, universidades, opinión pública) a fin de dar lugar a la justicia restaurativa sea la misma considerada una tercera vía al sistema penal represivo o un equivalente funcional de la pena.

Resultando estas conclusiones de gravedad si tenemos en cuenta que constituye un deber positivo del Estado la promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre autor y víctima.

Esto debido, como sostiene parte de la doctrina, al reconocimiento de la (parcial) corresponsabilidad social por el hecho delictivo ya que, en ocasiones, la decisión individual de comisión de un delito puede resultar condicionada por factores naturales y culturales atribuibles a la configuración del Estado o de la sociedad.

Para cumplir esta obligación estatal es evidente que se requiere la creación de las condiciones que hagan posible la reconciliación, esto es, favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor. Solo así puede tener lugar la “rehumanización” ambos, contribuyendo de este modo a la construcción y mantenimiento de la paz social.

Referencias

BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007) *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, página 33

BLANCO, A. M. (2015) *Resolución de conflicto: la justicia restaurativa y el derecho penal juvenil. Remisión de causas* Ponencia en el VIII Congreso de Niñez, Adolescencia y Familia. noviembre de 2015. Publicado en el Libro de Ponencias del mencionado Congreso.

<http://www.alatinoamericana-naf-com/wp-content/uploads/ALAMFPYONAF-LIBRO-DE-PONENCIAS-VIII-CONGRESO.pdf> ISBN 978-987-46184-1-2

BLANCO, A.M. (2017) *Control de Convencionalidad de normas que impiden la aplicación de criterios de oportunidad en la Justicia Penal Juvenil. Principios vulnerados*. Ponencia en el X Congreso de Niñez, Adolescencia y Familia. Valparaíso, Chile. 7 de noviembre de 2017. Publicado en el Libro de Ponencias del mencionado Congreso. www.alatinoamericana-naf.com/ ISBN2545-6989

CANCADO TRINDADE, A. *Voto razonado del Caso de los "Niños de la Calle"*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de los "Niños de la Calle" (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77.

CASAS ESTÉVEZ, J. M. *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*.

FIGARI, R., *El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el código penal ley 27.147 y en el nuevo código procesal penal de la nación ley 27.063*, www.rubenfigari.com.ar, 2015

FIGARI, R. *Homicidio Agravado (Femicidio)*, en "Código Penal Comentado de acceso libre" en www.pensamientopenal.com.ar

GALAIN PALERMO, P. (2005) *La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. Redur 3. Consultado online el 10/10/2018 en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf>

GALAIN PALERMO, P. (2007) *Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal*. Revista Penal, número 20, Doctrina.

GALAIN PALERMO, P. (2209) *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*. Revista Penal, número 24, Doctrina.

GALAIN PALERMO, P. (2010) *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

HIGHTON E., ALVAREZ, G., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*

HIGHTON E., JASSAN, E. (1996) *Mediación y Justicia*, ed. Depalma, Bs As.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2009) *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2004) *Justicia Restaurativa*- - Ed. Rubinzal Culzoni

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *En búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa” o “Restitutiva”*, en <https://es.scribd.com/document/48459633/>

LASCANO (h), C. (2015) *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código Penal*. Jornadas sobre “El principio de oportunidad”

LARRAURI PIJOAN, E., *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión*.

LARROCCA, P. “*La incorporación de la conciliación en el proceso penal en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de septiembre de 2007*” Eldial.com – DCD4B

LLOBET RODRIGUEZ, J. (2017) *La justicia penal juvenil en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con especial referencia a centroamérica)*, Revista de Ciencias Jurídicas N0 142 (33-80) Enero-Abril 2017

MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*

MARCHIORI, H. (2009) *La víctima del delito*. Ed. Lerner.

MILL, R. A. (2013), *Resolución alternativa de los conflictos penales*. Libro homenaje a la obra del Dr Humberto Briseño Sierra. Visto en <http://www.juridicas.unam.mx>

MILL, R.A. (2013) *Mediación Penal*. Rubinzal Culzoni Editores ISBN: 9789873003905.

MIR PUIG, S. (1982) *Función de la Pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch.

NEUMAN, E. (1997) *Mediación y conciliación penal*. En La Ley (págs. E-1621). Doctrina La Ley online.

NEUMAN, E. (1998) *Mediación Penal*. En La Ley (págs. F-1029). Buenos Aires: Doctrina La Ley online.

NEUMAN, E.(1994) *Victimología y control social. Las Víctimas del sistema Penal*- Ed. Universidad.

OLÁSULO, H. y GALAIN, P.(2010), *La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas*, Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional Stiftung Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica - Oficina Regional Montevideo.

ORTIZ SAMAYOA, M. J.(2003) *Tesis Doctoral: La reparación como tercera vía*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho.

PASTOR, D. (2015) *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2º edición corregida, actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

RIQUERT, M. *La extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6 CP)*” en <http://catedrariquert.blogspot.com>

ROXIN, C. (1973) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Bosch.

ROXIN, C. (1976) *Sentido y límites de la pena estatal*. En C. ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus.

ROXIN, C. (1981) *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Reus.

ROXIN, C. (1999) *Pena y Reparación*. Dialnet; y ADPCP. VOL. LII. 1999

ROXIN, C. (s.f.) *Derecho Penal Parte General. Fundamento de la estructura del delito*. (Segunda ed., Vol. I). Civitas.

ROXIN, C. (1992) *La reparación en el sistema de los fines de la pena-* en “De los delitos y las víctimas” pags. 131 Ed. Ad-hoc 1992

ROXIN, C. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Traducción de Julio B. Maier y Elena Carranza, artículo publicado en el libro “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad hoc.

SAGÜÉS, N. (2006) *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*; Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, páginas 17 a 32.

SILVA SANCHEZ, J. M. (1992) *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch.

SILVA SANCHEZ, J. M. (2007) *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS Nro 40. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

SILVA SANCHEZ, J. M. (2008) *¿nullum Crimen sine poena? sobre las Doctrinas penales De la “luCHa Contra la impuniDaD” y Del “DereCHo De la VíCtima al Castigo Del autor”*. Derecho Penal y Criminología, No. 86-87, 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1501203>

SILVA SANCHEZ, J. M. (2017). *Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 47(127),

Bibliografía

- AROCENA, G. (2004) *Análisis Penal Procesal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- AZERRAD, M. E. (2005) *Política Criminal y Resolución de Conflictos*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- BACIGALUPO, E. (1997) *Derecho Penal Parte General, Segunda Edición*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007) *El resarcimiento por el daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, página 33
- BATTOLA, K. E. *La mediación e conflictos penales. Su aplicación en la suspensión del juicio a prueba (probation)*. Neuquén: Alveroni.

- BELOFF, M.(2004) *Los derechos del niño en el sistema inter-americano*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- BIDART CAMPOS, G. (2015) *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- BORDA, G.J. (1950) *Concepto de ley de orden público*. La Ley, T.58, Pág. 997, 1950, consultado online el 20/10/2018 en https://www.scribd.com/document/downloads/direct/80422788?extension=pdf&ft=1540073783<=1540077393 show_pdf=true&user_id=404115450&uahk=puBu-SyPATM4cPrguuQ_oFJXxvw
- BUOMPADRE, J. (2013) *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*. Ed. Alveroni, Córdoba.
- CAFFERATA NORES, J. I. (1998) *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2004) *El imputado. Estudios*. Córdoba: Ed. Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2006) *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*. Córdoba: Ed. Mediterránea.
- CANCADO TRINDADE, A. *Voto razonado del Caso de los “Niños de la Calle”*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y otros), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, Número 77.
- CASAS ESTÉVEZ, J. M. *Valoración de la vida e integridad física*, en *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*.
- COUSSIRAT, J. (2013) *Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Tomo I y II*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- ESER, A., HIRCH, H., ROXIN, C. y ots. *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad Hoc, 1992
- FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y Razón*. Ed. Trolla.
- FIGARI, R., *El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el código penal ley 27.147 y en el nuevo código procesal penal de la nación ley 27.063*, www.rubenfigari.com.ar, 2015
- FIGARI, R. *Homicidio Agravado (Femicidio)*, en “Código Penal Comentado de acceso libre” en www.pensamientopenal.com.ar

- GARCÍA MENDEZ, E. (1994) *Derechos de la infancia adolescencia en América Latina*, Quito, Edino.
- GARCÍA MENDEZ, E./NUÑEZ, J./RODRIGUEZ, L.(2015), *Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política*, Buenos Aires, Didot.
- GALAIN PALERMO, P. (2005) *La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. Redur 3.
- GALAIN PALERMO, P. (2007) *Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal*. Revista Penal, número 20, Doctrina.
- GALAIN PALERMO, P. (2009) *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*. Revista Penal, número 24, Doctrina.
- GALAIN PALERMO, P. (2010) *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GELLI, M. A. (2005) *Constitución de la Nación Argentina, Tomo I y II*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- GOUVERT, J. F. (2006) *Mediación y proceso penal: una conjunción posible*. Doctrina La Ley online.
- HASSEMER, W. (1984) *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch.
- HIGHTON E., ALVAREZ, G., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*
- HIGHTON E., JASSAN, E. (1996) *Mediación y Justicia*, ed. Depalma, Bs As.
- JAUCHEN, E. M. (2014) *Derechos del Imputado*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- JAUCHEN, E. M. (2014) *Garantías del Imputado*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- JAUCHEN, E. M. (2015) *Proceso Penal. Sistema Acusatorio Adversarial*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2009) *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2004) *Justicia Restaurativa*- - Ed. Rubinzal Culzoni
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *En búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa” o “Restitutiva”*, en En, Sergio García Ramírez, coordinador. Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y

Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp.271-324 Consultado online 05/2018 <https://es.scribd.com/document/48459633/>

LASCANO (h), C. (2015) *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código Penal*. Jornadas sobre “El principio de oportunidad”

LARRAURI PIJOAN, E., *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión*.

LARROCCA, P. “*La incorporación de la conciliación en el proceso penal en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de septiembre de 2007*” Eldial.com – DCD4B

LLOBET RODRIGUEZ, J. (2017) *La justicia penal juvenil en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con especial referencia a centroamérica)*, Revista de Ciencias Jurídicas N0 142 (33-80) Enero-Abril 2017

MAIER, JULIO, *La víctima y el sistema penal*

MARCHIORI, H. (2009) *La víctima del delito*. Ed. Lerner.

MIR PUIG, S. (1982) *Función de la Pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch.

NEUMAN, E. (1997) *Mediación y conciliación penal*. En La Ley (págs. E-1621). Doctrina La Ley online.

NEUMAN, E. (1998) *Mediación Penal*. En La Ley (págs. F-1029). Buenos Aires: Doctrina La Ley online.

NEUMAN, E.(1994) *Victimología y control social. Las Víctimas del sistema Penal*- Ed. Universidad.

OLÁSOLO, H. y GALAIN, P. (2010), *La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas*, Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional Stiftung Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica - Oficina Regional Montevideo.

ORTIZ SAMAYOA, M. J.(2003) *Tesis Doctoral: La reparación como tercera vía*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Consultado online el 24/01/2018

https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124195/1/DDAFP_OrtizSamayoa_Mar%C3%ADaJos%C3%A9_Tesis.pdf

PASTOR, D. (2015) *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2º edición corregida, actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

RAÑA, A. (2001) *La mediación y el derecho penal*, Ed. Fabián di Plácido, Buenos Aires.

RIQUERT, M. *La extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6 CP)*” en <http://catedrariquert.blogspot.com>

ROXIN, C. (1973) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Bosch.

ROXIN, C. (1976) *Sentido y límites de la pena estatal*. En C. ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus.

ROXIN, C. (1981) *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Reus.

ROXIN, C. (1999) *Pena y Reparación*. Dialnet; y ADPCP. VOL. LII. 1999

ROXIN, C. (s.f.) *Derecho Penal Parte General. Fundamento de la estructura del delito*. (Segunda ed., Vol. I). Civitas.

ROXIN, C. (1992) *La reparación en el sistema de los fines de la pena*- en “De los delitos y las víctimas” pags. 131 Ed. Ad-hoc 1992

ROXIN, C. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, Traducción de Julio B. Maier y Elena Carranza, artículo publicado en el libro “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad hoc.

SILVA SANCHEZ, J. M. (1992) *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch.

SILVA SANCHEZ, J. M. (2007) *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS Nro 40. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

SILVA SANCHEZ, J. M. (2008) *¿nullum Crimen sine poena? sobre las Doctrinas penales De la “luCHa Contra la impuniDaD” y Del “DereCHO De la VíCtima al Castigo Del autor”*. Derecho Penal y Criminología, No. 86-87, 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1501203>

SILVA SANCHEZ, J. M. (2017). *Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 47(127), 495-510. <https://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v47n127.a010>

SOSA ARDITI, L. y. (2000) *Ley 6730 - Código Procesal Penal Comentado*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

VELEZ MARICONDE, A. (1956) *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Ed. Universidad Nacional de Córdoba.

ZAFFARONI, E. R. (1989) *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Legislación citada

puede consultarse en www.infoleg.gov.ar

1. Legislación nacional:

Ley 24.660 (BO 19/06/1996)

Ley 27.063 (BO 10/12/2014)

Ley 27.147 (BO 10/06/2015)

Ley 27.372 (BO 13/07/2017)

Ley 27.375 (BO 28/07/2017)

Decreto 257/15 (BO 29/12/2015)

2. legislación provincial:

Ley 8.465 (BO 17/10/2012)

Ley 8.896 (BO 26/09/2016)

Ley 8.971 (BO 12/05/2017)

Ley 9.040 (BO 09/02/2018)

3. Códigos y resoluciones:

Código Penal de la Nación Argentina

Constitución de la Nación Argentina

Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)

Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)

Código procesal penal de Mendoza (ley 6.730 y sus modif.)

Resoluciones de la Procuración de Mendoza (RG 717/16, 718/16 y 16/20)