

¿Hoy pueden aplicarse los nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflictos regulados por el nuevo ordenamiento procesal o debemos esperar al 1 de marzo del próximo año?

Después de la sanción de la sanción de la ley 27.150¹ y la 27.147² tuve el placer de analizar y discutir en mi ámbito profesional sobre la vigencia del nuevo ordenamiento procesal. Si bien la discusión se centró en la posibilidad de aplicar una Medida Alternativa de Resolución de Conflictos, considero que el debate puede ir mucho más lejos.

Soy de aquellos que celebran el abandono de una sistema inquisitorio reformado que en la práctica tiene mayor tinte “inquisitorio” que “reformado”. Esta posición deja en evidencia que detrás de todo lo que pueda escribir hay una profunda ansiedad de aplicación.

Es útil reconocer lo que a mi criterio hay detrás de cada autor, un posición política.

Con ello no pretendo quitar seriedad a los argumentos que expondré, pero sí dejar sentado que la conclusión me resulta agradable.

El artículo tratará humildemente de exponer algunas razones que permiten la plena aplicabilidad del ordenamiento ritual. Y destaco la humildad de la presentación, porque sólo traté de conjugar las voces de extraordinarios autores.

Al estilo de los profesores que nos enseñan las nuevas técnicas de litigación penal, considero necesario adelantar la posible debilidad del razonamiento que me permite afirmar la vigencia de la nueva ley de procedimiento. Adelantar la debilidad, me permite dar mayor fuerza los fundamentos que la contradicen y, así concluir la plena vigencia de la normativa procesal.

Quienes no estén de acuerdo con mi postura podrán sostener que una interpretación literal de la ley impide que los funcionarios judiciales apliquen el nuevo ordenamiento ritual. Esa es la debilidad que pretendo contradecir, pero como dije, para quitarle valor, primero debo reconocerla.

El Art. 3 de la ley 27.063 establece *“El Código aprobado en el artículo 1°, entrará en vigencia en la oportunidad que establezca la ley de implementación correspondiente, la que deberá contener las previsiones orgánicas pertinentes tanto con relación a los órganos jurisdiccionales como a aquellos otros encargados de su aplicación.”*

El Art. 2 de la ley 27.150 regló *“El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063 entrará en vigencia: a) En el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1° de marzo de 2016; (...)”*

El Art. 2 de la primera ley mencionada versa *“Deróguese el Código Procesal Penal aprobado en virtud del artículo 1 de la ley 23.984, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5 de la presente ley”*

¹ Ley para la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

² Ley que sustituyó los artículos 59, 71, 73 y 76 del Código Penal.

Una interpretación literal de los dos primeros artículos transcriptos pondría en evidencia que el nuevo ordenamiento procesal solo será ley vigente y aplicable a partir del 1º de marzo del 2016. Sin embargo, en mi opinión una interpretación literal de esos dos artículos es una interpretación errada.

No fui inocente al transcribir en tercer lugar el artículo 2 de la ley 27.150. Lo hice al efecto de demostrar que la interpretación literal de la norma nos dejaría sin ordenamiento procesal vigente alguno. Si uno concluye, de acuerdo a los primeros artículos, que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación entrará en vigencia en la fecha antedicha y que ya se encuentra derogado el Código ritual normado por la ley 23.984, no hay ley adjetiva vigente.

Ello evidencia que una interpretación literal de los artículos transcriptos conlleva la afirmación de un vacío legal en la materia.

En concordancia con lo anterior, el Dr. Niño afirmó *“Si debiéramos tomar a pies juntillas lo que en ella se dispone, caeríamos en un vacío legal apenas remediable por la resurrección jurídica del Código Obarrio, habida cuenta de que el Código Procesal Penal aprobado en virtud del artículo 1 de la ley 23984 habría quedado enfáticamente derogado (ley 27063, Art. 2), en tanto que el nuevo ordenamiento procedimental, contenido en el anexo I, sólo habrá de entrar en vigencia “en la oportunidad que establezca la ley de implementación correspondiente (ídem, Art.. 3).”³*

Así como afirmé el vacío legal antes expuesto, no pudo dejar de resaltar otro de similares características y que también deviene de una interpretación literal restrictiva de la normativa proveniente de la reforma procesal.

Como lo adelanté al principio, el Art.59 del Código Penal de la Nación fue recientemente modificado por la ley 27.147. La ley modificatoria agregó que la acción penal se extinguirá: *“5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.”*

Sin bien es cierto que en los tres supuestos se agrega *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”*, ello no se realiza al efectos de que no entre en vigencia la causal de extinción hasta el 1 de marzo del 2016.

Para ser claro, el actual Art.59 que –resalto- se encuentra en plena vigencia, establece tres causales de extinción de la acción que se aplicarán conforme lo previsto en la ley procesal que las reglamente. La

³ Código Procesal Penal de la Nación compilado por Ricardo Antonio Parada y José Daniel Errecaborde, 12ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Erreius, 2015. Nota introductoria del Dr. Luis Fernando Niño. Página 2.

ley procesal que las estableció ya se encuentra sancionada, promulgada y publicada. Si bien la certeza sobre su vigencia depende de la interpretación que pregono, aún si se considera que no se encuentra vigente, lo cierto es que esa demora solo se debe a la inexistencia de una implementación administrativa del ordenamiento ritual.

Siguiendo ese argumento, debe reconocerse que en lo que interesa a los dos mecanismos de resolución alternativa de conflictos -reparación integral del daño y conciliación- no se requiere ninguna implementación administrativa para tornar operativa la norma. La reforma de Código Penal es ley vigente para toda la Nación –aunque sea redundante la aclaración- y su vigencia no puede encontrarse supeditada a la ley reglamentaria de un Código Procesal Penal que ya se encuentra sancionado, promulgado y publicado.

Al respecto debe polemizarse sobre una discusión que está zanjada a favor de la postura que sostengo. Mucho se ha dicho y escrito sobre los alcances de los ordenamientos de fondo al regular la extinción de la acción penal. La doctrina mayoritaria sostiene que las causas de exclusión y cancelación de la penalidad deben ser reguladas por la autoridad legislativa federal. El Dr. Luis Fernando Niño sostiene: *“No concibo otro modo de honrar el axioma que reza que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley que no parta de considerar que aquellas causas de exclusión o cancelación de la acción, aún cuando alguna o algunas de ellas pudieran estimarse de cuño procesal, deben hallarse unificadas, rigiendo en todo el territorio de la República, a fin de asegurar a todos ellos la vigencia de las garantías contenidas en la primera parte de la Constitución Nacional, intacta desde 1853, y en el nutrido elenco de tratados del referido bloque de constitucionalidad”*⁴.

En este mismo orden de ideas Zaffaroni, al referirse a las causales de exclusión o cancelación de la acción penal, afirma *“no se trata ya de una modalidad de aplicación, sino de una posibilidad de aplicación: lo que está en juego es la aplicación misma de la norma de fondo y no una forma de aplicarla”*⁵.

Es decir, si las causas de extinción de la acción, entre las que se encuentra la conciliación y la reparación integral del daño son derecho de fondo vigente, no pueden tornarse aplicables *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”* si estas últimas no están vigentes.

En concreto, hay dos opciones a fin de interpretar este conflicto legislativo. O bien consideramos que las causales de extinción de la acción son derecho aplicable al día de la fecha y no requieren de las leyes procesales para tornarse operativas, de manera tal que deberíamos desoír –o no leer- la frase *“de conformidad con lo previsto en*

⁴ Código Procesal Penal de la Nación compilado por Ricardo Antonio Parada y José Daniel Errecaborde, 12ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Erreius, 2015. Nota introductoria del Dr. Luis Fernando Niño. Página 9.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs. As., 1980, T. I, página 197 y ss.

las leyes procesales correspondientes” que se encuentra al final de los tres incisos transcritos. O, de otro modo, deberíamos considerar que la ley procesal tiene plena vigencia.

Una opinión en contraposición de cualquiera de las dos anteriores sería claramente violatoria del Principio de Igualdad ante la ley.

Es claro el vacío legal que se genera si opto por considerar que el Art. 59 es ley vigente –supuesto que no puede ser discutido por ningún jurisculto-, pero que no es aplicable hasta el 16 de marzo del próximo año.

Esta última postura no solo es conclusión de una interpretación errónea, ya que no supone la coherencia de la norma, sino que además –reitero- es violatorio del Art. 16 de la Constitución Nacional.

Antes de continuar con la línea de razonamiento antes expuesta, considero que hasta aquí me explayé en dos argumentos de sustancial contundencia que impiden que la interpretación literal de los tres artículos mencionados afirme la no vigencia de Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

Pero, pretendo seguir adelante en el argumento.

Pastor, en un reciente artículo publicado en la revista DPI titulado *“La introducción de la reparación del daño como cauda de la exclusión”*, también polemiza sobre la regulación de la acción en el derecho de forma o en el derecho de fondo. Lo hace con el fin de afirmar si los métodos alternativos de conflictos regulados en el Art. 59 del CP que extinguen la acción, se encuentra vigentes al día de la fecha.

Adelanto que, tal como lo vengo sosteniendo, el autor opina coincidentemente con el Dr. Zaffaroni y el Dr. Niño antes citados, que la acción es materia de derecho de fondo y no de derecho de forma.

El autor afirma la plena vigencia del CPPN en lo que respecta a los mecanismos alternativos de conflictos que extinguen la acción penal, puesto que ya han sido dispuestos como causales de extinción en el Art. 59 del CP.

Considero útil reproducir sus palabras, porque la claridad de las mismas. Pastor reproduce un aporte más a esta línea de interpretación.

“Un aporte en esta dirección interpretativa tan amplia, aunque también pueda ser visto como otra contribución más a la confusión general, lo brinda otra vez la ley 27.147, en esta ocasión tanto con el nuevo inc. 7.º del Art. 59 del CP, que reintroduce como motivo de extinción de la acción el cumplimiento de las condiciones de la suspensión a prueba “de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”, como con el nuevo Art. 76 del CP, para el cual la “suspensión a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título”. Esta podría ser una herramienta de interpretación auténtica y contemporánea para los alcances de la reparación: ante la falta de regulación total o parcial en la

ley procesal correspondiente regiría la disposición incondicional de la ley sustantiva (inc. 6.º del Art. 59 del CP).”

El criterio antes expuesto nos permite llevar este razonamiento a un extremo que por lo hipotético es inexistente, pero que sirve para dar luz a la aplicabilidad del nuevo código procesal. En el caso de que no existiera un nuevo código procesal penal sancionado, promulgado y publicado que establezca los requisitos para la procedencia de la conciliación y la reparación integral del daño, debería estarse a lo dispuesto en el Código Penal, pero nunca podría afirmarse que una causal de extinción de acción no se encuentra vigente porque no existe normativa ritual –o porque existe, pero no está vigente- que lo regule.

Pero este no es el único criterio interpretativo. La consagración de un nuevo derecho penal resarcitorio nos otorga un camino a la hora de resolver cada conflicto judicializado.

Daniel R. Pastor enfatiza en que la sanción del nuevo código de procedimiento y las modificaciones del Código Penal -especialmente en su Art. 59- nos permiten hablar de un derecho penal verdaderamente subsidiario al derecho resarcitorio.

Al respecto, el autor en el artículo antes citado explica que *“El nuevo CPPN pone condiciones para la procedencia de la conciliación, pero para la cancelación de la punibilidad por “reparación integral del perjuicio”, en cambio, no regulada nada y ya vimos que son instituciones diversas, por lo cual no puede aplicarse a la procedencia de una los requisitos previstos para la otra”*.

Según Pastor la falta de requisitos procesales para la procedencia de la reparación la torna perfectamente aplicable al día de la fecha, atento a que ya está dispuesta en el Art. 59 del CP y no tiene ningún tipo de significado la frase *“de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”* que se agrega al final del inciso 6 del artículo 59.

Si bien estoy de acuerdo con el Doctor en la diferencia entre ambos institutos, considero que el criterio expuesto por el autor es de vital trascendencia para considerar la vigencia del nuevo CPPN.

Pastor va aún más lejos en el problema y hace referencia a los institutos que sí se encuentran condicionados por la nueva normativa procesal, como es el caso de la conciliación.

En este supuesto es en el que el autor sostiene que la acción es materia de derecho de fondo y no de derecho ritual. Según el autor *“La reforma, de este modo, reconoce expresamente que el régimen de la acción es materia sustantiva, por eso lo mantiene en el Código Penal y hasta aumenta sus territorios (...)”*⁶

⁶ Daniel R. Pastor, Diario DPI, Diario Penal, Columna de Opinión. 11.09.2015. Nolite indicare. Comentarios de actualidad penal independientes y críticos. Episodio 1: La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión. De la punibilidad en el Derecho Penal Argentino. Página 5.

Pero la reglamentación es confusa, porque a pesar de reconocer que es materia penal, de las siete causales para la extinción de la acción que establece el Art. 59 del CP, cuatro son materia exclusiva del derecho penal y las tres últimas –incisos 5, 6 y 7- son materia de derecho de fondo, pero también reguladas por el derecho procesal. Pastor nombra a las primeras como cláusulas penales-penales y a las últimas tres como cláusulas penales-procesales.

El autor se pregunta con un lenguaje coloquial el interrogatorio que todos nos hacemos “¿en qué quedamos? ¿Es nacional o local la competencia para regular en lo básico el régimen de la acción? Si es nacional, ¿cómo podría ser válida su reglamentación por el legislador local (cláusulas penal-procesales)? Si es local, ¿cómo podría ser válida su regulación integral por parte del legislador nacional (cláusulas penal-penales)?”

Se responde y nos responde, coincidentemente con el criterio expuesto en esta presentación, que es materia nacional.

Así, afirma “Tal como ya se insinuó, toda la cuestión parece resuelta por la propia ley 27.147 que, al ratificar que lo atinente al régimen de la acción es cuestión sustantiva (reforma de los arts. 59, 71 y 73 del CP), reconoce a la vez que se trata de una materia que no puede serle devuelta al —por tanto incompetente— legislador local. Esta normativa podrá ser una traición para la corriente localista reciente, pero una muy efectiva.

Esa posición, que sostenía que el régimen de la acción era cosa local, resultaba, a juicio de algunos (me incluyo), equivocada, pero sólo a juicio de algunos, de modo que probablemente fuera correcta y, sin duda alguna, muy defendible. En cambio, esto de nacional y delegable parece incorrecto más allá de lo opinable. No sería legislación válida para nosotros una cuyo Código Penal establezca que la estafa es punible “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”, de modo que éstas sean las que en verdad la definan, describan el comportamiento delictivo y fijen las penas.

En consecuencia, no resultarían oponibles a la procedencia de las causas de extinción de la acción previstas por el Art. 59 del CP, incluida la reparación integral del perjuicio, las limitaciones impuestas para ello en los ordenamientos adjetivos. Esa cancelación de la punibilidad regiría en los términos establecidos en la ley penal, sin más, incluso en caso de transferencia al legislador local del poder de establecimiento de presupuestos ulteriores de admisibilidad, debido a la invalidez de retrodelegarle el poder de imponer requisitos que afecten el régimen de la acción, cuestión de incumbencia sustantiva ahora además ratificada y proclamada como tal por la ley 27.147.”⁷

⁷ Daniel R. Pastor, Diario DPI, Diario Penal, Columna de Opinión. 11.09.2015. Nolite indicare. Comentarios de actualidad penal independientes y críticos. Episodio 1: La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión. De la punibilidad en el Derecho Penal Argentino. Página 6 y ss.

Otro de los criterios que tengo en cuenta al momento de decidir la aplicabilidad de la nueva ley procesal es el Principio de la ley penal más benigna.

Es claro que la normativa por la que me encuentro abogando –la referente a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos- es más favorable al imputado, ya que se trata de alternativas menos lesivas que la pena privativa de la libertad.

Es conocido por cualquier estudiante y profesional del derecho que la imposición de penas no ha conseguido reducir significativamente los índices de delincuencia, no resocializa ni readapta a nadie que haya pasado por una institución carcelario y ha generado mayor marginalidad y estigmatización de un sector seleccionado por las agencias. Es por ello que todas las teorías de la pena han merecido fundadas críticas que llegan a nuestros días.

Tal como lo afirmé antes, la modificación del Código Penal y la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación significan la preeminencia de un Derecho Penal resarcitorio.

Es claro, bajo esta directriz, que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están regulados en una ley más benigna al “Código Levene”.

Mucho se ha escrito sobre la aplicabilidad de este principio en el Derecho Procesal. Más allá de que los institutos alternativos se encuentran regulados en el Derecho de fondo como una causal de extinción de la acción, motivo por el cual resultan perfectamente aplicables; lo cierto es que existe fundamento suficiente para entender la aplicación del mismo a la ley ritual.

Así, *“Los autores más antiguos, como Tejedor, explican los fundamentos tradicionales del régimen de la irretroactividad relativa que propugnaba, sosteniendo que cuando el poder social juzga que las penas de las que se vale la ley son excesivamente severas o innecesarias y no resultan útiles para la conservación del orden en la sociedad, deviene inconsecuente continuar aplicándolas cuando a través de las nuevas prescripciones se las proclama como inútiles y se las deja sin efecto. En estas afirmaciones del autor se advierte la influencia de la doctrina francesa con citas de Chaveau y Duvurgier.*

También sostiene [64, p. 78], siguiendo la opinión de Chaveau, que aquella consecuencia del principio se extiende también a las leyes procesales, pues no es admisible en materia penal escindir la forma de la sustancia”⁸.

Contemporáneamente, Manuel Obarrio comienza su desenvolvimiento teórico afirmando que es un principio reconocido desde los tiempos más remotos que las leyes sólo disponen para el futuro, principio que se encuentra receptado por el Art. 18 de la CN, y el 3º del Código Civil. *“Luego de sentar claramente a regla del tempus regit actum [48, p. 84]*

⁸ David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi SRL, 1997, página 48.

admite empero aquellas excepciones derivadas de la ley más benigna, sin aportar nuevos fundamentos. Acepta, igualmente, la extensión del régimen de la ley más benigna para la leyes procesales”⁹

Se sostiene pacíficamente que la ley está regida por dos principios, vigencia inmediata e irretroactividad. El primero se lleva a cabo con su publicación en el boletín oficial y tiene su excepción en la denominada “vacancia legal”, que se produce cuando una ley comienza a regir en una época posterior a la de su publicación porque la propia norma así lo establece.

El caso que no ocupa es un claro ejemplo de esta vacancia. Sin embargo, esta especie de “vacío” legal en lo que respecta a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es solo legislativo, toda vez que éstos ya se encuentran contemplados por diversos instrumentos internacionales que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la vacancia legal del caso debería ser solucionada en la dirección abogada, ya que así lo dispone una interpretación pro homine y la plena aplicación del Principio de Ley penal más benigna¹⁰.

Al respecto, en el marco del sistema interamericano, se ha interpretado que conforme el Art. 29.B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho país otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.

Hasta aquí expuse los motivos por los que una interpretación literal de la norma conduciría a un error y las directrices interpretativas que considero que deben ser utilizadas para resolver la aplicabilidad o no de los nuevos mecanismos de resolución de conflictos.

No obstante ello, considero oportuno destacar un reciente precedente de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. El 25 de septiembre de este año en la causa nro. 61537/2014/TO1/4/CNC1 caratulada “Arias, Héctor Ricardo s/ incidente de excarcelación” la Sala II aplicó la detención morigerada regulada por el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

En el precedente mencionado, los jueces Morín y Garrigós de Rébora sostuvieron *“En este sentido, debe destacarse que aun cuando la implementación del nuevo código ha sido diferida (por diversas razones, en su mayoría vinculadas a cuestiones de previsión y organización judicial) no hay controversia acerca de su condición de ley sancionada y promulgada por el Congreso Nacional.*

⁹ David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi SRL, 1997, página 49.

¹⁰ Art. 2 del CP, Art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Muy lejos en el tiempo, el máximo tribunal de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre la relevancia de las normas del Código Civil ya sancionado y pendiente de entrar en vigencia; y allí sostuvo (con referencia a cuestiones de vecindad): “que, aun antes de la época de su vigencia, debe mirarse como una autoridad decisiva, después que ha recibido la sanción del Congreso Legislativo Nacional” (Fallos: 9:373; sentencia del 20/9/1870).

En este sentido, los mecanismos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, relacionados con las medidas morigeradoras o alternativas del encarcelamiento preventivo no pueden menos que resultar pautas orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a la pendiente entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal.”

Considero que los argumentos desarrollados me permiten abordar una conclusión que, como dije, me resulta agradable.

Es mi opinión que la conciliación y la reparación integral del daño resultan claramente vigentes y, por ello, aplicables al día de la fecha por cualquier juez de la Nación.

JUAN MARTÍN IGUERATEGUI