

**La reparación integral en el nuevo sistema  
adversarial. Comentario al fallo "Fernández"**

Carolina Ahumada

**El caso**

El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7 de la ciudad de Buenos Aires, hizo lugar -por mayoría- a un planteo de la defensa y sobreseyó al imputado por el delito de defraudación aplicando el artículo 59 inciso 6 del Código Penal (según ley 27.147, B.O. del 18/06/2015) que establece como causal extintiva de la acción la reparación integral del perjuicio.

La defensa solicitó la aplicación de dicha norma alegando que el Código Procesal Penal de la Nación no establece ninguna condición para limitar la operatividad de la misma.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal se opuso a la procedencia del instituto extintivo alegando que el artículo 59 inciso 6 del Código Penal remite a una ley procesal que no se encuentra vigente, razón por la cual propuso diferir la aplicación pretendida por el defensor.

El juez Vega que lideró el acuerdo y conformó la mayoría, sostuvo que resultaba preciso determinar si el

artículo 59 inciso 6° se encontraba vigente o si debía "esperarse" la entrada en vigencia de la ley procesal de acuerdo a la fecha señalada por la ley de implementación 27.150 (que fijaba esa fecha al 1 de marzo de 2016).

No obstante, el magistrado sostuvo que la sola mención del instituto extintivo de la acción penal en la ley de fondo establece un imperativo que a modo de norma marco, no podía ser desoído por la legislación local, pero sí reglamentar con mayor alcance aquello que en términos de garantías establece la ley penal.

El juez Vega interpretó que la fórmula del Código Penal en tanto establece que el artículo 59 inciso 6° se aplica "de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes", establece un marco que sólo puede ser "mejorado" pero no "ignorado" por las normas adjetivas.

Más allá de las discusiones vinculadas con la vigencia de la norma, dicho magistrado analizó que en el nuevo Código Procesal Penal (ley 27.063) se produjo un olvido del legislador, pues no se previeron de manera expresa los requisitos para que proceda la reparación, pues sólo se la incluye como un supuesto de disponibilidad de la acción.

A partir de ello concluyó que "negar la posibilidad de reparar a la espera de que entre en vigencia una ley procesal que cuando rija, nada de útil contempla para que aquella pueda ser implementada, deviene en un recurso que, por burocrático, no puede enervar la operatividad de una institución prevista por el legislador en la ley sustantiva en una clara decisión de política

criminal vinculada con el ejercicio de la acción penal”

Por ello, el magistrado valoró, a partir de las constancias que obran en el legajo de ejecución, que el monto abonado por el imputado abarcó la totalidad del daño reclamado e incluso los gastos causídicos de la acción civil y tuvo por cumplida la condición fijada por el artículo 59 inciso 6, CP.

El juez Valle adhirió a la solución de Vega y agregó que resultaría un dispendio posponer la resolución del caso a la espera de que la ley procesal entre en vigor, cuando claramente se trata de una norma más benigna.

El magistrado Rofrano disintió con la opinión de sus colegas y rechazó la pretensión de la defensa bajo el argumento de que el legislador condicionó la regla del artículo 59 inciso 6 a lo que dispongan “las leyes procesales correspondientes”; tratándose de normas pensadas para armonizar lo dispuesto en el código de fondo con las nuevas reglas procesales que se implementarán próximamente.

Concluyó que, al no haberse implementado el nuevo código y toda vez que dicha norma tampoco hace referencia a la reparación integral, no puede ser invocada por la defensa para que proceda la extinción de la acción penal.

### **Crisis del sistema**

Este caso expresa las dificultades que se han generado a raíz de la suspensión en la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) y de la consecuente irracionalidad de un sistema en el que coexisten normas que responden a sistemas opuestos. El

resultado es pues, un modelo sin reglas claras.

Por un lado, se encuentra aún vigente el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), y el Código Procesal Penal según ley 27.063 está en vigencia pero aún no implementado. Por su parte, el Código Penal (reformado por ley 27.147) también está vigente con modificaciones parciales estrictamente vinculadas con la nueva norma procesal.

Frente a un pedido concreto de la defensa para que se aplique el instituto de la reparación (reglado en la norma sustantiva y en el nuevo código adjetivo), el tribunal ha intentado determinar cuál es la norma aplicable al caso.

Pues bien, más allá de los tópicos puntuales abordados en la sentencia, es interesante explorar la responsabilidad institucional que cada uno de los actores involucrados tiene en la construcción y mantenimiento de un modelo tan confuso; no sólo para los operadores sino para la ciudadanía en general, a quienes sería muy difícil explicarles el intrincado entramado de normas vigentes en materia procesal y penal, a la luz de la situación actual.

Por un lado, se observa que el Poder Ejecutivo ha pospuesto la implementación de la ley procesal (DNU 257/2015, B.O 29/12/15) hasta una determinada fecha (por supuesto, ya vencida), pero se encuentra vigente el Código Penal cuyas reformas se enmarcan en los postulados de la nueva ley procesal.

Por otra parte, el poder legislativo, al regular el nuevo código (ley 27.063) omitió reglamentar los supuestos de procedencia para un instituto nuevo (la

reparación); lo cual adiciona una dificultad a la hora de interpretar la cuestión, tal como ha quedado evidenciado en el fallo comentado.

Finalmente, los operadores judiciales que, frente a un escenario de códigos reformados y normas no implementadas intentan resolver los casos, aunque -a falta de reglas claras- y sin una inmersión y capacitación suficiente en el nuevo sistema (basado en la oralidad y en la solución del conflicto) deciden poner fin al caso basándose en constancias escritas y en argumentos teóricos, sin audiencia y sin convocar a la víctima para que preste su conformidad.

Es decir, la superposición de los dos ordenamientos procesales (que responden a lógicas de trabajo opuestas) y la nueva ley de fondo, sea cual sea la lógica interpretativa que se adopte, implica un escenario que en mayor o menor medida genera afectaciones a los derechos de las partes.

### **Los aspectos específicos del caso concreto**

La decisión de los jueces que conformaron la mayoría responde a una interpretación amplia de las normas en favor del imputado que resulta consustancial con la idea de aplicar las previsiones del Código Penal en la medida en que establece un estándar de mayor reconocimiento de derechos.

No obstante ello, este caso presenta una dificultad adicional que no puede ser soslayada: el nuevo ordenamiento procesal ha omitido regular de manera específica la reparación integral del daño, a diferencia de los proyectos que le sirvieron de antecedentes directos.

Por ejemplo, el Proyecto Albrieu establece en el artículo 34 los presupuestos de procedencia para la conciliación y reparación regulando que "...el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos. El acuerdo se presentará ante el juez quien lo homologará en audiencia con la presencia de todas las partes. En los mismos casos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente del imputado puede ser aceptada por el juez, en audiencia, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse. En estos supuestos, el Ministerio Público Fiscal puede oponerse únicamente cuando no se cumplieran con los requisitos del primer párrafo. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal, mientras tanto el legajo debe ser archivado. Ante el incumplimiento de lo acordado la víctima o el fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación."

Por su parte, el proyecto de Código Procesal Penal de INECIP (Expte. 2589-D-04) regula en el artículo 41 "las partes podrán arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos culposos."

Y en el artículo 42 establece que "En los mismos casos en los que proceda la conciliación, la reparación integral y suficiente del imputado podría ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse"

De modo que, según los proyectos citados, para que proceda la reparación, debe tratarse de delitos patrimoniales, sin violencia física o intimidación o delitos culposos. En el caso puntual que analizó el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7, este requisito está cumplido pues el delito imputado era una defraudación.

No obstante, el proyecto Albrieu establece la necesidad de realizar una audiencia y que la reparación sólo procede cuando la víctima no tenga motivos para oponerse; de modo que está ínsita la idea de que es necesario recabar la opinión de la víctima en la audiencia antes de tomar una decisión al respecto. Cabe recordar que el nuevo Código Procesal también consagra la oralidad en todas las etapas del proceso (art. 2)

En el presente caso, este presupuesto se encuentra ausente, pues no se realizó la audiencia, tampoco se recabó la opinión de la víctima y el caso se resolvió de acuerdo a las "constancias" del legajo de ejecución.

De modo que se adoptó una decisión basada en un instituto propio del sistema adversarial que implementa el nuevo código (la reparación), pero bajo la lógica de trabajo escrita del viejo sistema que prescindió totalmente de la oralidad y de escuchar a la víctima.

Aún cuando el nuevo ordenamiento procesal no reguló expresamente la reparación, lo cierto es que debieron aplicarse los principios consagrados en el nuevo ordenamiento, tales como la oralidad, la contradicción, el principio de solución del conflicto y la tutela judicial efectiva de la víctima.

De lo contrario, la solución se adopta sobre la base del mero hecho formal de la vigencia de la nueva ley

penal (modificada puntualmente en función de la ley procesal) y se omite la lógica del nuevo sistema de enjuiciamiento adversarial que funciona con reglas opuestas a las del código Levene.

Pero además, directamente vinculado con este punto, el caso fue resuelto en el terreno de las discusiones normativas y dogmáticas y nada se dijo en relación al caso concreto pues no se efectuaron alusiones a las características del hecho; quiénes eran las partes; cuál era su opinión sobre el caso y cuáles eran los intereses en juego.

Esa forma de trabajo responde a las prácticas de los sistemas inquisitivos en los que no se discuten los hechos; sino que la solución se basa en citas de doctrina y jurisprudencia. Además, como no se realizó la audiencia para escuchar a las partes y sus argumentaciones, los jueces no dieron una solución basada en tales consideraciones.

En ese sentido, el sólo análisis de las normas y la expresa regulación de la ley penal, habilitaron una decisión de efectos desincriminantes. Sin embargo, no se hizo ningún tipo de mención a los hechos del caso, tal como se desprende de la lectura del fallo.

Si bien es cierto que la ley penal habilitaba la procedencia del instituto, la realización de la audiencia hubiera dotado de mayor legitimidad a la decisión pues hubiera permitido que los jueces cumplieran una función de garantía para evitar posibles abusos de poder y el sometimiento de una parte sobre la otra; precisamente porque en este tipo de salidas alternativas no existe una



delimitación clara del sistema de garantías, que debe ser resguardado por el juez.

Entonces, si bien la decisión consagró la vigencia de la norma penal más beneficiosa, en su aplicación al caso concreto debieron respetarse los principios de oralidad y solución del conflicto que hacen a su legítimo funcionamiento.

La decisión es prometedora en términos de que ha significado un avance a la hora de aplicar directamente las normas del Código Penal en función del principio *pro homine*. Sin embargo, resta un largo camino por recorrer en lo referente a las prácticas de los operadores (jueces, fiscales y defensores), para evitar distorsiones del modelo.

Recordemos que los mecanismos alternativos de solución de conflictos incorporados en la ley de fondo y previstos en el nuevo código procesal penal, requieren de un profundo proceso de cambio y capacitación, pues los intentos parciales que se han realizado hasta a la fecha a nivel federal (por ejemplo con la suspensión del juicio a prueba) han fracasado porque no se ha comprendido su verdadera naturaleza en tanto se sigue la lógica del proceso de conocimiento; las partes no fueron capacitadas para litigar desde los métodos compositivos; no se generan espacios propicios para su aplicación; no hay estructuras de búsqueda de información adecuada para obtener datos relevantes y no se aplican controles serios sobre lo acordado.

La aplicación de los institutos previstos en el artículo 59 inc. 6 del Código Penal requiere de algo más que el mero análisis normativo y doctrinario de

procedencia. Es necesario un cambio profundo de las prácticas que debe iniciarse necesariamente desde la oralidad y avanzar hacia una verdadera comprensión del principio de solución del conflicto y del alcance, términos y efectos de las salidas alternativas en los modelos adversariales.