

**"ESQUIVEL, GUILLERMO EDUARDO -Hurto y Extorsión en Concurso Real- homologación de acuerdo conciliatorio - sobreseimiento imputado S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5342.**

---

**///C U E R D O:**

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la **Provincia de Entre Ríos**, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veinticuatro, reunidos los Miembros de la **Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia**, a saber: Presidente Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, Dra. **CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK** y Dr. **LEONARDO PORTELA** y, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **Melina L. Arduino**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"ESQUIVEL, GUILLERMO EDUARDO - Hurto y Extorsión en Concurso Real- homologación de acuerdo conciliatorio - sobreseimiento imputado S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" N° 5342** .-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **CARUBIA - MIZAWAK - PORTELA**.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión:

**¿Qué corresponde resolver?**

**A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. DANIEL O. CARUBIA, DIJO:**

**I.-** El Señor Defensor de Casación Penal -Interino-, Dr. Alejandro María Giorgio, defensor de **Guillermo Eduardo Esquivel**, interpuso impugnación extraordinaria contra la Sentencia N° 3 de fecha 07/02/2023 dictada por la Sala N° 2 de la Cámara de Casación Penal, integrada por las señoras Vocales, Dras. María Evangelina Bruzzo y María del Luján Giorgio, y el señor Vocal, Dr. Darío G. Perroud, en cuanto resolvió, por mayoría: **"I. HACER LUGAR** el Recurso de Casación interpuesto oportunamente por el Dr. José Emiliano Arias, contra la RESOLUCIÓN de fecha 14 de junio de 2022, dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones

de la ciudad de Concordia, en integración unipersonal, Sr. Vocal Dr. Edwin I Bastian, la que se **revoca**, debiendo procederse a devolver las actuaciones al organismo de origen para la continuidad del trámite".

El Vocal del Tribunal de Juicios y Juicios y Apelaciones de la ciudad de Concordia, Dr. Edwin I Bastian, mediante decisorio de fecha 14 de junio de 2022, en lo pertinente, había dispuesto: "...**I.- HOMOLOGAR** el acuerdo presentado en los términos del art. 59 inc. 6º del Código Penal.- **II.- DECLARAR** la extinción de la acción penal en las presentes actuaciones por CONCILIACIÓN y REPARACIÓN INTEGRAL de los perjuicios y, en consecuencia, **SOBRESEER a GUILLERMO EDUARDO ESQUIVEL**, (a "cachete", DNI N° 40.166.306..., en relación a los delitos HURTO y EXTORSIÓN en CONCURSO REAL (arts. 162, 168 1º párrafo y 55 del Código Penal) por los que vino remitido a juicio y por aplicación de los arts. 59 inc. 6º del Código Penal y 397 inc. 7º del C.P.P.E.R. ...".

A su turno, la Casación, mediante resolución N° 71 (fs. 195/197), resolvió: "**I-CONCEDER** por ante la Sala N° 1 en lo Penal del S.T.J.E.R. la Impugnación Extraordinaria interpuesta por el Defensor de Casación Penal interino Dr. Alejandro María Giorgio, Abogado defensor de Guillermo Eduardo Esquivel, contra la sentencia N° 3 dictada por esta Sala II de la Cámara de Casación Penal. Costas de Oficio. **II-** ... **III.- DENEGAR** la impugnación extraordinaria articulada por la Dra. Brenda Vittori, Abogada patrocinante del denunciante Francisco Nicolás Vittori...".-

**II.-** Tras expedirse sobre los requisitos de admisibilidad y relacionar los antecedentes relevantes del caso, el señor Defensor Oficial introdujo los agravios que conforman la materia recursiva.-

Dijo que la vocal preopinante, Dra. Bruzzo, realiza una valoración errónea del instituto en cuestión, pues en primer término, vemos cómo ha trastocado el orden lógico del pronunciamiento jurisdiccional que, concretamente, exige que se enuncien las premisas del silogismo para, en base a ellas, poder arribar a las conclusiones, adelantando infundadamente su opinión al acogimiento del reclamo del Ministerio Público Fiscal.-

Criticó que al hacer mención a la reforma introducida por

la Ley 27.147 (B.O. 2015), la vocal que encabezó el voto dijo que de las disquisiciones teóricas podía inferir algunas premisas argumentativas indispensables para fundar la decisión que anticipara; e invocó arbitrariedad por el modo en que se ha adoptado la decisión del caso, ya que antes de analizarse los cuestionamientos de la defensa, la decisión estaba tomada de antemano, lo que demuestra -a su entender- un inusual "sesgo de parcialidad", que afecta el debido proceso y el derecho de defensa.-

Expresó que, al expedirse sobre la gravedad del hecho, el voto mayoritario calibró la índole gravosa de los ilícitos endilgados a Esquivel y sustentó -contrariamente a lo sostenido por el Vocal de Juicio- que el orden público se encuentra en autos comprometido por la gravedad de la ofensa inferida a los bienes jurídicos tutelados, que -entendieron- afecta no sólo al patrimonio sino también de la libertad personal y se encarna en las escalas penales fijadas.-

Planteó a modo de interrogante: ¿En qué momento el código penal o el código de procedimiento provincial establece que una persona con antecedentes penales computables no puede conciliar, y en qué parte se establece como pauta valorativa que la pena en expectativa por el delito imputado sea de cumplimiento efectivo o no?, concluyendo que el voto mayoritario hizo una incorrecta valoración sobre la conciliación como causal de extinción de la acción penal y la verdadera intención del legislador.-

Criticó las conclusiones a las que arribó el *a-quo* al afirmar que el acuerdo conciliatorio adolece de virtualidad extintiva en orden a los delitos señalados y manifestó que el art. 59, inc. 6, del Cód. Penal no prevé ninguna exclusión legal que implique la proscripción de determinados delitos, y que, por ende, la extorsión no está dentro de un vedado catálogo de injustos inconciliables.-

Recordó que el co-imputado Ledesma fue beneficiado con un sobreseimiento por el mismo hecho en que ambos estuvieron involucrados, y que había sido condenado mediante un procedimiento abreviado a la pena de cuatro años en otra causa por "Hurto y Robo", con el

compromiso "extraoficial" de que sería eventualmente desafectado en los términos del 397° del CPPER, de la imputación por extorsión en esta causa, por lo que coincide con el voto minoritario de Casación, quien no apreció fundamentos lógicos para considerar que Ledesma hubiese podido beneficiarse con un sobreseimiento pero ese mismo delito de extorsión no podría haber sido conciliado por la víctima y la Defensa, y homologado por el juez, brindando un tratamiento dispar a uno y otro, y que, basarse en una supuesta gravedad del hecho que afectaría aparentemente solo a Esquivel, luce absurdo.-

Ponderó positivamente las conclusiones expuestas por el voto minoritario de la Dra. Luján Giorgio en su voto, sobre los alcances de la falta de consentimiento de parte del Ministerio Público Fiscal.-

Dijo que resulta viable la aplicación del instituto, pues no existe ninguna forma de coacción en el caso, ya que la víctima ha comparecido -patrocinio letrado mediante- y ha ratificado su voluntad conciliatoria de querer dar por terminado el asunto.-

Resaltó el grado de arbitrariedad y de mala interpretación de la ley con que ha sido resuelto el caso, al fundamentar, en contra de los intereses del imputado y también de la propia víctima.-

Señaló que no puede hablarse con seriedad de una política criminal por parte del Ministerio Público Fiscal, dado que la misma está impregnada de un arbitrario "subjetivismo", ya que dicho organismo propició el sobreseimiento del propio coimputado Ledesma en esta misma causa, y el desistimiento de vías recursivas en los autos "Mazaira", "Almada", entre otros, por lo que a estas alturas de los acontecimientos entiende que, fundamentar la oposición en dicha causal, resulta un verdadero "sin sentido".-

Respecto de la extemporaneidad a la que refirió el fallo recurrido, el señor Defensor recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido reiteradamente en cuanto a la forma en que deben interpretarse las normas ante la existencia de situaciones no regladas, siendo a través de la manera más respetuosa del principio "*pro homine*".-

Señaló que el fallo, a través de una incorrecta interpretación, impuso una arbitraria y antojadiza limitación temporal, no prevista legislativamente, colocando lo procesal, lo meramente instrumental y accesorio, por sobre la restauración de la paz social legislada a través de la conciliación como extinción de la acción penal, que en definitiva es uno de los fines últimos del derecho en general, y dijo que las normas procesales pueden regular los institutos de derecho sustantivo pero no ampliarlos o restringirlos.-

Finalizó considerando arbitraria la forma en que se ha resuelto el caso en favor de la parte recurrente.-

Dejó formulada la reserva del caso federal; pidió que se anule la resolución atacada, declarándose la extinción de la acción penal por conciliación, y se sobresea al imputado.-

**III.-** En virtud de lo dispuesto en el Punto III del Acuerdo de Sala del 09/03/22 y, procurando preservar la resolución de las causas dentro de un plazo razonable, se dispuso excepcionalmente sustanciar por escrito el trámite previsto en el art. 525 por remisión al art. 515 del Cód. Proc. Penal, evitando así dilaciones innecesarias y se corrió traslado a las partes, a fin de que formulen sus respectivos informes.-

III.1.- Por la Defensa Oficial, contestó traslado el señor Defensor de Coordinación, Dr. Gaspar Ignacio Reca, y expresó mantener la impugnación interpuesta por el Dr. Giorgio, manifestando que el voto mayoritario de la sentencia recurrida sólo luce dotado de una fundamentación aparente, en violación al deber de motivación constitucionalmente exigido, descalificándola por vía de la doctrina de arbitrariedad.-

Creyó oportuno señalar, a modo de refuerzo argumentativo, que nada impide que imputado y víctima puedan realizar acuerdos de conciliación y someterlos a consideración judicial, solución que no sólo no está prohibida sino que, además, es fomentada por la propia legislación.-

Recordó que la reforma al art. 59 del Cód. Penal, dispuesta

por ley 27.147, se encuentra estrechamente vinculada a la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal (aprobado por ley 27.063) -tal como lo puso de manifiesto la Dra. Bruzzo en su voto-, por lo que los lineamientos fijados en ese digesto resultan relevantes, y que del art. 34 del CPPF se desprende que la conciliación constituye un mecanismo de solución de conflictos que puede ser directamente acordado entre víctima e imputado, sin que resulte necesario para ello el aval del representante del Ministerio Público Fiscal. Agregó que no debe confundirse la conciliación como aplicación de un criterio de oportunidad, facultad privativa del MPF que se ejerce en el marco del principio de disponibilidad de la acción penal (art. 71 del CP y art. 5 y 5 bis del CPP), con la conciliación como supuesto de extinción de la acción penal (art. 59, CP) que puede ser directamente acordado entre víctima e imputado, donde el actor público podrá manifestar su opinión y el juez decidir.-

Señaló que no pueden dejarse de lado los criterios hermenéuticos que nos indican que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente.-

Aseveró que incluso aquellos que consideran que la conciliación sólo puede ser aplicada cuando medie conformidad fiscal, sostienen que la oposición fiscal debe ser siempre fundada y que tal fundamentación puede y debe ser controlada jurisdiccionalmente.-

Agregó que si asumimos que el derecho penal debe ser *última ratio*, debemos priorizar entonces -en aquellos casos permitidos- las salidas alternativas a la pena estatal como única respuesta.-

Señaló que los institutos alternativos de resolución de conflictos no pretenden negar la vigencia de la norma penal, sino que fortalece la misión de procurar la paz social.-

Consideró que las salidas alternativas deben ser fomentadas en la medida que constituyan soluciones racionales y razonables al conflicto generado por el delito, y cuestionó que el voto mayoritario afirme que el concurso de delitos atribuido a Esquivel constituya

un hecho grave que compromete el interés público y de ahí que la oposición ensayada por el MPF resulte fundada; y que para analizar la gravedad del hecho sólo tuvo en cuenta la escala punitiva del concurso de delitos imputado, entendiendo que tal criterio para evaluar la gravedad del hecho no constituye un argumento razonable, pues -ejemplificó- en un caso de concurso real de 5 hurtos estaría prohibida la conciliación y el acuerdo reparatorio dado que la escala asciende a un máximo de 10 años de prisión, proponiendo que la evaluación de la gravedad y del interés público comprometido debe ser efectuada teniendo en cuenta otras variables, por lo que un análisis en abstracto como el propuesto en el voto mayoritario resulta irrazonable al desentenderse injustificadamente de otros aspectos, como la opinión de la víctima, el esfuerzo compositivo del imputado, las circunstancias fácticas que rodearon el hecho, el conocimiento existente entre imputado y víctima, la concordancia entre la opinión de las dos víctimas, el mayor o menor contenido patrimonial del hecho y si las res furtiva fue o no recuperada, cuestiones que, entendió, fueron correctamente sopesadas por el Dr. Bastián al acoger el acuerdo conciliatorio y desechadas injustificadamente por la Casación.-

Abonó la irrazonabilidad de la decisión, criticando el análisis de la situación del coimputado Ledesma a quien el propio MPF decidió aplicar un criterio de oportunidad e instar su sobreseimiento -por el mismo hecho adjudicado a Esquivel- sin recabar siquiera la opinión de las víctimas al respecto.-

Resaltó que se ha dado un papel secundario a las víctimas en esta causa. Peticionó que se revoque el fallo recurrido por poseer una fundamentación aparente que amerita su revisión en esta instancia extraordinaria.-

III.2.- Por su parte, el Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge Amilcar L. García, hizo saber que continuará interviniendo en la causa el Fiscal Coordinador de Concordia, Dr. José Daniel Costa.-

Éste señaló que el recurso no rebate los fundamentos expuestos en la resolución del *a quo*, formulando una crítica parcializada y

sesgada, con total desatención a las constancias del caso, omitiendo analizar cuestiones valoradas en la decisión y procurando resolver como una cuestión de simple derecho.-

Señaló que el análisis sobre los hechos y la pena prevista resultan insoslayables como pauta de análisis para la viabilidad de la aplicación del instituto de la conciliación, y estimó relevante la valoración de la pena en expectativa en el caso concreto, que impide la condenación condicional, por lo que entendió estar ante un caso de gravedad y de interés público, consideró también los antecedentes penales del imputado que no le permitirían la condenación condicional, consistiendo en una suspensión de juicio a prueba por el delito de Robo en grado de Tentativa -arts. 164 y 42, Cód. Penal- (fecha 29/10/2014), y la ejecución condicional al año siguiente, revocada posteriormente, condenándose a la pena única de tres años y dos meses de prisión efectiva, por los delitos de Abuso de Armas y Tenencia Ilegítima de Arma de Fuego de Uso Civil sin la debida autorización legal, en concurso real.-

Dijo que el recurrente tampoco rebate otras circunstancias señaladas sobre la elemental falta de "plena libertad" de la víctima Vittori en la emisión de su anuencia a la procedencia de la conciliación, la que, al no ser cuestionada por la defensa, se admitiría, obstaculizando la aplicación del instituto. Criticó también que se haya celebrado una audiencia en relación a la restante damnificada sin garantizar la intervención de la Fiscalía.-

Postuló asimismo la intempestividad del planteo conciliatorio sostenida por la resolución que recurren, y dijo que de ninguna manera existe una crítica fundada en relación a toda la interpretación normativa que brinda la sentencia recurrida dando cuenta de múltiples normas procedimentales que se refieren a la cuestión (art. 405, 241, 394 del CPP, entre otras).-

Señaló que se imponen el rechazo de la viabilidad del instituto conciliatorio: a) por su gravedad e interés público; b) antecedentes penales del imputado; c) ausencia de consentimiento "libre" de la víctima;

d) por intempestividad del planteo.-

Expresó que, más allá del esfuerzo defensivo, se pretende establecer una diferencia inexistente entre los medios alternativos de solución de conflictos y los criterios de oportunidad, agregando que no son situaciones distintas, sino por el contrario, normas complementarias en el sentido que el alcance que tendría el art. 59 del Código Penal debe ser analizado de conformidad a las normas procesales vigentes.-

Cuestionó que la defensa, cita como precedente el fallo "Calgaro" (5/6/2019) de esta Sala, pero hace una interpretación errónea del mismo.-

Argumentó que lo que ha pretendido el legislador penal es un cambio de paradigma del derecho penal que pretende la solución de conflictos por medios alternativos a la imposición de las penas clásicas y tiene como eje a la víctima y la posibilidad de resolver casos de menor gravedad por vías alternativas, otorgando herramientas de resolución de conflictos que conllevan consecuencias más beneficiosas para los imputados, y evitan la revictimización.-

Dijo que si se analiza detenidamente el fallo "Calgaro" se desprende con claridad que la pretensión de la defensa no permite una favorable respuesta.-

Reiteró que no estamos ante dos supuestos distintos, uno el de la norma de fondo que se aplicaría casi automáticamente y otro el de la normativa ritual, sino que son dos normas complementarias que deben analizarse en su conjunto y que en modo alguno puede prescindirse de la gravedad del hecho y de la pena, de la imposibilidad de acceder a una suspensión del juicio a prueba o condena condicional por la existencia de antecedentes que hacen imposible su aplicación, como así también a la necesaria conformidad del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción pública, cuestiones éstas que claramente no se dan en el presente proceso, a lo que debe sumarse que esta oposición no fue arbitraria, sino que fue debidamente fundamentada.-

Solicitó que se rechace la impugnación extraordinaria

confirmando la decisión recurrida.-

**IV.-** Establecidas las posturas de las partes, corresponde ahora ingresar a la concreta tarea de resolver las cuestiones planteadas en la impugnación extraordinaria deducida y, en cumplimiento de ese cometido, cabe puntualizar que la solución de conflictos penales por vías distintas del juicio tradicional, últimamente ha sido materia de un fuerte impulso por parte del Estado, a través de políticas públicas que promuevan y faciliten un mayor acceso a la justicia para los sectores que antes se encontraban relegados en cuanto a sus posibilidades de actuación.-

En efecto, como lo destacan Zaffaroni-Alagia-Slokar, *“la historia de la legislación penal es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la víctima) y de la utilización de ese poder confiscador, y del mucho mayor poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona, siempre en beneficio del soberano o señor ...”* (cftr.: auts.cits., Derecho Penal, Parte general, pág. 220, Ed. Ediar, Bs.As., 2000); los sistemas inquisitivos y los llamados mixtos o “inquisitivos reformados” -como los denomina Maier- se caracterizan por la persecución penal pública de los delitos, considerados como máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social e intolerables para el orden y la paz social, al punto que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular (cfme.: Maier, Julio B. J.; D.p.p., T. I, 2da. edic., pág. 449, Ed. del Puerto, Bs.As., 1996), desapoderan a los ciudadanos de la posibilidad de perseguir penalmente al ofensor -el Estado expropia el conflicto-; pero los sistemas acusatorios -como el que rige en nuestra provincia- producto de la receptación de los principios y garantías consagrados en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, la víctima adquiere reconocimiento y protagonismo, encontrándose plenamente facultada a gestionar la conflictividad, en un ámbito institucionalizado diferente al juicio de conocimiento (cfme.: Racco, Sofía; “La incorporación de los métodos autocompositivos y la separación de roles en el CPPF”, Rev. De Der. Proc. Penal, T. 2023-2, pág. 439, Ed. Rubinzal-

Culzoni, Sta. Fe, 2023), gozando de un amplio abanico de garantías que le aseguran el acceso a la justicia con el adecuado asesoramiento técnico a través de la Ley 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos.-

En esa línea de evolución y mediante la creación de diversas instituciones se ha ido otorgando mayores posibilidades de intervención directa de las personas damnificadas en el proceso penal. Este fenómeno ha sido materia de análisis, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, las cuales, consecuentemente con el poder legisferante, han ido delineando y expandiendo la esfera de sus facultades, permitiendo una intervención cada vez mayor de los particulares en el tratamiento de los conflictos que los tiene como protagonistas directos.-

Ese aumento de la esfera de actuación de las víctimas se han ido evidenciando, por ejemplo, en materia doctrinaria a través del surgimiento de una nueva materia de estudios dentro de la ciencia penal bajo el nombre de "victimología"; en materia jurisprudencial, por su parte, tales manifestaciones se evidencian en fallos como "Santillán" (CSJN, 13/8/1998) -sobre el derecho de la víctima al debido proceso-, que han permitido desarrollar la noción de autonomía de los damnificados en los conflictos penales y, en materia legislativa, han surgido mecanismos legales, como la mencionada Ley 27372, la conversión de la acción pública en privada y la creación del querellante particular autónomo, entre otros institutos que propician una mayor participación ciudadana.-

Esas muestras del fenómeno que venimos describiendo, dan una acabada noción del lugar que las víctimas -otrota marginadas de las decisiones judiciales- ocupan actualmente en los procesos penales. Paralelamente, se ha producido un fenomenal desarrollo de un nuevo paradigma que ha ido marcando una evolución desde un ideal de Justicia representado por un conflicto que debe resolverse en un juicio en el cual el Estado aplica su violencia (legal) al margen de la voluntad del particular damnificado, hacia el de un conflicto que se resuelve por otras vías distintas a aquella forma tradicional, a través de sistemas de composición entre

partes y que se direccionan hacia el logro de una justicia restaurativa.-

Es decir que, frente al sistema tradicional, que parte de la idea del conflicto como quebrantamiento del orden social y que posiciona a las partes en conflicto como contendientes, promoviendo la idea de ganar la esgrima jurídica, y cuya contienda se ha delegado en técnicos en derecho a quienes se les atribuye el poder y el saber jurídico, que concluye con una pena estigmatizante, se le contrapone un nuevo sistema de procedimientos alternativos, que responden a una lógica diferente, con prácticas no adversariales, sino compositivas, que parten de presuponer una idea de sociedad intrínsecamente productora de conflictos, y de cuyos propios actores resulta esperable que compongan el equilibrio alterado por ese conflicto.-

Dentro de las herramientas de soluciones alternativas posibles se encuentra la que hoy, concretamente, nos ocupa: la "conciliación" y su efecto extintivo de la acción penal (cfme.: art. 59, inc. 6, Cód. Penal y art. 397, incs. 6 y 7, Cód. Proc. Penal).-

Para efectuar ese análisis, es necesario partir del especial objeto establecido en el art. 5° bis de nuestro Código Procesal Penal: *"Los representantes de los Ministerios Públicos procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible de conformidad con los principios contenidos en las leyes, **dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre los protagonistas y la paz social**"* (las negritas me pertenecen).-

Refiriéndose a similar dispositivo del art. 22 del Código Procesal Penal Federal, señala Mariana I. Catalano: *"Se habla de armonía y paz social como objetivos a alcanzar, entendiendo ... que armonía refiere más bien a una situación inter partes (ofensor-ofendido) en tanto la paz social, como es obvio, ancla en el conjunto comunitario, indirectamente afectado por el delito. Tácitamente concernida por la necesidad de habitar un medio alejado del caos y la violencia"* (cftr.: aut.cit., "La garantía de resolución de conflictos", en Garantías del Sistema Acusatorio, pág. 126, Ed. La Ley, Bs.As., 2022).-

En atención a las conclusiones que surgen del fallo mayoritario de la Sala de Casación, debemos evaluar en particular si es posible o no que, frente al acuerdo presentado por el imputado y la víctima, ante la oposición del Ministerio Público Fiscal, la magistratura debiera sin más rechazarlo, o si -por el contrario- puede acoger la pretensión conciliatoria a la que han arribado las otras partes (víctima e imputado), con prescindencia de la conformidad del actor público.-

Como punto de partida debo recordar que el modo de las interpretaciones dadas al marco normativo deben ser bajo el paradigma que fija el citado art. 5° bis del Cód. Proc. Penal y siempre "*pro homine*" o "*in bonam partem*", o sea que, en caso de dudas o vacíos legales, debe estarse siempre a la interpretación que resulte más beneficiosa para los imputados, prohibiendo incluso las interpretaciones por analogía salvo que resulten favorables a éstos.-

Además, no debemos desentendernos de las posibilidades de actuación de quienes resultaron víctimas ya que si, como ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "Santillán", las víctimas -constituídas en esa ocasión como querellantes particulares y representadas por sus abogados- les resulta posible en un juicio acusar, pedir penas, respecto de personas contra las cuales el Ministerio Público Fiscal no ha mantenido la acusación, mal podría, entonces, vedárseles lo contrario -como en este caso- arribar a un acuerdo desincriminatorio con la defensa. La interpretación, a *contrario sensu*, debe responder a la misma lógica: si se le permite a las víctimas pedir castigo cuando el actor público no lo entiende así, con cuanta mayor razón es posible acordarle facultades conciliatorias cuando esa es su voluntad libre, respecto de hechos -como en la especie- que sólo pueden afectar su patrimonio, sin advertirse un interés público en su represión punitiva.-

No encuentro razón que justifique, en el caso de autos, donde se atribuyó a Esquivel solo la comisión de delitos contra la propiedad, coartar esa decisión que, tal vez, obedece a impulsos de naturaleza humana como el perdón, la reconciliación o la tolerancia, a las que pueden sumarse

otras razones de conveniencia económica, sin que se nos permita bucear en las razones íntimas que las víctimas tuvieron al adoptar esa decisión reparadora del conflicto, que la tiene, junto al imputado, como principales protagonistas, y que contó con el contralor de la judicatura que verificó la ausencia de factores exógenos que hubieren afectado la voluntad expresada por ellos.-

En relación a este punto, debo coincidir con las agudas apreciaciones que ha vertido la Dra. Giorgio en su voto minoritario respecto de que -en caso en que las partes víctimas-victimario planteen ante la magistratura la aplicación de una conciliación, el juez o jueza interviniente debe efectuar el control de legalidad y razonabilidad del asunto, para luego decidir a favor o en contra del planteo, y la oposición del Ministerio Público Fiscal no le resulta vinculante, por lo que el proceder del vocal del Tribunal de Juicio y apelaciones en este caso, ha sido correcto.-

En efecto, si consideramos el art. 5° del Cód. Proc. Penal, vemos que si -como afirma dicho artículo- el Procurador está habilitado para no ejercer la acción penal ante el expreso pedido de la víctima, también el Juez, en el caso de que sean directamente las víctimas y los justiciables quienes requieran su intervención, estará habilitado para examinar la razonabilidad y legalidad del planteo y de la eventual oposición del actor público. Es acertada la conclusión a la que arribó la mencionada Vocal tras advertir que si dicho artículo 5° excluye de la posibilidad de formular acuerdos conciliatorios cuando se trate de funcionarios públicos acusados de delitos contra la administración pública, a *contrario sensu* debe interpretarse que el resto de los delitos del catálogo penal no se encuentran excluidos. Crear exclusiones de otros tipos de figuras penales no indicadas por la ley implicaría interpretar -o directamente crear- normas "*in mala partis*".-

No obstante, cabe destacar que el instituto de la conciliación, que introduce el legislador como causal de extinción de la acción penal (art. 59, inc. 6, Cód. Penal), si bien se encuentra contemplado entre los motivos justificantes del ejercicio del principio de oportunidad por

parte del Ministerio Público Fiscal en el art. 5° bis del Cód. Proc. Penal, sólo lo condiciona a que no medien razones de interés público (art.cit., inc. 5); éste sería el único supuesto que podría admitir una razonable y fundada oposición de la Fiscalía, porque no se revela como un verdadero criterio de oportunidad sino como un mecanismo compositivo restaurativo que le otorga un mayor protagonismo a la víctima, lo cual se relaciona con los derechos que consagran en su beneficio los arts. 5° y 7° de la Ley 27.372 y persigue la finalidad de procurar la armonía y la paz social (cfme.: art. 5° bis, Cód. Proc. Penal) a la vez que *"...no conlleva desoír o prescindir del rol del fiscal en estos procesos, sino que más bien se trata de 'flexibilizar', en algún punto si se quiere, todos aquellos aspectos vinculados con la titularidad de la acción para ciertos delitos de menor entidad. En este sentido, la idea del conflicto excede al concepto estricto de hecho punible"*, apuntando a lograr aquella ansiada paz social como final trascendente al conflicto mismo y la preferencia de estas soluciones compositivas al uso de la pena carcelaria (cftr.: Racco, Sofía, ob.cit., pág. 434).-

Por supuesto que, frente al pedido de las partes la magistratura interviniente deberá efectuar el control de razonabilidad del convenio y verificar que no se esté ante un hecho que pueda afectar el orden o el interés público, teniendo un amplio marco de discrecionalidad legal para ello con la sola obligación de fundamentar la decisión que adopte, tarea que, en el caso, se aprecia como suficientemente realizada por el Juez unipersonal del Tribunal de Juicio que tuvo a su cargo la decisión, permitiéndole resolver válidamente tras desechar fundadamente la oposición fiscal.-

Siguiendo con el análisis del fallo casatorio, estimo que también luce desacertada la comparación que ha efectuado el voto mayoritario al equiparar la conciliación con la conformidad fiscal que se prevé respecto del instituto de la "suspensión del juicio a prueba", pues no solo que la misma carecería de carácter vinculante, sino que ni siquiera está prevista en la norma del art. 59, inc. 6, del Cód. Penal, a diferencia de lo que ocurre con el dispositivo del art. 76 bis, 4to. párr., del mismo Código

sustantivo para algunos supuestos -no todos- de suspensión del juicio a prueba, porque en este instituto tampoco resulta siempre vinculante la opinión de la acusación pública (art. 76 bis, párrs. 1ro., 2do. y 3ro., Cód. Penal).-

Admitir lo contrario implica efectuar una interpretación analógica, nuevamente "*in mala partis*", lo que resulta vedado a los organismos encargados de brindar el servicio de justicia en materia penal.-

Dice el voto mayoritario del fallo en cuestión: "*efectuadas las disposiciones teóricas aludidas, puedo inferir de ellas algunas premisas argumentativas indispensables para fundar la decisión que anticipara*" (vale decir que la decisión anticipada por la vocal al inicio de su voto fue acoger la postura favorable el recurso del Ministerio Público Fiscal), y continúa luego, de acuerdo a sus premisas, y deduce que el parámetro legal idóneo para reconocer y discriminar cuáles serían las conductas u omisiones constitutivas de los atentados más trascendentes al orden social, concluyendo que la respuesta debe hallarse en el monto sancionatorio escogido; asimismo dedujo que la conciliación reconoce un tiempo útil para ser intentada, luego del cual mal podría plantearse, fijándolo en el momento tope de la remisión a juicio.-

No puedo menos que disentir con tales conclusiones. En primer lugar, cabe señalar que la figura de la extorsión no se encuentra excluida de manera expresa por la norma a los fines de poder ser objeto de conciliación y lo que corresponde -en consecuencia- es examinar en el caso particular si el acuerdo conciliatorio refleja efectivamente la libre voluntad de la víctima y si es susceptible de afectar o no el interés público, pero nunca tener por excluida *per se* a determinada figura penal, que ley no excluye, más allá de resultar meramente voluntarista la pretensión de establecer un término para su propuesta que la ley no establece.-

Sin perjuicio de recordar que la figura de la extorsión puede tener múltiples formas y objeto delictivo, la aquí concretamente imputada radicó en un supuesto pedido de dinero para devolver dos motocicletas que habían sido previamente sustraídas; no estaban en juego

la salud ni la vida ni la honra de personas para el caso de no procederse al "rescate", como tampoco el orden ni el interés público; por lo que la eventual consecuencia ante el no-pago sería solamente la de no recuperar las motos que habían sido objeto de desapoderamiento, todo lo cual afectaba exclusivamente el interés particular de la parte damnificada.-

Ante la falta de señalamiento expreso de nuestro Cód. Proc. Penal respecto de cuáles serían los tipos penales en los que cabría su admisión y rechazo, acude el voto mayoritario de la Casación a la aplicación de la analogía, comparando -según su propio criterio- "*institutos con similar naturaleza jurídica y consecuencia procesal*", concluyendo que el caso elevado a juicio "*no configura -por principio general- un supuesto legalmente susceptible de ser conciliable*" (sic); y continuó: "*si observamos la mediación y la suspensión del juicio a prueba -que también provocan el fenecimiento del proceso y el consiguiente dictado de sobreseimiento de la persona imputada- se deduce sin mayores dificultades que ambas figuras repelen a la extorsión del ámbito de su incumbencia...*", y concluyó que, si tales institutos no permiten su aplicación, menos aún debía de ser tolerado por la conciliación entre partes.-

Debe recordarse que los institutos de nuestro Derecho Penal abrevan en el principio constitucional de legalidad (art. 18, Const. Nac.) que, en esta materia, se asienta en dos pilares esenciales: la irretroactividad de la ley y la prohibición de la analogía, de ninguna manera admite ser "interpretado" de otro modo y no es posible, a través de elucubraciones intelectuales, relativizar -en definitiva- su vigencia para convertirlo pretorianamente en una mera regla cuya aplicación dependa del discrecional arbitrio judicial para su discernimiento en cada caso, haciendo caso omiso de la específica normativa constitucional y legal vigente sobre el asunto.-

Esa restricción a la retroactividad de la ley y a la analogía es denominada por Günther Jakobs como "*prohibición de generalización*", principio que solo actúa en favor del autor (garantiza la sujeción de la punibilidad a la ley) y el aplicador de la ley no puede nunca aumentar el

nivel de generalización, ampliando el ámbito de aplicación de la ley (cfme.: aut.cit.; “Der. Penal – Parte General”, traduc.: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 2da. Edic., pág. 100, Ed.Marcial Pons, Madrid, 1997).-

Vemos entonces que el tribunal sentenciante -por mayoría- ha incurrido nuevamente en una ilegítima toma de posición interpretativa analógica, efectuada "*in mala partis*", además de no fundamentarse en ninguna razón atendible susceptible de justificar la supuesta “identidad” entre las figuras de la conciliación y la suspensión del juicio a prueba más allá de su simple voluntad, lo cual deviene arbitrario.-

Tal defecto se advierte también al inclinarse por la imposibilidad de que la tramitación de la conciliación se produzca luego de la resolución de remisión de la causa a juicio oral -art. 405, Cód. Proc. Penal-, para lo cual recurre, una vez más, por analogía, al procedimiento especial de flagrancia (art. 241, Cód. Proc. Penal) en el que se fijó como tope la finalización de la Investigación Penal Preparatoria, o al instituto de la suspensión del juicio a prueba (art. 394, Cód. Proc. Penal) en el que el límite lo marca el vencimiento del plazo previsto en el citado art. 405, Cod. Proc. Penal, e incluso a la mediación penal, citando el art. 6° de su Reglamento, que lo fija en el auto de apertura a juicio, concluyendo que -pese a reconocer que el legislador no impuso a la conciliación ninguno de esos topes de manera expresa- no obstante deben marcarle un límite temporal similar, afectando una vez más la garantía de prohibición de interpretación analógica "*in malam partem*", lo que le está vedado al juzgador ya que sólo podría acudir a tal modalidad interpretativa en beneficio del imputado (*favor rei*).-

Del mismo modo, tampoco se verifican expresadas -ni que realmente medien- concretas razones de interés público que justifiquen la oposición fiscal (cfme.: art. 5° bis, inc. 5, Cód. Proc. Penal), constatándose únicamente un irrazonable criterio meramente voluntarista del Ministerio Público Fiscal para obstruir la solución del conflicto intersubjetivo entre autor y víctima, una de cuyas ventajas consiste en que el proceso histórico

de expropiación del conflicto por parte del Estado en el ejercicio del derecho subjetivo del *ius puniendi* se encauza en otorgarle mayor protagonismo a la víctima en la toma de decisiones fundamentales sobre el modo y forma de ejercer la acción pública y esta posibilidad de arribar a una solución consensuada entre las partes se erige en herramienta eficaz que torna innecesario acudir a la imposición de una pena y anula sus efectos estigmatizadores (cftr.: Aboso, Gustavo E.; Código Penal -Comentado, concordado con jurisprudencia-, 6ta. edic., pág. 398, Ed. B de f, Bs.As., 2021), concluyendo este autor que este modelo implementa una expresión de justicia restaurativa y los derechos y garantías de las víctimas están asegurados con la debida asesoría legal, en cuyo caso, más que una facultad del fiscal, la víctima tiene el derecho de poner término al conflicto con el autor, independientemente de la oposición del acusador público (cfme.: aut. y ob. cit., pág. 401) .-

También cabe advertir que el *a quo* ha tenido en cuenta antecedentes penales en el imputado, lo que tampoco está previsto como condicionante para el acceso a la conciliación ente partes, y ha omitido considerar -en favor de su otorgamiento- que no es una, sino dos las víctimas que expresaron su voluntad conciliatoria, que los bienes desapoderados volvieron al patrimonio de sus dueños, que se produjo la reparación económica lograda por un esfuerzo del imputado, que debieron inclinar la respuesta judicial en favor de sostener el acuerdo entre partes, evitando la inflación punitiva y ni la sentencia puesta en crisis ni el Ministerio Público Fiscal explican la diferencia de criterio que emerge de sus respectivas posturas respecto del imputado Esquivel con lo sucedido con su co-imputado Ledesma, quien presentaba similares condiciones que aquél para acceder a salidas alternativas y, sin embargo, lo logró, pudiendo aquí verse también afectado el principio fundamental de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, además de revelarse evidente la absoluta inexistencia de criterio alguno de una coherente política de persecución penal y sus prioridades (cfme.: art. 15, inc. **a**, Ley 10.407), rigiéndose sólo por el capricho de cada fiscal.-

Al pronunciarse la Cámara Nacional de Casación en la causa “NAVARRO” (18/9/2018) el Juez Huarte Petite, refiriéndose al instituto de la conciliación, ha tenido oportunidad de señalar que “... *no se encuentra prevista ninguna limitación sustancial a su ejercicio dependiendo su otorgamiento judicial, únicamente, de la prueba rendida y de su valoración y consideración jurisdiccional, con audiencia de todas las partes (principios connaturales y esenciales para que pueda predicarse la adecuada observancia de las reglas del debido proceso), lo cual deberá verificarse en cada caso concreto, y conforme a la ley procesal vigente en la jurisdicción respectiva, aun cuando sus disposiciones no hubiesen contemplado un procedimiento especial para tratarla...*”; concluyendo que “... *la configuración de una causal de extinción de la acción penal como un acuerdo conciliatorio debe ser declarada por el juez que la constate en el proceso ante la sola alegación de la defensa, sin que dependa del consentimiento fiscal, ni de instrucciones generales o particulares del ministerio público, dado que tal instituto no se trata de un principio de oportunidad reglado, sino de un impedimento legal a la continuidad del proceso, dirigido normativamente al juez, quien más allá de garantizar a todas las partes el derechos a ser oídas previamente, debía sólo resolver sin más sobre la procedencia de aquella causal, aún pese a la oposición de la fiscalía, quien tendrá de todos modos, para tales supuestos, la facultad de recurrir lo resuelto*”.-

Desde la óptica de análisis que vengo desarrollando, debo concluir que la oposición fiscal a este tipo de acuerdo conciliatorio que satisfagan plenamente el marco legal y respondan a la auténtica voluntad de las partes en modo alguno puede obstaculizar la solución compositiva.-

**V.-** Por todo ello y sin perjuicio de poner de relieve la inapropiada técnica del voto mayoritario de la Casación que afirma inicialmente su “conclusión” para, posteriormente intentar sustentarla argumentalmente, invirtiendo el orden lógico del silogismo sentencial y dejando al intérprete la sensación de un prejuicioso preconcepto del

judicante; debo concluir proponiendo al Acuerdo el acogimiento de la impugnación extraordinaria incoada, la consecuente nulificación de la sentencia de la Sala II de la cámara de Casación Penal puesta en crisis y la confirmación de la sentencia dictada por el entonces Vocal del Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concordia, Dr. Edwin I. Bastian, mediante decisorio de fecha 14 de junio de 2022.-

**Así voto.-**

**A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. CLAUDIA M. MIZAWAK, DIJO:**

Adhiero a la solución que propicia el colega ponente, Dr. Carubia, por compartir sus fundamentos.-

**Así voto.-**

**A SU TURNO, EL SEÑOR VOCAL, DR. LEONARDO PORTELA, DIJO:**

Habiéndose alcanzado la mayoría necesaria sobre la cuestión de fondo, hago uso de la facultad de abstención (conforme arts. 33 y 47 de la Ley 6902 y Acuerdo de Sala Penal del 04/06/2021).

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente:

**SENTENCIA:**

**PARANÁ, 22 de mayo de 2024.-**

**Y VISTOS:**

Por los fundamentos del acuerdo que antecede y, por mayoría;

**SE RESUELVE:**

**HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria**

articulada por el Señor Defensor de Casación Penal -Interino-, Dr. Alejandro María Giorgio, defensor de **Guillermo Eduardo Esquivel**, en consecuencia, **anular** la Sentencia N° 3 de fecha 07/02/23 de la Sala N° II de la Cámara de Casación Penal puesta en crisis y **confirmar** la sentencia dictada en fecha 14/06/22 por el entonces Vocal del Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Concordia, Dr. Edwin I. Bastian.-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

**Dejo constancia** que la sentencia que antecede, ha sido dictada y suscripta con firma digital, por el señor Vocal, Dr. Daniel O. Carubia, la señora Vocal, Dra. Claudia M. Mizawak y el señor Vocal, Dr. Leonardo Portela, quien hizo uso de su facultad de abstención (*conforme arts. 33 y 47 de la Ley 6902 y Acuerdo de Sala del 04/06/2021*).

**Secretaría, 22 de mayo de 2024.-**

**Melina L. Arduino**  
Sala N° 1 en lo Penal STJER  
-Secretaria-