

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
GABRIEL IGNACIO ANITUA

EDITOR RESPONSABLE

FRANCISCO J. CROCIONI

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

<i>In memoriam</i> Ricardo Alberto Grisetti Por Julio C. Báez	VII
---	-----

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Análisis del delito de secuestro virtual: ¿es una extorsión o una estafa? Por Federico Iruستا y Pablo E. Ordóñez	3
La nueva Ley de Defensa de la Competencia Por Daniel González Stier	11
Aborto: condena penal, castigo social Por Sofía Lanzilotta	23
"Cumplimiento parcial" a los fines de la reincidencia Por Anabela Antegiovanni	34

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias Por Facundo M. Leguizamón	55
--	----

NOTA A FALLO

Etapas intermedia Por Lilián A. Ortiz y Cristian Perkovic	67
---	----

DEFRAUDACIÓN POR CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ / Procedimiento penal. Excepción de falta de acción. Procedencia. Sobreseimiento de la imputada. Recurso de casación. Etapas del proceso penal. Tribunal que se pronunció sobre el fondo del asunto antes del momento procesal oportuno. Revocación de sentencia. Interpretación errónea del art. 174, inc. 2 del Código Penal (CNCasCrim. y Correc.)	67
---	----

Imparcialidad de los magistrados en el sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio Por Luciano Bianchi	80
DELITOS ESPECIALES / Terrorismo. Investigación de la causa principal. Relación con el encubrimiento. Recusación del magistrado. Garantía de imparcialidad del juzgador. Disidencia (CFCasación Penal)	80
Requisa de vehículos sin orden judicial Por Luciano Bianchi	107
REQUISAS PERSONALES / Ausencia de orden judicial. Circunstancias concomitantes (CFCasación Penal)	107
¿En camino hacia una acción popular? Por Marcos A. Frezzini	126
QUERRELLA / Administración fraudulenta. Apartamiento de la parte querellante de forma oficiosa. Debido proceso. Revocación de sentencia (CFCasación Penal)	126
Legitimación para ser civilmente demandado en el proceso penal Por Juan Manuel Leonardi	141
TRATA DE PERSONAS / Conducta penalmente típica. Participación criminal. Responsabilidad del Estado Municipal. Obtención de números telefónicos. Disidencia (CFCasación Penal) ...	141
El descuento de la prisión preventiva Por Ricardo S. Favarotto	176
HURTO POR ESCALAMIENTO / Huellas dactilares. Elementos sustraídos en el domicilio del imputado (JCorrec. Nro. 1, Bahía Blanca)	176
 <i>EJECUCIÓN DE LA PENA</i>	
<u>DOCTRINA</u>	
Reformulación de los principios de la ejecución penal a través de la noción de acto o hecho del proceso Por Pablo A. Vacani	187
Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La morigeración del encierro Por Carlos E. Llera	192
 <i>PONENCIAS. CONGRESO DE DERECHO PENAL 2018</i>	
<u>DOCTRINA</u>	
De negros, educación y pena Por Rodrigo F. Videla	211

El humor como herramienta de control social y la vergüenza como castigo Por Laura Farb	218
¿Dónde queda la privacidad frente a nuevas formas de investigación? Por Rodolfo Ariza Clerici	224
La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal. Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica Por Gabriel C. Fava	233
Inconstitucionalidad de la cosa juzgada írrita y fraudulenta. Excepciones en los juicios simulados (<i>sham trial</i>) como posible revisión de sentencias fraudulentas Por Alberto T. Dakkache	241
El tipo penal de interrupción de comunicaciones en el Anteproyecto de Código Penal. Ciberataques y protección penal de las infraestructuras críticas en la era digital Por Santiago E. Gamarra	253

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

<i>Borges y la criminología</i> , por Alejandro Poquet . Comentado por Daniel R. Vítolo	259
---	-----

La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal

Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica

POR GABRIEL C. FAVA (*)

Sumario: I. La justicia restaurativa y la incorporación del art. 59, inc. 6° al Cód. Penal.— II. El primer problema: la falta de regulación procesal a nivel nacional.— III. El segundo problema: las reformas legislativas en retroceso en tiempos de avance de la justicia restaurativa.— IV. El tercer problema: ¿es posible la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa para toda clase de delitos?— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

I. La justicia restaurativa y la incorporación del art. 59, inc. 6° al Cód. Penal

La justicia restaurativa al interior del sistema penal es un modelo de justicia que propicia, ante todo, resolver los conflictos que se ocasionan por infracción a una norma penal. Así, este modelo de justicia persigue mediante la utilización de múltiples y diversos mecanismos reparar el daño social y/o individual que se produjo antes que la neta imposición de un castigo a quien originó el daño. Por el contrario, la justicia retributiva, punitiva o clásica enmarcada en la idea de castigo constituye un modelo de justicia cuya principal actividad es delimitar la responsabilidad del autor y aplicar una pena por la comisión de un delito.

La justicia restaurativa (también denominada reparadora) nace en el ámbito de las legislacio-

nes penales modernas hacia finales del siglo XX como complemento o alternativa a la denominada justicia retributiva. Ella se encamina hacia la reparación del daño causado, pero siempre desde la perspectiva de restablecer el lazo comunicacional que se ha roto y restaurar la paz social (1).

En el ámbito de la República Argentina, en materia penal recién a partir de los últimos 15 años se fueron incluyendo mecanismos de resolución de conflictos propios de la justicia restaurativa, tales como la mediación, la conciliación, la composición, o la reparación integral del perjuicio. La regulación de estos mecanismos tuvo lugar, en principio, a través de la sanción de los nuevos Códigos Procesales Penales de tinte más bien acusatorios que se oponían a la lógica de un sistema inquisitivo reformado (2).

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctorando en Derecho Penal por la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Maestrando en Mediación Penal por la Universidad de Valencia (España). Investigador en el instituto Max Planck de Friburgo (Alemania). Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Resolución de Conflictos: Mediación y Estrategias de Negociación por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Secretario de Cámara de la Defensoría N° 2 ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(1) La directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012, en su art. 2°-1d) define a la justicia restauradora como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial. Disponible en sitio web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:ES:PDF>, fecha de última consulta 20 de octubre de 2018.

(2) Solo a título de ejemplo de lo que se pretende demostrar cabe mencionar que en el año 2007 se sancionó

Ahora bien, lo cierto es que recién en el año 2015 la justicia restaurativa y alguno de sus mecanismos tuvieron un fuerte impacto en el sistema penal argentino, debido a que mediante la sanción de la ley nacional 27.147 (3), se modificó el régimen de extinción de las acciones penales y se incorporaron directamente institutos de justicia restaurativa a la legislación de fondo, quedando redactado, para lo que aquí interesa, el art. 59, inc. 6° del Código Penal (en adelante Cód. Penal) de la siguiente forma: “La *acción penal se extinguirá: (...) 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio*, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” (el destacado me corresponde).

Entonces, tal como se observa, al interior del sistema penal argentino actualmente (tanto en la legislación de fondo como en varias legislaciones procesales) tenemos dos formas diferentes de administrar justicia, una justicia restaurativa que se interesa más por devolverle el conflicto a las partes, para ver si estas tienen al menos una posibilidad de solucionar por sus propios medios y con sus propias herramientas ese lazo comunicacional roto (4), y un sistema de justicia clásico o punitivo, que se interesa antes bien por la atribución de responsabilidad y la imposición de un castigo al infractor de la norma, principalmente a través de la aplicación de la pena existente para ese delito.

II. El primer problema: la falta de regulación procesal a nivel nacional

En el apartado anterior vimos que el legislador nacional al sancionar el art. 59, inc. 6° en el Cód.

la ley 2303, que es el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que por su art. 204 establece la posibilidad de: “Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición...” (el resaltado me corresponde).

(3) Sanción: 10/06/2015, promulgación: 17/06/2005, y publicación: BO 33.153 del 18/06/2015.

(4) Cabe aclarar en este punto que cualquier mecanismo de justicia restaurativa en el ámbito penal es una instancia de participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, por lo que siempre debe primar la voluntad de las partes en la participación de procesos de justicia restaurativa.

Penal consagró dos nuevas formas de extinguir la acción penal pero, siempre, y conforme surge de la redacción de esa propia norma “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” (el destacado me corresponde). Es justamente con esta última parte de la redacción de la norma donde se nos presenta el primer escollo para la aplicación de estos mecanismos a nivel nacional.

En la actualidad, y a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones procesales del país en donde la regulación de estos mecanismos si está específicamente instrumentada (5), en el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante Cód. Proc. Penal de la Nación), no existe ninguna norma que regule procesalmente los dos institutos de justicia restaurativa que contempla el art. 59, inc. 6° de la legislación de fondo (6). Entonces, frente a esta realidad el primer interrogante que surge es si actualmente a nivel nacional es posible la extinción de la acción penal por medio de la reparación integral del perjuicio o por medio de la conciliación pese a la inexistencia de una ley procesal que reglamente su ejercicio, o si por el contrario existe una imposibilidad de aplicación hasta que una ley procesal los reglamente en el Cód. Proc. Penal de la Nación.

Como punto de partida entiendo que la respuesta al interrogante formulado en este apartado debe inclinarse necesariamente por afirmar la posibilidad de aplicación de estos mecanismos pese a la falta de una regulación procesal específica a nivel nacional.

(5) Ver nota 2.

(6) Cabe destacar en este punto que la ley nacional 27.147 se sancionó dentro de un paquete de leyes en la que también estaba incluida la ley nacional 27.063 que era un nuevo Código Procesal Penal de la Nación de corte más bien acusatorio. Ese nuevo Cód. Proc. Penal de la Nación (conforme ley 27.063) si contemplaba e instrumentaba a nivel nacional los mecanismos de justicia restaurativa del art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, pero hete aquí que ese Código Procesal que fue aprobado por ley del Congreso y que iba a entrar en vigencia aproximadamente en marzo de 2016 se dejó sin efecto por el decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo 257/2015 (BO del 29/12/2015), hasta tanto una comisión específica del Congreso decidiera cuando ese nuevo cuerpo normativo iba a entrar en vigencia, circunstancia que todavía no ha sucedido. Lamentablemente el análisis de este interesante fenómeno legislativo excede el marco propio de este trabajo.

Razones vinculadas a principios, derechos y garantías, y derechos humanos me convencen de ello.

La primera de ellas estaría directamente vinculada a la legalidad. En efecto, el art. 59, inc. 6° forma parte del Cód. Penal y no fue derogado ni modificado desde su sanción. De allí que con base en el principio de legalidad no pueda desconocerse que la extinción de la acción por *conciliación o reparación integral del perjuicio* sea ley vigente en la República Argentina. Esa norma penal vigente, al igual que cualquier otra norma penal debe ser necesariamente operativa.

La segunda estaría vinculada a la igualdad. Tal como ya se dijo en este trabajo, varias de las provincias argentinas e incluso la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires han reglamentado en sus legislaciones procesales mecanismos adecuados de resolución de conflictos. Entonces, por ejemplo, si ante la comisión de un hecho en determinada parte del territorio la persona puede acceder a un mecanismo de resolución de conflicto porque esa provincia ha reglamentado su ejercicio, pero ante la comisión del mismo hecho en otro lugar la persona no puede acceder simplemente porque en ese otro lugar no se encuentran reglamentado esto afectaría claramente la igualdad ante la ley, ya que en el mismo territorio de la república se estaría dando respecto de un mismo instituto la aplicación en un caso y la no aplicación en el otro frente a la comisión del mismo hecho delictivo (7). Es imposible pensar en igualdad ante la ley en donde existe una norma de fondo que es aplicable en todo el país, pero

(7) Lo mismo podría darse en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires ante situaciones muy similares aunque encuadren en distintas figuras delictivas, en donde por ejemplo una amenaza simple puede ser solucionada por un mecanismo adecuado de solución de conflictos porque se trata de un delito transferido a la Ciudad y el Código Procesal Penal de la Ciudad sí contempla la instrumentación de estos mecanismos, pero no ocurriría lo mismo con una amenaza coactiva o con un hurto simple que son delitos aún no transferidos y que se rigen por el Cód. Proc. Penal de la Nación. Cabe aquí hacer la somera aclaración que actualmente existen Convenios de Transferencias Progresivas de Competencias Penales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante los cuales con la aprobación del Congreso Nacional y la ratificación de la Legislatura Local la Justicia Nacional le va transfiriendo la investigación y el juzgamiento de diferentes figuras delictivas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

que de momento solo puede ser aplicada en los territorios en donde los legisladores provinciales han reglamentado su instrumentación (8). Otra razón estaría vinculada al hecho de poder realizar una interpretación armónica de las normas del propio CP. En efecto, nótese que el art. 59, inc. 7° del Cód. Penal, en sentido similar a que lo hace el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal para la conciliación y la reparación integral del perjuicio, establece: “La acción penal se extinguirá 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*” (el destacado me corresponde) y, a su vez, el art. 76 del mismo Cód. Penal establece: “La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. *Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título*” (el destacado me corresponde). Así, y tal como afirma Daniel Pastor *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° del art. 59 del Cód. Penal)* (9).

(8) Cabe destacar que razones similares vinculadas a la legalidad y a la igualdad han sido sostenidas por la abogada Marina Soberano en la Jornada de Justicia Restaurativa que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires (UBA), el pasado 8 de noviembre de 2017. La nombrada integró el panel junto al abogado Leonardo Fillia que llevó por título “La reparación integral”. Asimismo, si se quiere profundizar sobre este tópico se puede consultar su artículo: “Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual”, en MARTÍN, Adrián - NARDIELLO, Ángel G. (dirs.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Selección y análisis de fallos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 197-231.

(9) En efecto, Daniel Pastor en su artículo titulado “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, explica: “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° del art. 59 del Cód. Penal, 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 Cód. Penal, 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

En el mismo sentido tampoco se puede desconocer que estos mecanismos están contemplados tanto por la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal Nacional (ley nacional 27.148), como también por la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa Nacional (ley nacional 27.149). Es más, en la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución de conflictos está estipulado como un deber de los Defensores Públicos Oficiales (10).

Ahora bien, si todos estos argumentos vinculados a principios derechos y garantías no resulta-

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° del art. 59 del Cód. Penal)". "En suma, para esta primera situación en la que el régimen de enjuiciamiento no impone requisitos para la procedencia de la reparación completa del perjuicio como causa de extinción de la acción, esta quedaría extinguida siempre que se produzca aquella. Para estos sistemas procesales de reparación incondicionada del daño la cancelación de la punibilidad por este motivo estaría determinada solo por el acaecimiento del motivo y abarcaría todos los casos, pues "de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes" significa que, si estas no establecen otras exigencias adicionales la extinción prevista por el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal procede sin más requisitos". Cf. PASTOR, Daniel, "Episodio 1: la introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino", en *Diario Penal de Derecho Para Innovar —DPI—*, de fecha 11 de septiembre de 2015, p. 4, disponible en sitio web: <https://dpicuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Nolite-iudicare-Episodio-1.pdf>, fecha de última consulta 20 de octubre de 2018 (el destacado me corresponde).

(10) Estas normas fueron sancionadas y publicadas en la misma fecha que la ley 27.147 referida en la nota 3. Así, mientras que el art. 9° de la ley 27.148 (Ley Orgánica del MPF nacional) establece que: "El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social; el art. 42 de la ley 27.149 (Ley Orgánica del MPD nacional) estipula: Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo: d) Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación" (el resaltado me corresponde).

ran suficientes para tornar operativa la extinción de la acción por medio de algunos de los mecanismos de justicia restaurativa previstos por el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, creo que de todas maneras existen razones vinculadas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DD.HH.) que reafirman la postura que vengo sosteniendo.

Los DD.HH. son uno de los principales logros del hombre moderno, consagran estándares mínimos y reglas de procedimiento para las relaciones humanas y, a su vez, realzan atributos esenciales de todo ser humano como ser la vida y la dignidad de la persona. Son derechos inalienables de las personas y la responsabilidad por la vigencia efectiva de los DD.HH. le incumbe al Estado. El ingreso de mecanismos de justicia restaurativa en el Cód. Penal se compadece cabalmente con el principio y el respeto por la dignidad humana. No en vano numerosos instrumentos de DD.HH. hacen alusión a mecanismos de justicia restaurativa y fomentan su aplicación (11). En

(11) Nuevamente, y solo a título ejemplo para que no exceda el marco propio de este trabajo se puede citar que en la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder", dictada por la ONU en 1985, se plasmó que "se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles" y que "Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y reparación a favor de las víctimas". En el punto 32 de la "Declaración de Bangkok" se especifica que "para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas al juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoque de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda. En plena consonancia con ese ítem, en el punto 18 se establece: exhortamos a los Estados Miembros a que adopten medidas, de conformidad con su legislación interna, para promover el acceso a la justicia, considerar la posibilidad de facilitar a las personas que la necesiten y habilitar a esas personas para que hagan valer plenamente sus derechos en el sistema de justicia penal". Por su parte, las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", aprobadas en la XIV Cum-

este sentido, no es muy difícil entender que mecanismos tales como la conciliación guardan una relación directa con los DD.HH., porque respetan sobremanera la dignidad de la persona, a la vez que respetan el poder de autodeterminación de las partes (es decir su libertad), en condiciones igualitarias; conformando así su implementación y práctica un punto de encuentro entre la libertad, la igualdad y la dignidad, esencias fundamentales de todo ser. A su vez, estos mecanismos también garantizan otro DD.HH. fundamental que es el de acceso a la justicia, entendido este no como el acceso formal a la jurisdicción, sino como la posibilidad de que el ciudadano obtenga respuestas rápidas, eficientes y satisfactorias del sistema de justicia.

En suma, la contemplación de mecanismos de justicia restaurativa en el sistema penal implica intrínsecamente darle un rol preponderante a la primacía de los DD.HH. más esenciales, tales como la dignidad del ser, la libertad, la igualdad y el efectivo acceso a la justicia. De allí que todos estos argumentos esbozados deben primar por sobre la imposibilidad de aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa que contempla el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal por falta de una regulación procesal a nivel nacional que efectivamente reglamente su instrumentación.

III. El segundo problema: las reformas legislativas en retroceso en tiempos de avance de la justicia restaurativa

Existe una reciente modificación legislativa al art. 204, inc. 2° del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en adelante Cód. Proc. Penal CABA— el que preveía

bre Judicial Iberoamericana en el año 2008 establecen expresamente en el cap. II, Sección 5ª “Medios alternativos de resolución de conflictos”, y en la regla 43 específicamente se estipula: “Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, puede contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”.

ya desde el año 2007 en que fue sancionada la norma (ley 2303) como métodos de resolución de conflictos a la *mediación* y la *composición* (12). En dicha reforma, y para lo que aquí interesa se mantienen la posibilidad de aplicar la mediación y la composición, pero se las limita y registre estableciendo por un lado que: *No va a proceder la mediación independientemente del tipo de delito que se trate si el máximo de la pena para ese delito excediese los 6 años en abstracto de reclusión o prisión* y, por otro, pero en sentido similar que: *No va a proceder la mediación si el imputado registrare algún antecedente penal condenatorio*. En primer lugar, considero que esta reforma desnaturaliza el sistema propio de los abordajes restaurativos como mecanismos adecuados de solución del conflicto al interior del sistema penal. Resulta inconveniente restringir la aplicación de la mediación sobre la base de una escala penal determinada, porque habrá casos que por sus características no sean susceptibles de abordajes restaurativos con delitos con escalas penales mucho más bajas y, otros casos que, posiblemente, sean susceptibles de abordajes restaurativos con escalas mucho más amplias. Esta modificación parece olvidar la definición de justicia restaurativa que dimos al comenzar este trabajo. Nótese entonces que se están utilizando parámetros propios de la justicia retributiva (violación a la norma en función de una escala penal determinada) para modificar un artículo que consagra institutos propios de la justicia restaurativa, desconociendo que cualquier modificación o abordaje debe hacerse bajo los parámetros de esta última.

En segundo lugar, considero que el requisito de habilitar la mediación solo a aquellas personas que no registren antecedentes penales condenatorios es una modificación que sobrepone un modelo de política criminal con base en la fórmula de la peligrosidad y un derecho penal de autor, lo que a su vez puede llevar a un sinnúmero de situaciones absurdas y carentes de cualquier sentido para un abordaje restaurativo, tal como que una persona no pueda participar de una mediación por el solo hecho de registrar un antecedente por un delito culposo o por un

(12) Ver nota 2. La nueva ley es la nro. 6020. Sanción: 04/10/2018, promulgación: Dec. 350/18 del 30/10/2018, y publicación: BOCBA 5490 del 01/11/2018.

delito patrimonial reprimido con pena de multa por el que fue condenado muchos años atrás. Como se ve nuevamente, el problema central de esta reforma radica principalmente en incorporar elementos propios de una justicia de corte retributiva a un artículo que consagra institutos propios de la justicia restaurativa; la verificación de antecedentes penales condenatorios es el ejemplo más palmario de ello. Resulta evidente que un abordaje restaurativo no puede denegarse con base en lo que el imputado hizo y fue reprimido en otro momento de su vida, sino a lo que está dispuesto a hacer por este hecho por el que nuevamente fue visibilizado por el sistema de justicia. De la misma manera resulta evidente que una víctima no tiene acceso a la justicia en los términos del art. 25 de la CADH si se le deniega la posibilidad de participar en una mediación sobre la base de lo que hizo el imputado en su vida pasada que ahora ocasionalmente concurre con ella en el marco del sistema de justicia. Ese derecho convencional lo tiene la víctima *per se*, independiente del imputado con el cual concurre en el delito.

IV. El tercer problema: ¿es posible la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa para toda clase de delitos?

Una vez superada la posibilidad de aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa que contempla el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, y sorteadas las principales problemáticas que se presentan en la reglamentación y en la instrumentación de su aplicación, y de cara a dar respuesta a las nuevas limitaciones que establece el Cód. Proc. Penal CABA, los interrogantes que surgen en este punto son: a) ¿Estos mecanismos de justicia restaurativa se aplican solo para delitos usualmente conocidos como de bagatela o menores?; b) ¿Estos mecanismos se aplican solo para conflictos suscitados entre ciudadanos? y, consecuentemente, c) ¿Es posible su aplicación para toda clase de delitos, incluso para hechos delictivos cometidos por empresas?

Como primera aproximación se puede afirmar que desde un plano teórico y conforme a los conceptos básicos y postulados propios de la justicia restaurativa esta y, en consecuencia, los mecanismos contemplados por el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal se pueden aplicar a todo

tipo o clase de delitos. Bajo este prisma, esto incluiría, obviamente, no solo a los delitos leves, sino a los delitos graves, e incluso a las actividades lesivas cometidas por empresas. Sin embargo, resulta común como vimos que el legislador habilite los mecanismos de justicia restaurativa para una determinada clase de delitos que en general son los hechos cometidos por niños, niñas y adolescentes (justicia penal juvenil), y aquellos que de alguno u otra manera implican mínimo o mediano daño social como pueden serlo los hurtos, los robos, los daños, y las amenazas, entre otros.

Lo cierto es que a nivel nacional los mecanismos previstos por el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, al no estar regulados procesalmente aún no cuentan actualmente con ninguna limitación, pero intentemos pensar la cuestión de cara a su posible regulación. Si consideramos que la justicia restaurativa constituye una nueva forma de “reacción” ante el delito, y si pensamos que ella intenta trabajar el ámbito de la criminalidad antes que con el binomio delito/pena con el binomio conflicto/reparación, o dicho en otros términos, pero en sentido similar con los conceptos de conflicto, daño y violencia, el espectro de delitos rápidamente se expande (13). Si a este esquema le sumamos que el accionar de las personas jurídicas y más particularmente de determinadas empresas siempre fue invisibilizado en el ámbito penal o, en el mejor de los casos, parcialmente visibilizado debido, por un lado, a los complejos debates dogmáticos acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por otro, a la propia dificultad de investigación, punición y persecución que tienen esta clase de delitos, entonces los mecanismos de justicia restaurativa parecerían los más adecuados para solucionar este tipo de acciones, puesto que generarían en

(13) María Laura Böhm en la presentación de la nueva sección de la revista de *Derecho Penal y Criminología* titulada “Grandes empresas, actividades lesivas y derechos humanos” sostiene que, si se piensa el ámbito de la criminalidad y del delito no solo en términos de Código Penal, y no solo en términos de sistema jurídico penal, el espectro temático se expande. Por eso proponemos trabajar en términos de conflicto, daño y violencia y aceptar que el delito pertenece a estos espacios. Cfr. BÖHM, María Laura, “Presentación de nueva sección: grandes empresas, actividades lesivas y derechos humanos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, año VII, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, diciembre de 2017, p. 105.

el causante del daño una obligación de reparación y, como contracara, en la o las víctimas un derecho a esa reparación.

Que los mecanismos de justicia restaurativa del art. 59, inc. 6° del Cód. Penal a nivel nacional no tengan limitación sobre a qué clases o tipos de delitos aplicarse, pudiendo aplicarse, entonces, a actividades delictivas cometidas por empresas nuevamente se trata de una decisión de política criminal legislativa. Para ello resulta indispensable pensar en una política criminal que tenga su eje en los conflictos y en los daños sociales acaecidos y que, al mismo tiempo tenga en cuenta todos los tipos de violencia sobre los que hay que trabajar (visible/invisible; física, estructural y cultural). En este contexto, esa política criminal debe ser esencialmente una política criminal no expansiva, preventiva y reparadora que tenga como objetivo último que no se produzcan daños sociales, y que los que han producido estos daños tengan la obligación de repararlos. En suma, debe tratarse de una política lo más participativa posible (14), en la cual la no limitación para determinadas clases o tipos de delitos de los mecanismos de justicia restaurativa que prevé el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal vendría dado por decantación.

V. Reflexiones finales

Con la visibilización de los mecanismos de justicia restaurativa que contempla el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, y con la posibilidad inmediata de su aplicación en forma independiente de una legislación procesal que a nivel nacional reglamente su aplicación e instrumentación, se pretendió significar que ya actualmente el sistema penal contempla otras respuestas frente a un conflicto suscitado en el seno social que la mera imposición de una pena. Esa respuesta implica, justamente, la posibilidad de poder devolverle el conflicto a la comunidad para que el pueblo tenga el poder soberano de resolver, aunque sea por una vez sus conflictos que el sistema penal filtró

(14) Cfr. SUEIRO, Carlos C., "La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal", Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006, p. 90.

como delitos. Para ello es necesario comprometerse con la articulación de políticas democráticas que eviten una mayor exclusión mediante la mera criminalización y que contemplen el verdadero derecho a la reparación al que se hacen acreedoras las víctimas de un hecho delictivo. Ello no es más ni menos que medir las disputas suscitadas en el seno social en términos de conflicto y de daño social ocasionado, generando una responsabilidad en el sujeto que ocasiona ese daño social, un derecho en quien fue objeto directo de ese daño y, a su vez, en tratar de otorgar una solución que también resulte de utilidad para el cuerpo social en donde ese conflicto se ha suscitado.

Los mecanismos de justicia restaurativa que se contemplan no deben permanecer en la letra de la norma o restringirse mediante reformas posteriores porque un instituto o mecanismo no debe quedar en la ley en un Estado social y democrático cuando él garantiza determinados ámbitos de libertad y, consecuentemente, reduce las posibilidades de aplicación de la coerción estatal.

Por todo ello, y para finalizar, entiendo que las nuevas formas de criminalidad y de administración de justicia nos llevan no solo a una palmaria resignificación del derecho penal, sino también a una evidente resignificación del derecho procesal moderno. En conclusión, entiendo que hacer un análisis crítico de los procesos de reforma es una tarea ineludible que desde una sociedad democrática y como miembros de una comunidad académica no podemos pasar por alto si bregamos por un verdadero derecho penal de *ultima ratio* y por la participación ciudadana al interior del sistema de justicia.

VI. Bibliografía

BÖHM, María Laura, "Presentación de nueva sección: grandes empresas, actividades lesivas y derechos humanos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, año VII, Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2017, Buenos Aires, diciembre de 2017.

PASTOR, Daniel, "Episodio 1: 'la introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentina'", en *Diario Penal de Derecho Para Innovar*

—DPI—, de fecha 11 de septiembre de 2015, disponible en sitio web: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Nolite-iudicare-Episodio-1.pdf>, fecha de última consulta 20 de octubre de 2018.

SOBERANO, Marina, en MARTÍN, Adrián - NARDIELLO, Ángel G. (dirs.), “Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual”,

en *Jurisprudencia de Casación Penal. Selección y análisis de fallos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 197-231.

SUEIRO, Carlos C., “La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal”, Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006. ♦

.....