

Comisión 3 de Derecho Procesal Penal: Proceso compositivo. Bases políticas y conceptuales del proceso compositivo. Conciliación. Reparación y Pena

Tema de la Comisión: Modelos procesales y proceso compositivo. **Título de la Ponencia:** “Teoría del proceso compositivo. Contribución de las OMAS para el fortalecimiento del sistema de justicia restaurativa”

Apellido y nombre del autor: Analía Verónica Reyes

Fecha de nacimiento: 15 de mayo de 1985

Dirección postal: calle 26 n° 1208 de la ciudad de La Plata (C.P. 1900)

Teléfono: 221 15 575-8470

Dirección de correo electrónico: analiaveronicareyes@hotmail.com

Breve síntesis de su propuesta: A través de la ponencia se propone determinar la esencia del proceso compositivo para lo cual se analizarán sus notas definitorias, entre estas, la relevancia del acuerdo para alcanzar una solución pacificadora y reparadora y su función garantizadora del principio de *última ratio*. Asimismo, en vista de este principio que determina la necesidad de adoptar primero, mecanismos que faciliten y propicien la aplicación de medidas propias de la justicia restaurativa (que ponen en diálogo a la víctima y al sujeto generador del daño) y previo, mencionar algunas de las dificultades que obstaculizan la adopción del proceso compositivo, se hará referencia a las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) cuya función de recopilación de información relevante y de contralor del cumplimiento de los acuerdos reparatorios las posiciona como herramientas complementarias de la reforma procesal penal que favorecen la adopción de soluciones de mayor calidad (solución real del conflicto).

Postulación: Me postulo como participante de los concursos para los premios referidos en el artículo 7 del reglamento (Premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “elDial.com” de Jóvenes Ponentes)

1.- Definición del proceso compositivo

El proceso penal desde una perspectiva del Derecho Penal del conflicto, es decir, aquélla que concibe al delito como un conflicto entre la víctima (en todos los niveles) y el victimario ello, en oposición al Derecho Penal Infraccional que se caracteriza por el desplazamiento del conflicto “primario” entre víctima y victimario por el conflicto “secundario” entre victimario y autoridad¹, es decir, por la relación de desobediencia²; cumple sus funciones basadas en los principios de subsidiariedad y de *última ratio* esto es, generar la respuesta menos violenta para el tratamiento del conflicto, a través de dos tipos de mecanismos: el proceso de conocimiento y el proceso compositivo.³

Mediante el proceso de conocimiento explica BINDER (2018) se generan las condiciones de seguridad en la construcción de los hechos y en la aplicación del derecho de modo tal que, se evite el riesgo de condenar a un inocente. En tanto que, el proceso compositivo sirve para construir una respuesta o solución al caso menos violenta. El referido autor señala que la sobrecarga endémica del sistema penal es el motivo por el cual se incorporan mecanismos de gestión de conflictos ubicados en otros niveles como por ejemplo, el relativo a la reparación de los daños que gira alrededor de la responsabilidad civil.⁴

De esta manera se produce una relocalización del conflicto ya que, la justicia penal debe darle un tratamiento integral. Ello no obstante, no muta la naturaleza de la respuesta la cual, se ubica en el sistema de responsabilidad civil. De ahí que, el proceso compositivo tiene una función de transición es decir, en la medida que la política criminal no desagote del sistema penal cierta clase de conflictos (por ejemplo, los delitos culposos) hacia otros

¹ MILL, RITA. Resolución de conflictos penales. Recuperado de: <http://www.aapiyf2.tizaypc.com/contenidos/contenidos/7/5-Resolucion%20Alternativa%20de%20Conlictos%20Penales.pdf>

² BINDER, ALBERTO M. Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América latina. (p. 4) Recuperado de: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>

³ BINDER, ALBERTO M. (2018). Derecho procesal penal: Teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba. 1era. Ed. (p. 13). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.

⁴ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 15-16.

sistemas de gestión más eficaces y rápidos procurará compensar los daños sufridos en correspondencia con una política criminal minimalista.⁵

Es importante destacar que la aplicación de métodos composicionales implica un cambio del paradigma en la concepción del proceso penal⁶, se trata de dar una solución mediante la participación de la víctima (en todos sus niveles) y del imputado lo cual se conoce como justicia restaurativa. Esta visión, como se adelantó se contrapone a un Derecho Penal Infractor propio del sistema inquisitivo o mixto y surgió como consecuencia del reconocimiento de los derechos del imputado y de la víctima además de la toma de conciencia de la ineficacia de las penas privativas de la libertad.⁷

Asimismo, la normativa internacional promueve la aplicación de este tipo de respuestas. En ese sentido, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, expresan que 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 de este.⁸ También, el art. 5 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) prevé que “cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso...”

⁵ Idem.

⁶ DEU, TERESA ARMENTA (2018). Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico. En LEDESMA, ÁNGELA (Directora), *El debido proceso penal*. Vol. 7. (pp. 21-60). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi s.r.l.

⁷ LEDESMA, ÁNGELA ESTER (2018). Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del código penal. En Revista Pensar en Derecho. Nro. 13, Año 5 (pp. 33-92). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires Sociedad de Economía Mixta. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/revista-pensar-en-derecho-13.pdf>

⁸ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, capítulo II, sección 51, Medios alternativos de resolución de conflictos, regla 43.

Se sostiene que la aplicación de este tipo de soluciones contribuiría a la deflación del derecho penal y consecuentemente, al abordaje eficaz de los casos penales graves.⁹ En efecto, la responsabilidad civil o la respuesta a los daños producidos tienen efecto disuasivo, incluso superior a las penas de encierro. Las modernas doctrinas le reconocen también, un efecto sobre la vigencia de las normas.¹⁰

2.- El acuerdo y su cumplimiento

La teoría del proceso compositivo gira en torno a la idea de compensación de los daños en el sentido de reparación, es decir, de satisfacción de los daños producidos por la conducta delictiva. En efecto, en un modelo de justicia restaurativa se persigue la aplicación de mecanismos para reparar el daño social y/o individual que se produjo antes que la neta imposición del castigo a quien originó el daño.¹¹

El concepto de reparación a su vez, no se reduce a la compensación material de un daño sino que puede adquirir nuevas dimensiones, escapándose muchas veces de un criterio meramente económico al incluir otras posibilidades que abarcan variados aspectos y formatos¹², por eso hay quienes proponen hablar de una “reparación significativa para sus participantes”.¹³

Así pues, el proceso compositivo puede concluir mediante el acuerdo que logra la referida respuesta compositiva reparadora, no obstante, como aquél se preocupa por la eficacia y la permanencia de la solución pacificadora, el modo como se cumplirán las reparaciones y reglas

⁹ SALIDO, MARÍA BELÉN (2018). Los actos reparatorios del imputado en la legislación penal material. Análisis de los mismos en el marco de un sistema penal liberal. En LEDESMA, ÁNGELA (Directora), *El debido proceso penal*. Vol. 7. (pp. 61-78). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi s.r.l.

¹⁰ BINDER, (2018). *Op. cit.*, p. 42.

¹¹ FAVA, GABRIEL C. (2019). 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. En *Derecho Penal y Criminología*. Año IX, N° 2. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters, La Ley.

¹² NEUMAN, ELÍAS (2005). Mediación penal (pp. 76-77). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

¹³ NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN EIRAS (2019). La diferencia entre reparación y reparación. En *Revista pensamiento penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/03/doctrina47453.pdf>

como así, su supervisión pueden integrarlo estableciéndose de una manera informal o formal la suspensión del proceso durante el tiempo necesario para supervisar el cumplimiento de lo acordado.¹⁴

La suspensión informal se produce mayormente durante la etapa de investigación preliminar, es decir, durante los primeros momentos del caso y antes de su admisión, puede ser realizada mediante simple disposiciones de mantener archivado o inactivo el caso durante el desarrollo de las obligaciones pactadas. En esta etapa existe una mayor discrecionalidad en el ejercicio de la función por parte del Ministerio Público Fiscal, lo cual facilita aplicar este tipo de solución compositiva evaluando principios de eficiencia, eficacia y *última ratio*¹⁵. A veces, ello dependerá de que la política criminal genere instancias de participación obligatoria en el proceso compositivo (se trata de diseñar una acción institucional lo cual, implica elegir un área de intervención).¹⁶

Una vez resuelta la admisión del caso y por ende, ingresado a la etapa preparatoria resulta más conveniente para lograr una mayor eficacia del acuerdo acordar una suspensión formal del proceso.¹⁷ Hay dos ámbitos de aplicación: uno es el que corresponde a la suspensión del proceso a prueba como anticipación de la suspensión condicional de la pena y el otro, se corresponde a la suspensión del proceso como actividades conciliatorias. El primero, se remite al instituto previsto en el Código Penal de la Nación, cuya incorporación se produce en el año 1994 (ley 24.316 art 76 bis Código Penal) y ha sido legislado como un tipo de estándar subsidiario mientras que, el segundo, se encuentra regulado en las distintas legislaciones procesales (códigos procesales y leyes de conciliación y mediación). Esto significa que ninguna legislación puede negar totalmente la posibilidad de suspensión a prueba ya que, es el nivel básico de regulación por razones de

¹⁴ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 573-575.

¹⁵ MILL, RITA AURORA (2013). *Mediación penal* (pp. 90-91). Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

¹⁶ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 575-577.

¹⁷ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 577-583.

igualdad y nada impediría que la legislación procesal establezca supuestos que amplían el ámbito de aplicación.¹⁸

La diferencia más importante entre los dos ámbitos de aplicación es que en la suspensión como anticipo a la condenación condicional el imputado puede plantear la suspensión y lograr, si correspondiere, una decisión en ese sentido, aun contra la opinión de las víctimas (por ej. cuando no acepta el monto de reparación lo cual evidencia que, en estos casos hay una primacía de las víctimas colectivas siendo el requisito indispensable para la procedencia, la conformidad del Fiscal). En cambio, en los casos en los que la suspensión es la salida formal del proceso compositivo, el acuerdo es ineludible y lo que puede hacer el imputado es proponer o incluso, desencadenar un proceso de conciliación o mediación, pero no puede evadir la lógica del acuerdo que debe alcanzar a todos los niveles de víctimas.¹⁹

3.- Dificultades en la aplicación y supervisión de los mecanismos compositivos reparatorios

En los puntos precedentes se ha descrito y analizado sucintamente el proceso compositivo que nos permite arribar a soluciones reparatorias del conflicto. Tal desarrollo se ha realizado teniendo en cuenta la doctrina de distintos autores que se han ocupado del tratamiento del tema, lo cual es de singular importancia a los fines del establecimiento de una teoría del proceso compositivo y, como se dijo al inicio, para producir el cambio de paradigma acerca de la concepción del proceso compositivo como método de gestión del conflicto que permite al proceso penal, al igual que el proceso de conocimiento, el cumplimiento de sus fines pacificadores. En este acápite, continuando el análisis del instituto, se hará referencia a las dificultades que, en la práctica actual se observan para la aplicación de mecanismos compositivos y que, por lo tanto, contrarían el principio de *última ratio* provocando la ineficacia del sistema penal en la gestión de los conflictos.

¹⁸ BINDER, (2018). *Op. cit.*, p. 585.

¹⁹ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 592-593.

En ese sentido, entre las principales dificultades que se observan en el sistema penal se encuentra la inexistencia de una clara política criminal que guíe el accionar del Ministerio Público Fiscal al tiempo de propiciar las resoluciones de los casos que llegan a su conocimiento, es decir, no se encuentra bien delimitada cuál es su área de intervención.

En efecto, como regla de eficiencia y eficacia, sólo los casos relevantes desde el punto de vista de la prueba y de trascendencia social, deberían ser resueltos en juicio oral. Sin embargo, la ausencia de criterios claros en la gestión de casos por parte del Ministerio Público Fiscal provoca desigualdad en su tratamiento: en la práctica, la aplicación de criterios de oportunidad y de métodos compositivos queda sujeto, muchas veces, al criterio individual de cada fiscal, caso por caso.

Tal situación genera además, que los Fiscales no propicien una pronta solución del conflicto. Es muy frecuente el tránsito innecesario de casos en la etapa de juicio en los cuales previamente, el Fiscal alega ante el Juez de control su relevancia para su resolución en juicio oral y, posteriormente, ya en la etapa de juicio, propone una solución de tipo compositiva tal como, la suspensión del proceso a prueba generando ello, un gran dispendio para el sistema penal en virtud de la permanencia del conflicto en el sistema, con todo el gasto que ello implica.

Otro de los obstáculos está relacionado con las desventajas de la permanencia del sistema escriturario en las etapas previas al juicio. Así, en las jurisdicciones donde impera la lógica del expediente aun, en aquellas donde la legislación procesal prevé la realización de audiencias ya que, su regulación optativa conlleva a su crónico desistimiento, el desencuentro de las partes interesadas en el conflicto y de éstas, con el Juez de control imposibilitan el arribo a acuerdos reparadores. Al respecto, la burocracia de las prácticas inquisitivas como lo son, la inexistencia de un litigio adversarial, la delegación de funciones y la metodología del expediente conlleva la mayoría de las veces a la aplicación de respuestas más violentas, verbigracia: la aplicación de la prisión preventiva en casos en los que posteriormente, se acuerda la suspensión del proceso a prueba.

También es óbice a la aplicación de soluciones reparadoras la dificultad de las partes para obtener información de calidad sobre el caso, esto es, conocer a través de fuentes objetivas (imparciales) la situación de la víctima y del victimario, sus necesidades, los motivos del conflicto, es decir, datos que les permitan evaluar la aplicación de la solución más adecuada y conveniente tanto, por razones de pacificación como para descomprimir la sobrecarga endémica del sistema penal.

Finalmente, la ausente o deficiente supervisión de las medidas compositivas es otra de las causales que dificultan la adopción de los mecanismos que nos ofrece la justicia restaurativa. Actualmente, muchos de los acuerdos que se generan en el proceso pierden su eficacia pacificadora a raíz de la falta de un adecuado control de su cumplimiento. Esta situación repercute negativamente en la sociedad que, relaciona la aplicación de estos mecanismos con soluciones que otorgan impunidad a los victimarios y en el sistema penal, puesto que, frente a la reactivación del conflicto tendrá nuevamente que intervenir, con todo su aparato.

4.- Oficinas de Mecanismos Alternativos o Sustitutivos (O.M.A.S.) Contribución al fortalecimiento del proceso compositivo

Entre las dificultades planteadas se puso de resalto la ausencia de información para el tratamiento adecuado de los conflictos sometidos al proceso penal. Bajo este título se realizará una breve referencia a las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (en adelante OMAS) cuya función es, precisamente, la generación de información de calidad para la imposición y supervisión de las medidas sustitutivas de la prisión preventiva y de los mecanismos alternativos de solución del conflicto (MASC).

Las OMAS están inspiradas en los Pretrial Services Programs desarrollados en los Estados Unidos²⁰. Asimismo, existen programas similares conocidos como “Servicios Previos al juicio” (México); “Servicios de Antelación al Juicio” (Chile), “Oficina de Servicios con antelación a juicio”

²⁰ AHUMADA CAROLINA, ALMEIDA VANINA, PODESTÁ TOBÍAS JOSÉ (2016). Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas. Prácticas y Estrategias. Buenos Aires, Argentina: INECIP. Recuperado de: http://inecip.org/wp-content/uploads/OMAS-Publicación_020616-01.pdf

(Puerto Rico) y “Bail Program” (Canadá). En Argentina se diferencia su funcionamiento de los servicios de antelación al juicio ya que, además de brindar información para el tratamiento de medidas cautelares, lo hacen para la aplicación de métodos compositivos y el control del cumplimiento de las medidas impuestas.

En nuestro país se han instalado OMAS en algunas provincias tales como, Santa Fe, Santiago del Estero y Entre Ríos en donde se ubicaron institucionalmente dentro del Poder Judicial (dependientes del Tribunal Superior de Justicia, de las Cámaras de Apelación o en relación con la Oficina Judicial). La ubicación institucional de las OMAS es importante a los fines de garantizar la imparcialidad de la información y por ende, su utilización en el litigio.

En el marco de un proceso acusatorio-adversarial donde la metodología de trabajo es la oralidad, es decir, el ámbito donde se toman las decisiones relevantes es la audiencia; las OMAS colaboran con las partes al producir información de calidad que les permita desplegar un amplio debate sobre sus alegaciones. En efecto, la adopción de un mecanismo alternativo requiere de datos sobre la situación del imputado, sus características personales y cuáles son sus posibilidades reales de cumplir con las condiciones que eventualmente se le fijen. La discusión en audiencia con información de calidad, promueve un debate más sincero sobre la solución a adoptar que tenga realmente en cuenta las posibilidades del imputado de reparar y cumplir con el acuerdo. También, la supervisión posterior permite una ejecución que brinda legitimidad y previsibilidad al sistema, de ahí que su consideración en este trabajo se vincule con el fortalecimiento del proceso compositivo.

5.- Conclusión

Tal como nos enseña Ángela Ledesma²¹ ha sido el modelo de enjuiciamiento heredado de España el que instaló la forma cognoscitiva para la realización de los procesos judiciales casi, con exclusividad, dejando a

²¹ LEDESMA, ÁNGELA ESTER (2005). La reforma procesal penal (p. 79). Rosario, Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L.

salvo, solo unos escasos procesos o etapas regidas por el consenso como solución del conflicto.

El planteo de una teoría composicional del proceso penal reivindica la aplicación de las soluciones que propone la justicia restaurativa a través de la reconciliación de las partes involucradas en aquél. Se trata de un cambio de paradigma acerca de la concepción de los fines del proceso penal el cual, no se trata de un medio para la imposición de una sanción penal sino de un método de gestión de conflictos que siempre debe propiciar, por razones de garantía de un Estado de Derecho, la aplicación de la medida menos lesiva y que a la vez, ponga al fin conflicto mediante la reparación de los daños causados por el delito (instrumento de pacificación social real).²²

La reparación trasciende el concepto de resarcimiento de orden económico y propicia la reconciliación entre la víctima (en todos sus niveles) y el victimario. No se trata de privatizar el conflicto sino de re-personalizarlo mediante la recomposición de los lazos entre los seres humanos de modo fraterno y humano. Esta visión es superadora de la rutina del castigo y emplea la intervención estatal para una ayuda efectiva, individual y social en correspondencia con una justicia penal más humanitaria.²³

Tanto la suspensión del proceso informal y formal como anticipación de la condena condicional como así, su variante de aplicación bajo fórmulas conciliadoras (mediación) son mecanismos de gestión del conflicto en el sistema penal que viabilizan respuestas de carácter reparadoras que son necesario propiciar en resguardo del principio de *última ratio*.

Hemos visto que muchos de los obstáculos a la aplicabilidad de este tipo de medidas alternativas derivan de las prácticas inquisitivas tales como, el método escriturario, la ausencia de criterio de gestión de casos por parte del Ministerio Público Fiscal además, de la inexistencia de programas diseñados para colaborar con los operadores judiciales en la búsqueda de

²² HIGHTON, ELENA; ALVAREZ GLADYS Y GREGORIO, CARLOS (1998). Resolución alternativa de disputas y sistema penal (p. 36). Buenos Aires, Argentina: AD HOC.

²³ NEUMAN, ELÍAS (2005). Ob. Cit., pp. 72-73.

información necesaria para evaluar la adopción de las medidas más adecuadas para la solución de los casos.

Así, las nuevas formas de litigación como, lo es la metodología de trabajo por audiencias y más precisamente, la implementación de la oralidad en las instancias previas al juicio se presentan como mecanismos indispensables para favorecer el empleo del proceso compositivo en los primeros momentos del caso (etapa preliminar y etapa preparatoria). Asimismo, y de modo complementario el funcionamiento de las OMAS en paralelo garantiza la efectividad de la respuesta reparadora tanto, por su aplicación oportuna como, por la adopción de las medidas adecuadas y la supervisión del cumplimiento de lo concertado.

En suma, el proceso compositivo se dijo, implica un cambio de paradigma y aun cuando su utilización tiene carácter transicional como lo sostiene BINDER²⁴ para hacer frente a la sobrecarga endémica, su operatividad como regla y no, como excepción en el sistema penal depende de la adopción de las nuevas estructuras y metodologías de trabajo que proponen los procesos de reforma procesal penal lo cual, también, conlleva cambios sustanciales en las formas de litigio y principalmente, como lo sostiene MILL “que el sistema judicial asuma la resolución de conflictos como el centro de su actividad” y no como un problema paralelo o alternativo.²⁵

²⁴ BINDER, (2018). *Op. cit.*, pp. 15-16.

²⁵ MILL, RITA (2013). *Ob. Cit.*, p. 244.