

XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Juan, 12, 13 y 14 de septiembre de 2019

Ponencia

Título: Conciliación: ¿es necesario el consentimiento del Ministerio Público Fiscal?

Comisión: 3 (Proceso compositivo. Bases políticas y conceptuales del proceso compositivo. Conciliación. Reparación y Pena)

Tema: La conciliación

Autor: Jalil, Sergio Nicolás

Dirección postal: 10 N° 665 entre 45 y 46 de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires (C.P. 1900)

Teléfono: (0221) 155590273

Correo electrónico: sergio.jalil@hotmail.com

Propuesta: El presente trabajo intenta plantear la actuación que le cabe al Ministerio Público Fiscal en el procedimiento de la conciliación, a raíz de la incorporación de ese instituto a nuestro Código Penal como uno de los modos de extinción de la acción penal. Al respecto, mientras no se encuentre afectado el interés público, si los verdaderos protagonistas del conflicto penal -víctima y acusado- se ponen de acuerdo en la solución que más satisface sus puntos de vista, el Estado no debe entrometerse en lo que las partes voluntariamente consintieron ya que, además de resultar un dispendio de recursos y energías, sería contrario al rol fundamental que le cabe a la víctima en un sistema realmente adversarial. Así, no puede fácilmente sostenerse que el Ministerio Público Fiscal es el interesado principal, el titular de la pretensión material en una contienda penal, si víctima y victimario consensuadamente llegan a un acuerdo que satisface sus intereses. Por eso, la oposición efectuada por el fiscal no debe ser tomada en cuenta para homologar el acuerdo conciliatorio.

Postulación como participante en el “Premio A.A.D.P.”: sí

Postulación como participante para el concurso de mejores ponencias presentadas por Jóvenes Abogados: sí

Fecha de nacimiento: 27/06/1991

Conciliación: ¿es necesario el consentimiento del Ministerio Público Fiscal?

I. Introducción

Mediante la sanción de la ley 27.147 se modificó el artículo 59 del Código Penal y se incorporaron nuevas causales de extinción de la acción penal. En lo que aquí interesa, el inciso 6 de dicho artículo establece que la acción penal se extingue “por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

De manera liminar, cabe señalar que la novedosa y contradictoria remisión que realizó el legislador nacional a las leyes procesales correspondientes ha generado un profundo debate en la doctrina y la jurisprudencia. Si la acción penal es materia regulada por el código de fondo, ¿por qué este nuevo supuesto de extinción pareciera condicionado a que las diversas jurisdicciones locales establezcan sus requisitos de procedencia? ¿Es operativo sin que exista legislación local complementaria? ¿Respeto el derecho de igualdad entre los justiciables del país sometidos a diversos ordenamientos procesales? ¿Es coherente en materia de política criminal?¹

Lo que sí resulta incuestionable es que la mencionada modificación al código penal importó la recepción de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en este caso a través métodos alternativos de resolución de conflictos como son la conciliación y la reparación integral del perjuicio ocasionado.

¹ Ver para el análisis sobre el tema: Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos”, Hammurabi, 1989, T.1-b, p. 526-527, Pastor, Daniel, “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, en Diario DPI, Diario Penal, Columna de Opinión, Noliteiudicare: Comentarios de actualidad penal independientes y críticos 11-9-15, Episodio 1, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42153.pdf>; Ledesma, Ángela, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, Revisa Pensar en Derecho, N° 13, Año 5, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2018, p. 33-92; Gouvert, Juan Fernando, “Glosa a la conciliación o reparación como modos de extinción de la acción”, El Derecho, 271, N° 14.143, 16/03/2017; LauríaMasaro, Mauro- Montenegro, Lucía, “Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional”, Estudios sobre Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia, año 2016. Ver también el voto del juez Sarabayrouse en la causa CCC 25872/2015/TO1/CNC1, “Verde Alva, Brian Antoni s/ recurso de casación”, sentencia del 22/05/2017.

En efecto, tradicionalmente nuestro sistema penal basó su existencia y funcionamiento con sustento en el principio de legalidad o supremacía de la ley, en virtud del cual los órganos del Estado tienen el deber de investigar y penalizar todos los delitos del que tomen conocimiento: la jurisdicción debe abarcar inexorablemente todas las conductas que trasgreden la ley.

Si bien los fundamentos más superficiales al sistema de oportunidad apuntan a un principio de economía en atención a la imposibilidad del Estado de intervenir en la sanción de todas las conductas ilícitas, su verdadera y legítima esencia se apoya en obtener una respuesta más satisfactoria y pacífica a los conflictos, otorgando un real protagonismo a la víctima en el marco de un derecho penal entendido como “ultima ratio”.

De este modo, a través de las herramientas de la conciliación y la reparación integral del perjuicio, a la víctima se le otorga un rol protagónico en el proceso penal ya que su participación activa es indispensable para poner fin a la persecución pública con respecto a su presunto ofensor.

Al respecto, debido a que el legislador nacional decidió utilizar la conjunción disyuntiva “o” entre “conciliación” y “reparación integral”, obviamente no los consideró mecanismos idénticos. La conciliación puede implicar que las partes acuerden una indemnización o resarcimiento económico, pero no siempre. La nota característica de su instrumentalidad es que existe un mutuo acuerdo bilateral entre el imputado y la supuesta víctima que pone fin a su enfrentamiento; mientras que a través de la reparación el presunto ofensor decide cumplir de manera unilateral las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (“integral”) las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito².

Justamente el carácter bilateral de la conciliación, el necesario consenso que debe haber entre la víctima y el acusado, genera que nos centremos en este instituto a los fines del presente trabajo.

En tal sentido, las posibles interpretaciones sobre los alcances del principio de oportunidad en nuestro sistema penal suscitan consecuencias

² Cfr. Pastor, Daniel, op. citada en nota 1.

teóricas y prácticas con respecto a la conciliación como modo de extinción de la acción penal.

Fundamentalmente, una de las discusiones más evidentes que ocasiona el funcionamiento de este mecanismo, en atención al papel indiscutido que le cabe a la víctima, es la de la actuación del Ministerio Público Fiscal

En atención al consenso, acuerdo o arreglo que supone la conciliación entre ofensor y ofendido, ¿es necesario el consentimiento del Ministerio Público Fiscal para que se extinga la acción penal?

Para responder tal interrogante, en las líneas que siguen intentaremos abordar la naturaleza de la conciliación, la importancia de la víctima en un proceso penal en la búsqueda de la paz social y el rol que le compete al Ministerio Público como órgano encargado de la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

II. Conciliación: la víctima como parte afectada del conflicto penal

El fin principal y último del Derecho es la convivencia pacífica y armoniosa en sociedad. Las reglas están destinadas a lograr orden y cohesión a los efectos de organizar social y políticamente a un grupo de personas en un lugar determinado.

Los conflictos que amenazan dicha paz socialson abordados con un especial énfasis por parte del Estado que, al tener el monopolio del uso de la fuerza, brinda los mecanismos institucionales adecuados para que las disputas sean resueltas.

En tal sentido, es innegable que cuando dos partes poseen posturas contrapuestas sobre un hecho de la realidad social del cual tienen un interés propio que genera consecuencias jurídicas, el modo más natural de resolverlo es de manera informal y amistosa, sin acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Pero a pesar del procedimiento más común e instintivo en que se resuelven los conflictos jurídicos, el derecho penal -junto con el surgimiento de los Estados- ignoró dicha circunstancia e históricamente creyó que era su deber y obligación perseguir y castigar todos los delitos, porque la infracción

penal no se cometía a una persona -la víctima-, sino que a aquel que representaba la entidad suprema de la organización política y garantizaba el orden (Dios, el rey, el pueblo, etc.).

Esa concepción propia del inquisitismo generó la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización³.

Mas debe subrayarse que la composición, como forma común de resolver los conflictos sociales, estuvo desde los comienzos del derecho penal⁴ y que en la actualidad ya no son admisibles las opiniones que niegan la necesaria intervención del ofendido en algunos casos para satisfacer las necesidades -de prevención, reparación y pacificación- del procedimiento criminal.

En esta línea, debe recordarse que el derecho penal germánico antiguo era un proceso de partes ya que ellas tenían el poder de disposición sobre la pretensión represiva; era un sistema adversarial privado en el cual toda infracción se consideraba un quebranto de la paz comunitaria y se autorizaba a la víctima a restablecer la armonía social a través de la composición privada⁵.

Al respecto, siguiendo las enseñanzas de Niceto Alcalá-Zamora Castillo, cabe decir que el fin esencial del proceso es la restauración del orden jurídico alterado por el litigio y evitar que se perturbe el orden público perturbado por obra de la autodefensa; en definitiva, la composición de los conflictos⁶.

³Cfr. Zaffaroni, Eugenio, "El enemigo en el Derecho Penal", Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 30.

⁴ Sostiene Maier que la víctima, que supo ocupar un lugar destacado en la reflexión penal, fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos. Cfr. Maier, Julio B, "La víctima y el sistema penal"; disponible en: <file:///D:/Dialnet-LaVictimaYElSistemaPenal-2528762.pdf>

⁵Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, "Estudios de Derecho Procesal Penal", Tomo I, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1956, p. 52 y ss.; Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", Tomo I, Editores del puerto, Buenos Aires, 2012, 2da edición, 4 reimpresión, p. 265 y ss.

⁶Alcalá-Zamora Castillo, Niceto, "Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución al estudio de los fines del proceso)", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 198.

Por eso, mientras no haya una afectación a un bien jurídico que tutele un interés público (por ejemplo: delitos contra la seguridad pública, contra el orden público, contra la seguridad de la nación, contra los poderes públicos y el orden constitucional, contra el orden económico y financiero, etc.)⁷, si los protagonistas del conflicto penal -víctima y acusado- se ponen de acuerdo en la solución que más satisface sus puntos de vista, el Estado no debe entrometerse en lo que las partes voluntariamente consintieron ya que, además de resultar un dispendio de recursos y energías, sería contrario al rol fundamental que le cabe a la víctima en un sistema realmente adversarial.

Así, la conciliación busca que por intermedio de la autonomía de la voluntad se solucionen racionalmente los conflictos penales. En muchas ocasiones el aparato represivo del Estado puede resultar ineficaz para cumplir con el fin último del Derecho: la paz social.

En relación con ello, este método de resolución alternativa de los conflictos constituye una herramienta para el acceso a la justicia – especialmente para las personas en condición de vulnerabilidad- ya que coadyuva a brindar una respuesta más eficaz y satisfactoria a la del derecho penal represivo, y en un considerable menor lapso de tiempo.⁸

Por intermedio de la conciliación, el ofendido de un delito tiene la posibilidad de ejercer un papel activo, de encontrarse personalmente con el ofensor, de interrogarlo acerca del porqué de la comisión del delito. Las angustias, resentimientos y demás padecimientos que puede generar ser

⁷ No nos explayaremos aquí sobre nuestra disconformidad en relación a la limitación impuesta a la conciliación en el art. 34 del Código Procesal Penal Federal (ley 27.063 - denominación según ley 27.482) que prescribe que “el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerto”. Ver, en tal sentido, Cannazzaro, Carla Mabel, “Conciliación. Problemas e incongruencias del nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, UBA, Revista Lecciones y Ensayos, N° 95, año 2015, p. 215-245.

⁸ En tal sentido, ver las Regla 43 de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”; también la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución N° 40/34, del 29/11/1985 y la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social sobre “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal”.

víctima de una conducta ilícita, pueden ser transmitidas precisamente a quien generó ello.

El contacto directo, la comunicación, la postura y la conducta del imputado hacia el ofendido, su muestra de arrepentimiento, serán factores determinantes que influirán en la conciliación y en la sanción que deberá cumplir el imputado. En algunos casos, será convenida una retribución económica, en otros, mediante la realización por parte del infractor de una tarea en beneficio de la víctima, o también, el arreglo podrá consistir en una tarea a beneficio de la comunidad. E inclusive la víctima se sentirá resarcida con un pedido de disculpas, un compromiso serio de no volver a reincidir en el delito.⁹

Es decir, la conciliación se apoya en principios de justicia restaurativa. En lugar de otorgar valor exclusivo y preponderante a las instituciones judiciales y al infractor, involucra a la víctima en la producción de la respuesta frente al delito. Anhela la reparación antes que la punición y por ello es necesario que todos los protagonistas del conflicto penal intervengan -bajo el marco institucional adecuado que brinda el Estado- para construir y mantener la armonía de la sociedad¹⁰.

III. El rol del Ministerio Público Fiscal frente a la conciliación

Bajo los lineamientos arriba desarrollados, cabe preguntarse cuál es el rol que le cabe al Ministerio Público Fiscal frente a un mecanismo novedoso en nuestra legislación que requiere inevitablemente de la participación activa de la víctima del presunto delito.

Es que según la arraigada concepción en torno al Ministerio Público Fiscal, este es un órgano cuya principal misión es la de ser custodio de la ley

⁹Cfr. Raña, Andrea Fabiana, *La mediación y el Derecho penal*, Fabían Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2001, p. 103.

¹⁰ Cfr. Ledesma, Ángela. Conferencia en el “Congreso Internacional sobre Principio de oportunidad en materia penal”, La Plata, 5 al 7 de septiembre del 2002.

y representar los intereses generales de la sociedad; tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal.

Así, en un sistema acusatorio formal, es el Estado el que tiene el monopolio del castigo penal y se atribuye la función de investigar y dar respuesta a todos los conflictos sociales de acuerdo al principio de oficiosidad, haciendo a un lado a la víctima como parte de la contienda.

Al respecto, la naturaleza, los fines y el procedimiento de la conciliación serán distintos si se considera que el Ministerio Público Fiscal es un actor protagónico y excluyente del proceso penal y que detenta el poder absoluto con relación a la disponibilidad de la acción penal.

De ser así, conforme lo han entendido diversos tribunales del país¹¹, el acuerdo entre víctima y victimario solo podrá ser homologado y valdrá como modo extintivo de la acción penal si la fiscalía presta su consentimiento y entiende que en el caso el Estado puede dejar de investigar y reprimir la conducta ilícita que alteró el orden común.

Pero consideramos que la dinámica tradicional mediante la cual el Ministerio Público asume en nombre del Estado y la comunidad la calidad de acusador y se subroga ficticiamente en la posición de ofendido, y por ende contraparte respecto del imputado, pierde sustento y fundamento si el ordenamiento penal le permite a la víctima del delito intervenir decididamente en el conflicto y su posible resolución.

No puede fácilmente sostenerse que el Estado es el interesado principal, el titular de la pretensión material en una contienda penal, si víctima y victimario consensuadamente llegan a un acuerdo que satisface sus intereses.

En tal sentido, la expectativa de una reacción compensatoria ante un conflicto debe primar ante la posibilidad de una reacción netamente punitiva y, por lo tanto, la respuesta represiva del Estado debe estar condicionada al interés y al reclamo de la persona damnificada por el hecho ilícito.

¹¹Ver, entre muchos otros, los pronunciamientos dictados como obiterdictum en los casos: Verde Alva, cit. en nota 1; CNCP, Salal, expte. CCC 43.844/2010/TO1/CNC1, “Eiroa, Ignacio Gabriel s/defraudación por administración fraudulenta”, sentencia del 13/03/19, voto del juez Jantus; CNCP, Sala II, expte. CCC 69634/2017/2/CNC1, “Benítez, Alcides Oscar s/ recurso de casación, sentencia del 3/2/2018, voto del juez Sarabayrouse.

Es que la incorporación a nuestro Código Penal del instituto de la conciliación conlleva ineludiblemente a una reconsideración de nuestra política criminal en torno al papel de la víctima y a su participación en el proceso penal e implica otorgarle la verdadera disposición de la acción en un sistema que debe caracterizarse por su adversariedad y por la inexistencia de un funcionario público como dueño único y absoluto de una contienda, en aquellos casos que no existe una clara afectación al interés general.

De esta manera, a pesar de que por imperativo legal el Ministerio Público Fiscal debe impulsar la solución alternativa a los conflictos penales y restablecer la armonía entre sus protagonistas¹², los resabios provenientes del antiguo régimen procesal pueden generar que en algunos casos se oponga a la conciliación efectuada libremente entre los verdaderos protagonistas del problema, suponiendo que continúa ostentando el monopolio de la acción y la sanción penal y que de acuerdo con su sana discrecionalidad es quien debe evaluar cuando debe aplicarse o no el principio de oportunidad.

Más consideramos que el interés del Estado en aplicar el poder punitivo sobre el encausado encuentra un límite infranqueable en el interés de la persona damnificada por el delito de dar por finalizado el conflicto.

El Ministerio Público Fiscal no puede reemplazar la voluntad del ofendido y el ofensor si se ha llegado a un acuerdo y, por eso, su consentimiento sobre el fondo del asunto (en relación al criterio de oportunidad utilizado, sobre la razonabilidad o conveniencia del arreglo logrado, sobre la conducta del imputado al respecto, etc.) no es necesario para que se extinga la acción penal.

Al igual que el juez, el fiscal deberá solamente controlar que las partes -fundamentalmente la víctima- han prestado libremente su consentimiento, que comprenden los alcances y las consecuencias de la conciliación a la que arribaron, que ha habido una igualdad de armas entre ellas y que

¹²Arts. 9 inc. “e” y “f”, 21 y 35 ley 27.148; art. 22 ley 27.063; Resoluciones PGN 74/18 y PGN 75/18

ninguna ha sido coaccionada u obligada a firmar un acuerdo que no deseaba¹³.

Justamente el papel del Ministerio Público Fiscal en la conciliación debe centrarse fundamentalmente en guiar a la víctima, asesorarla, explicarle el procedimiento a seguir, la variedad de posibles propuestas que puede escoger -si lo desea- para arribar a una solución con su ofensor; ello sin perjuicio de que el ofendido cuente con patrocinio jurídico privado o de que el acuerdo conciliatorio se lleve por intermedio de la Defensa Oficial¹⁴.

Pretender mantener activa la acción penal a pesar del arreglo realizado en paridad entre las partes, sin sometimiento de una sobre la otra, resulta claramente contrario al principio de economía procesal: implica un dispendio inútil de energías, de cúmulo de trabajo, de congestión en la labor jurisdiccional cuando los verdaderos protagonistas del conflicto han arribado a una solución.

En tal contexto, la oposición efectuada por el fiscal no debe ser tomada en cuenta para homologar el acuerdo conciliatorio debido a que, además de mantener habilitada la vía punitiva hacia el imputado, conllevaría a sumar nuevas afectaciones y molestias a la víctima, privándola de obtener el beneficio y el final acordados e imponiéndole la obligación de seguir sujeta a

¹³“El juez tiene por obligación, no sustituir a las partes ni oficiar como conciliador en el conflicto, sino chequear que el acuerdo arribado entre aquellas ha sido hecho en un marco de sometimiento o dominación de una parte por sobre la otra. En ese contexto, si se encuentra acreditado que ha habido una conciliación entre las partes involucradas y que han arribado a un acuerdo que posee por efecto la conclusión del proceso penal, una sola es la solución posible... [A] los fines de arribar a soluciones alternativas, la presunta víctima o parte damnificada debe estar empoderada para decidir en forma libre, y reconociéndole el derecho a solucionar el conflicto de la mejor forma posible que haga a sus derechos”. CNACC, sala 6, expte. CCC 15121/2018/CA2, “SLA”, sentencia del 24/08/2018, voto de la jueza Magdalena Laíño.

¹⁴ El art. 42 inc. “d” de la ley 27.149 establece, entre los deberes y atribuciones de los Defensores Públicos Oficiales, que deben intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de los conflictos y, en su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación. Además, cabe señalar que en el ámbito de la Defensoría General de la Nación mediante Resolución DGN N° 475/12 se creó el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos, en el ámbito de la Coordinación de Programas y Comisiones dependiente del Área Técnica, que se encuentra en una experiencia piloto para intervenir conjuntamente con algunas defensorías para promover la resolución alternativa de conflictos

un proceso penal caracterizado por la cultura del trámite y la indebida prolongación de los tiempos, lo que generaría su revictimización¹⁵.

III. Conclusión

En conclusión, la incorporación a nuestro ordenamiento penal de la conciliación como modo de extinción de la acción penal se fundamenta en otorgar una mayor participación de la víctima en aquellos delitos en que ella es fundamentalmente la damnificada y le permite asumir un papel fundamental al ser realmente escuchada y poder decidir sobre la solución que verdaderamente la repara.

Mientras no se trate de una conducta ilícita que lesione un bien jurídico que proteja un interés común, el Ministerio Público Fiscal no puede expropiarse del conflicto y decidir cuándo debe extinguirse o no la acción penal.

Si víctima y victimario libremente consensuaron poner fin a su contienda, el Estado debe respetar su voluntad, quedándole vetada la posibilidad de recurrir a métodos violentos sobre el encausado -como la pena y la cárcel-, propio de un derecho penal punitivo.

Así, el acuerdo común de voluntades entre las partes para dar por concluido un conflicto penal es el único recaudo exigible para poder dar por concluido un proceso penal en que la víctima es la parte realmente lesionada por el hecho ilícito, la titular de la pretensión material y quien debe decidir cuál es el remedio que más satisface sus intereses.

En definitiva, en el marco de un derecho penal entendido como “ultima ratio”, el Estado no debe inmiscuirse ni entrometerse en la solución a la que los verdaderos actores del conflicto voluntariamente llegaron ya que ello quebrantaría con la misión más elemental que tiene el Derecho que es la de conservar la paz social.

¹⁵Cfr. TOC N° 15 CABA, CCC 49061/2014/TO1, “Ruiz”, sentencia del 11/02/2016, voto del juez Adrián Martín.