

Obstáculos judiciales a la reparación integral del daño

Solange Alonso Barnetche¹

I. Resumen

El presente artículo tiene como objetivo plantear alternativas a la resolución de conflictos dentro del ámbito penal, mediante herramientas legales que constan de una menor injerencia del poder punitivo en la vida de las personas que atraviesan el proceso penal. En consecuencia, se pretende abordar la reparación integral del daño como aquella medida tendiente, por un lado, a garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas y, por otro lado, como garantía y derecho del imputado de aplicar alternativas a la solución del conflicto penal menos lesiva de los derechos en pugna, desde la normativa vigente, nacional e internacional, y su interpretación jurisprudencial en la provincia de Buenos Aires.

II. Introducción

En el afán de proveer al proceso penal de alternativas al *ius puniendi* del Estado, es que considero de importancia el análisis de la reparación integral del daño como causal de extinción de la acción penal y su implementación en la provincia de Buenos Aires, mediante el abordaje doctrinario y jurisprudencial sobre la temática, destacando aquellos

¹ Abogada, Universidad Nacional de La Plata (2018); escribana, Universidad Nacional de La Plata (2019); Especialista en Derecho penal, Universidad de Buenos Aires (2025); maestranda en la Universidad de Buenos Aires (en curso); docente de nivel superior en el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires (2021). solalonob@gmail.com

obstáculos que se imponen en la práctica judicial para la materialización de alternativas dentro de la justicia restaurativa.

Ello, a partir del convencimiento de que se debe actuar con razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a la aplicación del poder penal del estado, siendo siempre de *ultima ratio*, entendiendo que, en muchos casos, la reparación integral del daño resulta ser la manera de hacer más eficiente la conclusión del conflicto. En este andarivel, la reparación integral del daño con la consecuente extinción de la acción penal y, sobreseimiento total y definitivo, puede resultar la solución que mejor se adapte al caso concreto y a las condiciones personales de la persona imputada, lo que se ajusta al espíritu del nuevo paradigma legal propiciado por el legislador nacional, esto es, la justicia restaurativa.

Dable es mencionar que, además, ello surge de las reglas de Brasilia en su sección primera, reglas No. 43 y 45, en tanto exhortan al impulso de la aplicación de medidas alternativas vigentes (acordada 5/2099, corte suprema de justicia de la nación), como así también que se tiene como finalidad la posibilidad de brindar una mejor resolución al conflicto, con un proceso más breve y que implique menos dispendios jurisdiccionales; haciendo lo propio con la ampliación de facultades a las partes, siendo una de ellas la posibilidad de garantizar la reparación integral del daño evitando la respuesta meramente punitiva que, en definitiva, en determinados casos no repara a las víctimas.

Ahora bien. Frente al escenario de cosas planteado corresponde, para una mejor y mayor fundamentación de la solución alternativa al conflicto propuesta en éste artículo, analizar por un lado la operatividad del artículo 59 inciso 6 del código penal y su recepción jurisprudencial tanto a nivel nacional como provincial; haciendo lo propio con las facultades que tienen las víctimas de extinguir la acción penal frente a la satisfacción de su pretensión, con el análisis del acceso a la justicia y a ser oídas como derecho humano. Asimismo, también se analizarán los obstáculos judiciales que surgen al momento de materializar respuestas propias de la justicia restaurativa y el choque que emerge con derechos y garantías constitucionales; para por último realizar una crítica constructiva a aquellos fallos que no han implementado la reparación integral del daño con exceso en la jurisdicción, todo lo cual constituye los siguientes apartados.

Por demás está aclarar que el presente tiene como eje transversal no sólo una perspectiva de derechos humanos que garantice el acceso a la jurisdicción por parte de las víctimas frente a cualquier delito, sino también y, derivada de aquella, la perspectiva de género, toda vez que en casos donde medie un contexto de violencia de género también considero posible la presente alternativa.

Finalmente, espero que el presente reúna contenido jurisprudencial y dogmático que brinde de herramientas no sólo a quienes litigamos la profesión liberal para implementar respuestas no punitivas, sino también a operadores y operadoras judiciales con el objetivo de cambiar prácticas sistemáticas de punición que no son reparatorias de los derechos afectados en algunos casos, es decir, espero que sirva como puntapié para desandar la cultura judicial punitiva.

III. Operatividad de la reparación integral del daño

Respecto a la operatividad del artículo 59 inciso 6 del código penal el mismo establece que la reparación integral del daño lo será «*de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*», recordando siempre que nos abocaremos al ordenamiento procesal de la provincia de buenos aires, sin perjuicio del análisis jurisprudencial que supera dicha jurisdicción a los fines de un mayor enriquecimiento intelectual.

De acuerdo a la normativa de fondo cada provincia debe regular la forma en la cual se va a implementar procesalmente dicha causal extintiva de la acción penal, lo que conlleva a establecer el procedimiento pertinente para su implementación. En nuestra provincia surge la problemática de que luego de la reforma operada por la ley 27.147 del año 2015 al artículo 59 del código penal, el código procesal penal bonaerense no ha sido reformado en sintonía con aquella norma, por lo que únicamente contamos con la norma que regula la procedencia del sobreseimiento, la cual refiere que procederá -entre otros casos- cuando la acción penal se extinga, por lo que debemos remitirnos al código de fondo a los fines de determinar las causas de extinción de la acción penal y, es allí donde la cuestión se vuelve un círculo vicioso porque el código penal nos remite al ordenamiento procesal.

Frente a dicho contexto normativo podrá surgir el interrogante, entonces, de que dicha norma no tiene operatividad en la provincia de buenos aires frente a la ausencia de regulación específica y, es acá donde debemos recordar que aquello que no está prohibido está permitido por mandato constitucional. Entonces la implementación deberá realizarse por vía jurisprudencial lo que sin dudas conlleva a cierta inseguridad jurídica, porque como veremos, no en todas las jurisdicciones se entiende que tiene plena operatividad más allá de la forma en que pueda luego proceder la causal de extinción de la acción penal.

Como bien adelante, soy de la opinión de que la causal extintiva debe tener operatividad, no sólo porque no está prohibida su implementación sino porque proviene de una norma que fija el piso mínimo de los institutos que regula y, en tal sentido, los ordenamientos procesales no pueden desconocer su existencia pues cuando se alega que no tiene operatividad, es decir, que no puede implementarse porque procesalmente no está regulada, se desconoce la propia letra de la ley y ello es contrario al debido proceso legal emanado del artículo 19 de nuestra constitución nacional.

Sin embargo, más allá de la opinión personal que cada litigante pueda tener sobre la cuestión, veamos que ha dicho la jurisprudencia al respecto, lo que sin dudas no sólo nos brindará herramientas para la litigación del caso en concreto, sino también hará que el debate sea más enriquecedor intelectualmente a los fines de que se puedan fijar posturas, las cuales considero siempre deben ser guiadas por las bases constitucionales y convencionales que luego veremos.

En tal punto, la jurisprudencia ha expresado que «la remisión del art. 59 inc.6 del C.P. A las leyes procesales correspondientes, sin ningún otro agregado, y al menos en el estado actual de cosas, me llevan a darle operatividad, en función del art. 323 inc. 1 del C.P.P, desde que atendiendo el acuerdo reparador de las partes, ante la entidad de los hechos investigados, torna operativo tal instituto y que por otra parte no existe normativa que por el contrario prohíba su aplicación en tal sentido y que en definitiva quienes se vieron atravesados por el conflicto han llegado de modo consensuado y pacífico a una solución beneficiosa para ambos, a la vez que debe recordarse que los principios que rigen en la aplicación del derecho penal deben ser los

de mínima intervención y última razón» (juzgado de garantías nº8 de la plata, 2023, p.8)

En igual sentido, los señores jueces de la sala i del tribunal de casación manifestaron que «[i]ngresando ya en el terreno de la resolución en crisis, cabe apreciar inicialmente que es compartida la opinión, en mi parecer de adecuada exégesis, en relación con la posibilidad de aplicación en nuestra jurisdiccional provincial de la regla sustantiva del artículo 59 del digesto de fondo» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023: 4) denotando la operatividad de la causal extintiva a nivel provincial.

Por otro lado, se ha manifestado que «las cuestiones a resolver en el caso se circunscribe en determinar: a) si el instituto de la «reparación integral» previsto en el inc. 6 del art. 59, CP, se encuentra vigente y b) de encontrarse vigente, si la extinción de la acción penal fue resuelta en la oportunidad correspondiente [...] Respecto al primer punto, y tal como se detalló en los precedentes «Almada» y «Bustos», con cita del caso «Verde Alva», las previsiones del art. 59 inc. 6, CP respecto al modo de extinción de la acción penal, se encuentran vigentes» (cámara nacional de casación en lo criminal y corрecional de la capital federal, 2019: 3).

Ahora bien. No toda la jurisprudencia ha sido pacífica en tal sentido, puntualmente en lo que respecta a la vigencia o no del nuevo código procesal penal federal, ya que «[a] partir del dictado del DNU varios jueces de la CNCCC entendieron que la postergación en la entrada en vigor del nuevo CPP impedía considerar operativa la nueva causal de extinción. En «Fernández» y «Almada», por ejemplo, dos jueces sostuvieron que el nuevo CPP no estaba vigente y que por ello las reglas del art. 59.6 CP eran de imposible aplicación. Un criterio similar apareció en diversos tribunales orales en lo criminal y corрecional. En «Verde Alva», en cambio, otros jueces de la misma CNCCC afirmaron que el art. 59.6 CP sí era operativo, al igual que distintos tribunales orales que también se expedieron a favor de la operatividad» (jurisprudencia de la cámara nacional de casación respecto de la operatividad de la conciliación y la reparación integral, área de asistencia del ministerio público fiscal de la nación ante la CNCCC, 2019: 7).

En tal sentido, en lo que respecta a la jurisprudencia de la cámara nacional de casación en lo criminal y correccional y, en cuanto al criterio de que no se encuentra operativa la norma de fondo, el juez Bruzzone ha expresado que «la falta de reglamentación procesal a la que hace referencia el art. 59, inciso 6º del código penal [...] Resulta motivo suficiente para rechazar, a la fecha, esta modalidad de extinción de la acción penal [...] Así, entiendo que la operatividad de este instituto (art. 59, inc. 6, CP) se encuentra supeditada a la entrada en vigencia de la ley procesal nacional (ley 27.063), cuya puesta en marcha quedó suspendida con plazo indefinido, a través del decreto No. 257/20152 del poder ejecutivo nacional [...] Entonces, dado que el nuevo código procesal penal de la nación no se encuentra vigente, por consiguiente, la aplicación de las normas penales (art. 59, inc. 6, CP) vinculadas a la ley de forma se tornan, de momento, de imposible aplicación» (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2017: 9-10).

Por otro lado, el juez Rimondi también considera no operativa la norma, sin embargo con criterio diferente al anteriormente expuesto, toda vez que considera que la regulación de las causas sobre extinción de la acción se encuentra dentro de las facultades no delegadas por las provincias al gobierno federal por lo que en definitiva entiende que para su operatividad necesariamente debe ser regulado de forma expresa por la ley procesal (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2019: 2). El juez Díaz también ha tratado la temática desde esta óptica, aunque ha considerado que es materia del congreso nacional, sin perjuicio de lo cual, debe existir una regulación procesal para la operatividad, por lo que, siguiendo dicha lógica, de no estar regulado expresamente en los ordenamientos procesales la causal extintiva no resulta operativa (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2017: 8-16).

En definitiva, la cuestión de la operatividad al menos en dicha jurisdicción se ha planteado en base a la vigencia o no del ordenamiento procesal y la regulación específica del instituto en análisis. Sin perjuicio de ello y de los diferentes abordajes, entiendo que la reparación integral del daño al estar regulada como un derecho mínimo desde el código penal debe tener plena operatividad pues de

negarse la misma estaríamos contrariando la voluntad del legislador en la implementación de alternativas al *ius puniendi* del estado.

Aunado a ello, es dable destacar que la reparación integral del daño, como también las demás causas de extinción de la acción penal, deben entenderse dentro de la justicia restaurativa, es decir, como formas diversas de responder frente al conflicto que garanticen una escucha activa y respetuosa de las pretensiones de las partes, lo que además materializa el principio de *ultima ratio* del derecho penal. En esa línea, la corte suprema de justicia de la nación ha señalado que el derecho penal debe ser la última ratio del orden jurídico y el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal (corte suprema de justicia de la nación, 2008: 3-4) en concordancia con el criterio de la corte interamericana de derechos humanos quien sostiene que la tipificación de delitos no debe resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal, siendo que «[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del estado» (corte interamericana de derechos humanos, 2008: 19).

Es por ello que entiendo de plena aplicación y operatividad la causal de extinción de la acción penal por reparación integral del daño, sin limitación alguna a la forma de proceder y el delito imputado, máxime cuando la reparación integral es voluntariamente aceptada por la/s víctima/s, con un monto de reparación razonable y proporcional al daño sufrido.

IV. La/s víctima/s frente a la reparación integral del daño dentro de la justicia restaurativa. Derechos involucrados

Saldada la cuestión de la operatividad de la causal extintiva de la acción penal y previo a ingresar al análisis de los obstáculos judiciales para su materialización en la provincia de buenos aires, es pertinente analizar los derechos de las víctimas frente a la alternativa de la

respuesta punitiva, por cuanto entiendo de fundamental importancia no sólo garantizar el acceso a la jurisdicción sino también el derecho a ser oídas y la autonomía de la voluntad, máxime en casos donde media contexto de violencia de género.

La/s víctima/s pueden decidir arribar a la reparación integral del daño y, por ende, a que se extinga la acción penal por diversos motivos que pueden ir desde motivos estrictamente personales a puramente procesales. Sin embargo, esos motivos, al estar dentro de la esfera privada, poco importan a los fines de la implementación del instituto en trato, sino que lo importante es la voluntad libre e informada de la/s víctima/s para acceder a lo pretendido. Cabe aclarar que la reparación integral del daño puede ser a requerimiento de cualquiera de las partes, pues no necesariamente debe ser a pedido estricto de la persona imputada. Lo importante siempre debe ser que la/s víctima/s den por satisfecha su pretensión mediante la reparación integral del daño. Por ahora nos quedamos con esta primera idea, luego más allá de su importante, veremos si es estrictamente necesaria la voluntad de la víctima en la causal extintiva.

Ahora bien. Supongamos que la reparación integral del daño debe materializarse en un proceso donde el delito imputado cuenta con una víctima o varias, que es de acción pública o privada, y que media consentimiento de todas las partes involucradas, es decir, de la persona imputada, de la persona ofendida y del ministerio público fiscal. Podría pensarse que no sería problemática la aplicación del instituto bajo trato pues no hay voluntades adversas y en definitiva la solución propuesta satisface a todas las partes.

Sin embargo, aquí puede empezar a complejizarse la cuestión cuando al menos es el ministerio público fiscal quien no da su consentimiento o bien, por parte de la jurisdicción, pese a la voluntad de las partes, no otorga lo peticionado. Es en éste primer momento donde cabrá analizar los derechos de las víctimas y las facultades que tengan frente al proceso, específicamente en la provincia de buenos aires, pero entiendo, extensible a las demás jurisdicciones por mandato constitucional.

El acceso a la justicia por parte de las víctimas y, el poder que tienen frente a la solución alternativa al conflicto como es la reparación integral del daño con la consecuente extinción de la acción penal y

sobreseimiento, genera que su voluntad deba ser vinculante para la resolución que se adopte, siendo necesario manifestar que, como el sistema de administración de justicia tiene rutinas, circuitos y trámites que impactan de manera desigual sobre los derechos de quienes reclaman, la voz de las víctimas resulta de total relevancia, todo ello para que las prácticas judiciales dejen de causar tensión en el alcance y la ponderación de los derechos en juego.

La corte interamericana de derechos humanos, ha definido el acceso a la justicia estableciendo que el estado tiene que organizar todo su aparato estatal para asegurar las garantías de debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo (corte interamericana de derechos humanos, 1990: 7). El acceso a la justicia, debe tener como prioridad las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, desde la exigencia de que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables. Constituye un derecho fundamental de todo ser humano y ha sido consagrado en una diversidad de instrumentos internacionales, por lo que restarle voluntad a las víctimas cuando han adoptado de forma libre y voluntaria, con previo asesoramiento, la salida alternativa, sería contradictorio a la normativa vigente², reduciéndolas a un mero objeto dentro del proceso, sometiéndolas a éste y desconociendo su calidad de parte e interesada en el proceso; máxime si se tiene en consideración que el desistimiento de la acción particular coloca al proceso en un proceso sin víctimas a futuro, por lo que sí pese a la reparación integral del daño quisiera mantenerse la acusación, lo cierto es que no contará con víctimas que la sostengan, además de ir contra la voluntad de las partes.

De esta manera, el acceso a la justicia conforme la manda constitucional debe ser irrestricto, lo que implica que éste sea sin condicionamientos ni limitaciones. Es por ello que el acceso a la justicia es aquella atribución o derecho de toda persona para recurrir de forma amplia, sin restricciones y libre de discriminación a los tribunales con el objetivo de proteger sus derechos. En este punto «[I]a

² Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 15; Ley 15.232 (PBA); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7, 8 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9 y 14.

igualdad necesita cambios, no reflexión. Una nueva jurisprudencia, una nueva relación entre la vida y el derecho» (catherine mackinnon, 1989).

Además del acceso a la jurisdicción y de las herramientas que se implementan desde el sistema de administración de justicia para que se garantice de forma irrestricta, debe contemplarse que además se encuentra en juego el derecho a ser oída de las víctimas.

Tanto el acceso a la justicia como el derecho a ser oída de la/s víctima/s debe, además, ser analizado en relación a la autonomía de la voluntad de ésta/s, sobre todo en delitos donde medie contexto de violencia en razón del género. Es decir, mientras que el estado provee de salidas alternativas a la víctima para evitar el sometimiento a un proceso judicial cuando así lo requiera y, además ello implique evitar revictimizaciones, en cada caso particular deberá no sólo asesorarse a la víctima por parte del patrocinio particular que pueda tener o por parte del ministerio público fiscal, sino también por parte del órgano jurisdiccional, y es en dicho asesoramiento y puesta en conocimiento de los derechos que la asisten donde debe evaluarse la autonomía de la voluntad, es decir, que ésta sea libre y sin vicios.

En muchos casos donde media un contexto de violencia en razón del género se tiende a anular la voluntad de la víctima, pues se considera que está inmersa en el círculo de la violencia, con lo cual no quiero decir que ello no exista ni se dé en algunos casos, sino que no en toda la víctima pierde autonomía para decidir sujetarse o no a un proceso penal. Ello se da por diferentes causas, mientras que en algunos casos les basta con ser escuchadas al momento de la denuncia pues nunca nadie las escuchó y este mecanismo opera como reparación, en otros implicará procesos de revictimización que frente a ellos no quiera seguir soportando; o bien porque con el paso del tiempo simplemente no le interese continuar con el proceso, entre otras diversas situaciones. En estos casos, donde la víctima decide libre y voluntariamente aplicar una salida alternativa mediante la reparación integral del daño, el estado no puede impedir dicha posibilidad, de lo contrario vulneraría sus derechos dentro del proceso

y, es aquí donde es importante la argumentación jurídica con perspectiva de género³.

Cuando la voluntad de la víctima de violencia de género no se encuentra condicionada, no existe prohibición legal alguna para obturar la aplicación de la reparación integral del daño, sin embargo, en ésta y en cualquier situación el estado nunca debe presumir la afectación de la voluntad, por el contrario, es el estado quien debe probar fundadamente que existe falta y/o vicio en la voluntad de la víctima y ello debe ser probado en base al principio de la debida diligencia reforzada, lo que se encuentra en cabeza no sólo del ministerio público fiscal sino también del órgano jurisdiccional. La omisión de ello podría acarrear responsabilidad internacional del estado argentino. En consecuencia, cuando se decida no contemplar la voluntad de la víctima y, por ende, no aplicar la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal, se deberá explicitar de forma muy rigurosa las razones por las cuales, considerada la opinión de la víctima, el órgano jurisdiccional decide una solución que se aparta de ésta, porque en definitiva lo que debe justificar es la ausencia de autonomía de la voluntad y no su existencia toda vez que ésta es inherente a la dignidad humana (Llambí, 2023: 108).

Es así que la voluntad de las víctimas debe prevalecer en el acuerdo de reparación integral del daño y por ende, la solución jurídica que debe primar es la extinción de la acción penal y el sobreseimiento total y definitivo de la persona imputada conforme la normativa vigente⁴.

V. Obstáculos judiciales a la reparación integral del daño

Habiendo echado un poco de luz sobre la procedencia de la reparación integral del daño y los derechos de las víctimas, cabe agregar que ésta tiene como causa directa la extinción de la acción penal, ergo, el sobreseimiento de la persona imputada; sin embargo se suscitan algunos problemas en la práctica que se relacionan con

³ María Rita Custet Llambí, *perspectiva de género en la argumentación jurídica* (Editores del Sur, 2023)

⁴ Código penal, art. 59 inc. 6; código procesal penal, arts. 6, 12 y ss., y 77 y ss.; código civil y comercial de la nación, art. 1.737 y ss.

exigencias legales, las cuales considero violatorias del debido proceso legal, el derecho de defensa, el acceso a la justicia y a ser oída de la víctima y de la persona imputada.

Así surgen exigencias en cuanto a la calidad del delito, la pena en expectativa, si el delito es de acción pública o privada, si existe o no consentimiento fiscal, si la persona imputada se encuentra prófuga o privada de su libertad, si media contexto de violencia de género. En fin, los obstáculos pueden ser diversos, ya hemos visto que en algunas jurisdicciones y en base a determinados criterios judiciales siquiera se considera operativa la causal extintiva de la acción penal. Recordemos que en la provincia de buenos aires la reparación integral del daño no se encuentra regulada normativamente, por lo que la manda de fondo no encuentra correlación para su aplicación en la práctica, debiendo constituir entonces su aplicación mediante la jurisprudencia, lo que sin dudas conlleva a soluciones dispares que ponen en jaque la seguridad jurídica.

En este sentido cabe manifestar que «[e]n tanto la promoción de una investigación por la cual el estado ejercita la acción penal no tiene una finalidad moral subyacente, es de toda lógica que aquellas causales que obstan su ejercicio, en los términos del art. 59 del CP, a su vez sean contempladas como una objetiva causal de sobreseimiento, que no exige mayor certeza que la pertinencia del presupuesto extintivo incoado» (Nicolás Schiavo, 2020: 201).

Sin ánimo de agotar todos los obstáculos que pudieran existir, sino por el contrario, que funcione como disparador para pensar y replantear argumentos en pos de materializar la reparación integral del daño, abordaré algunos de ellos a raíz de los obstáculos que surgieron en casos de la jurisdicción del departamento judicial de la plata. Con dicho norte en algunos casos se ha requerido el consentimiento fiscal como requisito indispensable de procedencia cuando el delito es de acción pública, que la persona imputada no se encuentre en estado de profuguéz, las características del hecho imputado y el monto reparatorio, entre otros, como por ejemplo en la investigación penal preparatoria No. 06-00-27095-24/01, de trámite ante el juzgado de garantías No. 6 de La Plata y la causa CP-40150-4, sala IV de la cámara de apelación y garantías del mismo departamento judicial.

Así, cabe decir que en lo que respecta al consentimiento fiscal entiendo que no resulta ser una exigencia del legislador, obturando así no sólo el acceso a la justicia por parte de las víctimas sino el debido proceso legal y el derecho de defensa por la arbitraria valoración de la causal extintiva, lo que deriva en que no se realice una aplicación lógica del derecho vigente.

Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho que no se requiere el consentimiento del ministerio público fiscal, pues lo que debe primar es la voluntad de las partes y la aplicación objetiva de la causal extintiva, ello por cuanto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal la instrumentación de la reparación integral del daño, por lo que mal pueden para su procedencia exigir requisitos no contemplados por el legislador en la normativa de fondo, toda vez que ello no sólo genera disparidad en su implementación y pierde virtualidad, sino que además vulnera el debido proceso legal toda vez que obtura una causal de sobreseimiento que deviene objetiva y que sólo basta para su procedencia la acreditación de la reparación integral del daño.

Así se ha expresado que «no obstante la oposición del fiscal, haré lugar al sobreseimiento propiciado en los términos establecidos por el inciso primero del artículo 323 del cuerpo legal citado [...] Al considerar que la acción penal por el acuerdo de las partes, debe declararse extinguida [...] La denominada ley de víctimas (15232) tuvo como finalidad entre otras permitir que aquellas personas que habían sido ofendidas por un delito sean escuchadas por quienes debemos tomar decisiones en el proceso. Esto es garantizar entre otros el derecho de aquellas a ser oídas, derecho que implica que en aquellos casos que éstas opten por hacer uso del mismo, las decisiones que se adopten consideren sus dichos, aunque no sean vinculantes, pero como sucede en el caso permiten advertir cual resulta su verdadero interés en el proceso, aunque este pueda colisionar con el ministerio público. Por su parte dentro del denominado derecho que tienen estas de acceso a la justicia, se encuentra el de acceder a soluciones alternativas al juicio en sí, que atiendan en la medida de lo posible la reparación del daño sufrido, pero que necesariamente no se relacionen con la imposición de una pena en sí» -el resultado es propio- (juzgado de garantías No. 8 de la plata, 2023: 5-6).

Véase que de allí también surge, como previamente mencioné, la forma acertada de materializar y garantizar el acceso a la justicia y a ser oída de la víctima, sobre todo cuando a través de la ampliación de sus derechos el Estado ya no es titular del conflicto, sino que la expropiación de la voluntad de la víctima que antiguamente -aunque no tanto- estaba vigente, hoy ya no lo está.

En el mismo precedente citado, y a los fines de materializar la aplicación de alternativas al *ius puniendi* del Estado y hacer posible la *ultima ratio* del derecho penal, el magistrado ha referido que «lo cierto es que en el caso debe primar el enfoque restaurativo, que entre otros objetivos tiene el de restaurar la paz social que pudiera haberse visto afectada a partir de la comisión del delito y atender al verdadero interés de la víctima y la reparación del daño sufrido por parte del ofensor [...] permite una participación activa de la víctima, ofensor y la comunidad y sobre todo que el ofensor repare el daño en lugar de recibir un castigo, facilitando el proceso de construcción de comunidades más pacíficas y evitando el incremento de litigiosidad y judicialización de los conflictos, asegurando con ello el cumplimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso» -el resaltado me pertenece- (juzgado de garantías nº8 de La Plata, 2023: 6-7).

El fallo previamente citado fue apelado por el señor agente fiscal con intervención de la sala IV de la cámara de apelación y garantías de La Plata (causa CP 40.229), quien confirmó la resolución de la instancia y expresaron que «los principios que rigen en la aplicación del derecho penal relativos -en lo medular- a la mínima intervención y «ultima ratio», dan sustento suficiente a la solución adoptada y en atención a que en función de todo ello- cabe dar primacía al mecanismo de reparación y validar su implementación, morigerando de este modo de manera asaz razonable la activación de la espada penal cuando el propio presunto damnificado se ha desinteresado de esa consecuencia con pleno discernimiento, intención y libertad y merced a los mecanismos reparatorios establecidos en una suerte de reasunción y realce del protagonismo de la víctima con atenta escucha de sus pretensiones que no puede menospreciarse so capa de un punitivismo a todo trance, desajustado respecto a las particularidades que presenta el caso (arts. 18, 28 de la C.N., 106 y ccs. del C.P.P)» (cámara de apelación y garantías de la plata, 2023: 2-3).

Con ello puede observarse que cuando se considera un obstáculo insalvable la falta de anuencia fiscal, lo cierto es que en pos de no vulnerar el principio de igualdad, debe primar la aceptación de la reparación integral del daño cuando la víctima brinde su consentimiento a la causal extintiva, pues de lo contrario no sólo se viola el principio mencionado sino que comenzamos a introducirnos en el terreno de la inseguridad jurídica, pues dependerá de qué órgano jurisdiccional nos toque en cada caso para saber qué solución se adoptará.

En la misma sintonía, el tribunal de casación penal bonaerense ha expresado que «[e]n el precedente de sala tercera C.121.033 (rta. 18/05/2023) adhérí al voto que en lo pertinente expresaba «En este punto, debo observar también que si las víctimas deben ser escuchadas, si deben tener garantizado el acceso a la justicia, y conforme la evolución legislativa y jurisprudencial reciente pueden incluso impulsar la acción y sustituir al fiscal en el caso de que éste desista de acusar, es decir, si se les asigna un rol preponderante a la hora de impulsar la acción, peticionar la imposición de pena o revocar un pronunciamiento absolutorio en contra de lo manifestado por el titular de la acción pública, entonces, por una cuestión de estricta justicia (y de lógica intrínseca del discurso), también deberían tener la misma autoridad cuando, a contrario se pronuncian en sentido inverso, peticionando el sobreseimiento en razón de haber sido resarcidas y no tener interés en la persecución penal» [...] [m]enos aún, si la norma en trato prevé, en seis de sus siete incisos, causales extintivas que no dependen de la voluntad fiscal (por ejemplo, la muerte del acusado, la amnistía, la prescripción), y sólo el inciso 5º alude a la aplicación de un criterio de oportunidad, que al encontrarse expresamente legislado en un inciso independiente, no puede ser extendido a la totalidad de los demás supuestos del artículo (de hecho, los criterios para aplicar un principio de oportunidad nada tienen que ver con una causal extintiva de la acción)⁵» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023, p. 4) -los resaltados son propios-.

⁵ Cám. Penal n.º 2 de Catamarca, Sala unipersonal, sentencia n.º 54/23, «C., J. D.» (29 de agosto de 2023, sentencia firme); precedentes concordantes de la misma Sala: sentencias n.º 25/21, 24/22, 54/23, 60/23 y 17/24, entre otras; «Esquivel, Guillermo Eduardo – Hurto y Extorsión en Concurso Real – Homologación de acuerdo conciliatorio – Sobreseimiento», Expte. n.º 5.342, Sala n.º 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Por otro lado, cuando la exigencia para no admitir la reparación integral del daño se centra en el tipo de delito, es decir, en que éste sea de instancia pública y no privada, ergo, dependa del impulso estatal para la persecución penal, también considero que deviene en una exigencia extralegal por cuanto el legislador no ha establecido distinción en cuanto a los delitos, por lo que mal puede limitarse su aplicación, recordemos que todo aquello que no está prohibido, está permitido (tribunal de casación penal bonaerense, 2023, p. 4).

La misma situación se origina con la referencia al estado de profuguez de la persona imputada toda vez que la normativa vigente no establece valladar alguno en relación a la situación procesal de la persona imputada y su temperamento frente al proceso hasta dicho momento, por lo que de ingresar a dicha exigencia nuevamente se efectúa intromisión en facultades legislativas que devienen en exceso del ámbito de competencia de lxs Magistradxs, con exigencias de requisitos legales de forma arbitraria y discrecional.

Pero, además, porque dicho estado de profuguez frente a la reparación integral del daño denota la voluntad de la persona sometida al proceso de reparar las afectaciones causadas en el marco del proceso, poniéndose a disposición de las víctimas. Ante dicha situación no puede fundamentarse que la persona no se encuentra a derecho, pues entiendo que asumir la responsabilidad de reparar el daño causado, lejos de obturar el proceso, busca garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas mediante la justicia restaurativa y, la consecuente reparación integral del daño; por lo que no deviene en un obstáculo a la causal extintiva requerida, pues tampoco ha sido considerado por el legislador ni deviene arbitrario e irrazonable el accionar comprensivo de la persona imputada en relación a las víctimas.

El razonamiento esbozado sin dudas considero que puede ser extensible a otros obstáculos que quisieran imponerse, pues, en definitiva, el fondo de la cuestión se circunscribe a que el legislador no ha impuesto restricciones y por ende debe primar lo más beneficioso a la persona imputada, lo que además implica poder materializar, como he dicho, el principio de *ultima ratio* y mínima intervención del derecho penal.

Señala Nicolás Schiavo que «[e]n tanto la promoción de una investigación por la cual el Estado ejercita la acción penal no tiene una finalidad moral subyacente, es de toda lógica que aquellas causales que obstan su ejercicio, en los términos del art. 59 del CP, a su vez sean contempladas como una objetiva causal de sobreseimiento, que no exige mayor certeza que la pertinencia del presupuesto extintivo incoado», siendo que «el nuevo ordenamiento procesal ha contemplado el presente instituto atendiéndose a la único efecto y finalidad que le es propio, que no es otro que el de obstruir el ejercicio de la acción penal con efectos jurídicos equivalentes a los de una resolución definitiva desincriminante» (Nicolás Schiavo, 2020: 201-202).

Cuando dicha exigencia se impone, lo cierto es que se actúa en exceso de competencia toda vez que se ingresa a la órbita legislativa colocando un valladar no legislado para la procedencia de la reparación integral del daño y que, habiendo sido concedido en ocasiones sin dicha exigencia, cuando la misma sea requerida vulneraría además el principio de igualdad ante la ley.

No cabe dudas, a mi entender, que si pretendemos que la sociedad sea menos conflictiva necesariamente debemos propiciar alternativas al modelo punitivo del derecho penal implementado de forma sistemática como única respuesta al conflicto social, lo que conlleva a evaluar y aplicar salidas alternativas desde la justicia restaurativa con una escucha activa a las partes del proceso, principalmente a las víctimas, quienes a lo largo de los últimos años y con las últimas reformas legislativas han adquirido en el proceso penal un significativo aumento de derechos que hacen a su autonomía y, sobre todo, les devuelve la confiscación del conflicto que se colocó siempre en manos y poder del Estado.

Es así que siguiendo a Alberto Binder se trata de materializar el proceso composicional, el cual gira alrededor de la idea de acuerdo y reparación y no de la imposición de la pena. Dice el autor que «[e]l carácter social del conflicto, el concepto realista de víctima y la preocupación constante para que no desaparezcan del caso los protagonistas de carne y hueso, nos llevan siempre a la consideración del tratamiento frente al conflicto como el eje central de la respuesta penal» -el resaltado es propio- (Alberto M. Binder, 2018: 353-354).

La confluencia de las reglas de la responsabilidad civil y las nuevas reglas de la justicia penal muestran que el sistema de gestión de conflictos sociales se está orientado hacia una diversificación de respuestas, hacia una flexibilización y a un aumento de lo preventivo, que por ello mismo debe abandonar lo violento en sentido estricto, señala el autor precitado en dicha obra.

Siguiendo dicha lógica, coincido plenamente con Binder cuando, en la misma obra, señala que «[o]ponerse a esta necesidad social y a esta evolución de las instituciones de gestión de conflictos, suele esconder una visión esencialista del poder penal, que lo considera como el único instrumento capaz de garantizar el «orden social» [...] Dotar de las herramientas adecuadas de punición [...] al sistema de reparación civil, así como preparar a toda la justicia penal para una función más útil respecto del conjunto de toda la sociedad, es un paso adelante en la reducción del poder penal, pero llevada delante de un modo concreto, práctico y menos declamativo [...] Nada de lo dicho se encuentra impedido porque existen normas sobre reparación en el Código Penal, que también acoge el principio de reparación» -el resaltado me pertenece- (Alberto M. Binder, 2018: 358).

Por ende, si el propio Código de Fondo no establece requisito alguno ni causa obstructiva en relación al delito, anuencia fiscal, monto reparatorio determinado y estado del proceso, entre otros, no pueden desde la jurisdicción alegar tales impedimentos como valladeras irreversibles, pues la normativa vigente no lo prevé, lo que conlleva a una gravedad institucional desmedida por la inseguridad jurídica que causa.

Ha dicho el tribunal de casación que «en una provincia plagada de conflictividad, las herramientas que tanto se han dispuesto desde hace ya varios años a partir del ordenamiento procesal y que ahora unifica y refuerza en su legitimación la legislación nacional, sumado al reaseguro del acceso a la justicia que le compete a las víctimas y al cumplimiento de uno de los objetivos de reparación, no pueden ser desatendidos con posiciones que desconozcan o no se hagan cargo de la finalidad de estos institutos, menos a[ú]n cuando se adicionan exigencias por fuera de los presupuestos de ley» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023: 6-7).

En relación al consentimiento de la víctima en la reparación integral del daño, cabe aclarar que teórica y conceptualmente no es una exigencia para la procedencia del instituto en trato, como sí lo es en la conciliación, pues en la reparación integral sólo es suficiente con reparar el daño causado objetivamente, lo que debe incluir no sólo la reparación material, sino también moral, etc., conforme la normativa civil. Incluso véase que la reparación integral del daño procede también como causa de extinción de la acción penal en aquellos delitos donde no hay una víctima tangible, como ocurre en los delitos relacionados a la ley de estupefacientes, por ejemplo. Ello ocurre por cuanto la reparación del daño, como dije, es objetiva por ende satisfecha dicha exigencia debe operar la extinción de la acción penal⁶.

VI. Conclusión

Sin ánimo de dar por acabada la temática, pues hay varias aristas que se pueden profundizar, sirviendo el presente como mero disparador para replantear la respuesta judicial frente al conflicto en el sistema de justicia penal, entiendo que las exigencias extralegales que se consideran en algunos casos y, podrían considerarse en otros, al exceder el ámbito de la jurisdicción no sólo entran en conflicto con los derechos y garantías desarrollados a lo largo del presente, sino que tornan abstractas las respuestas alternativas.

Respuestas que se consideran alternativas por cuanto así se han establecido normativamente pero que, conceptualmente, si nos guiamos por el principio de *ultima ratio* y de mínima intervención del derecho penal, lo cierto es que deberían operar como principales y no como alternativas; en consecuencia, deberían ser las primeras opciones a evaluar para garantizar no sólo respuestas que satisfagan a las partes involucradas, sino que permitan evaluar una mejor y adecuada respuesta estatal al conflicto, toda vez que la idea planteada por Alberto Binder del proceso composicional, gira en torno a la idea de acuerdo y reparación y no de la imposición de una pena.

⁶ Cám. Penal n.º 2 de Catamarca, Sent. n.º 17/24, «H., C. F.» (14 de junio de 2024, jurisdicción unipersonal); Causa n.º CFP 4723/2021/10, en autos CFP 4723/2021, «Fernández, Alberto y otros s/ violación de medidas – propagación de epidemia (art. 205 C.P.)», Juzg. Fed. Crim. y Corr. n.º 2 de San Isidro, Sec. n.º 4; Causa n.º FCR 6210/2022, Juzg. Fed. de 1.^a Instancia de Río Grande, Sec. Penal n.º 1 (Tierra del Fuego, A.I.A.S.); Causa n.º FGR 2227/2022, «Díaz, Bianca Rosa s/ infracción Ley 23.737», Juzg. Fed. de 1.^a Instancia de General Roca, entre otros.

Es así que la extinción de la acción penal mediante la reparación integral del daño debe proceder, ya que frente a la razonabilidad de la alternativa propuesta no pueden discrecionalmente obturar la implementación por vía jurisprudencial cuando en el sistema normativo el legislador no lo prevé, motivo por el cual insisto en el reclamo e implementación en la práctica litigante y jurisdiccional a los fines de aportar soluciones que contemplen la voluntad de las partes como únicas portadoras del conflicto, de lo contrario no haremos más que contribuir a un sistema de administración de justicia que pareciera contemplar intereses diferentes a los de las partes que devienen ocultos y peligrosos ya que no garantizan el acceso a una justicia irrestricta.

Como he mencionado al inicio, espero que los disparadores del presente sirvan no sólo para descongestionar el sistema de administración de justicia, sino para hacerlo más justo, empático y conciliador de los intereses de las partes.

VII. Bibliografía

- Binder, A. M. (2018). *Derecho procesal penal* (Tomo IV). Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. (2019). *Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación respecto de la operatividad de la conciliación y la reparación integral*.
- Custet Llambí, M. R. (2023). *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Schiavo, N. (2020). *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Si querés, puedo ordenarlas alfabéticamente (como recomienda APA), o dejarlas en el orden de aparición según tu trabajo.