



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**EL ROL DE LA VICTIMA EN EL PROCESO
PENAL Y EN EL FIN PREVENTIVO DE LA PENA
*CON ESPECIAL REFERENCIA AL CODIGO PROCESAL PENAL DE
MENDOZA***

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Abog. María Belén Renna
Director: Mgter. Juan Pablo Chales

Mendoza, marzo de 2021

INDICE

PORTADA.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
INDICE.....	1
INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I: LA VICTIMA, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA	8
I.1. LA VICTIMA: NOCIONES CONCEPTUALES	8
<i>I.1.2. La Noción de Víctima en el contexto internacional.....</i>	<i>9</i>
<i>I.1.3. El concepto de víctima en el Código Procesal Penal de Mendoza.....</i>	<i>12</i>
I.2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.....	13
<i>I.2.1. La víctima como protagonista en la persecución de delitos.....</i>	<i>13</i>
<i>I.2.2. La Neutralización de la víctima.....</i>	<i>14</i>
<i>I.2.3. La reparación de la víctima.....</i>	<i>16</i>
I.3. DEVENIR HISTÓRICO DE LA VÍCTIMA Y LOS MODERNOS ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS.....	18
<i>I.3.1. Posición de la víctima en la criminología del control.....</i>	<i>18</i>
<i>I.3.2. Posición de la víctima en la criminología crítica y poscrítica.....</i>	<i>19</i>
I.4. DEVENIR HISTÓRICO DE LA VÍCTIMA Y LAS TEORÍAS DE LA PENA.....	22
I.5. ESTADO ACTUAL DE SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA Y REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE MENDOZA.....	24
<i>I.5.1. Evolución Jurisprudencial.....</i>	<i>27</i>
<i>I.5.2. El Querellante exclusivo.....</i>	<i>29</i>
<i>I.5.3. Los Derechos de la víctima.....</i>	<i>29</i>
<i>I.5.4. Conclusión.....</i>	<i>32</i>
CAPITULO II: LA VICTIMA Y SU ROL ACTUAL DENTRO DEL PROCESO PENAL. NUEVOS DERECHOS Y FACULTADES.....	33
II.1. CONSTITUCION DE QUERELLANTE. TRAMITE EN EL CPPMZA	33
<i>II.1.1. Proceso Penal seguido contra jóvenes en infracción a la ley penal.....</i>	<i>35</i>
<i>II.1.2. Oportunidad y trámite.....</i>	<i>38</i>

II.1.3. <i>Recurso de Apelación</i>	40
II.2. LA PARTICIPACION DEL QUERELLANTE PARTICULAR EN LAS MEDIDAS DE COERCION	42
II.3. ACUSACIÓN PRIVADA Y FACULTADES RECURSIVAS DEL QUERELLANTE PARTICULAR.	45
CAPITULO III: LA VICTIMA EN RELACION AL EJERCICIO Y DISPONIBILIDAD DE LA ACCION PENAL.....	52
III.1. LA PARTICIPACIÓN DE LA VICTIMA EN LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PREVISTOS EN EL CPPMZA.	53
III.1.1. <i>LA SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA</i>	54
III.1.2. <i>EL JUICIO ABREVIADO</i>	62
III.1.3. <i>LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO</i>	54
III.2. LA REPARACIÓN INTEGRAL.	63
III.2.1. <i>EL EFECTO EXTINTIVO DE LA REPARACIÓN</i>	65
III.3. LA PERSPECTIVA RESTAURATIVA DE LA JUSTICIA PENAL	66
III.3.1. <i>JUSTICIA RETRIBUTIVA VS. JUSTICIA RESTAURATIVA</i>	66
III.3.2. <i>PRINCIPIOS QUE RIGEN LA JUSTICIA RESTAURATIVA</i>	68
III.3.3. <i>HERRAMIENTAS QUE GUÍAN LA IMPLEMENTACION DE LA REPARACION EN EL PROCESO PENAL</i>	75
III.3.4. <i>CRITICAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA</i>	76
III.3.5. <i>VENTAJAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA</i>	77
CAPITULO IV: LA VÍCTIMA Y UNA REDEFINICION DEL FIN PREVENTIVO DE LA PENA.	80
IV.1. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA DEL DERECHO PENAL.....	80
IV.2. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA REPARACION INTEGRAL SEGÚN LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.....	81
IV.3 LA REPARACIÓN INTEGRAL A LA VÍCTIMA Y SU REPERCUSIÓN EN LA DIMENSION COMUNICATIVA DE LA PENA.....	84

<i>IV.3.1. JURISPRUDENCIA</i>	88
<i>IV.3.2. EFECTOS DE LA REPARACION SEGÚN LAS TEORIAS EXPRESIVAS DE LA PENA</i>	90
CONCLUSION	96
BIBLIOGRAFIA	101
INDICE	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

INTRODUCCION

El ofendido por el delito, reclama cada vez mayor participación en el proceso penal.

Los tratados internacionales reconocen a la víctima derechos a ser respetados por los Estados partes -al igual que sucede con el imputado- principalmente el de la tutela judicial y acceso a la justicia.

Nos preguntamos entonces, si la búsqueda de verdad y justicia que demanda la sociedad, se satisface a través del reconocimiento de facultades específicas del damnificado dentro del proceso penal, como son la aplicación de los principios de oportunidad, o respecto de las medidas de coerción. Y al mismo tiempo, de qué modo, tal injerencia, puede afectar las garantías procesales del sujeto sometido a proceso.

De igual modo, nos proponemos indagar en qué forma las medidas alternativas de solución de conflicto entre el imputado y la víctima, como la conciliación o la reparación integral, como modos de conclusión del proceso penal, cumplen la misma finalidad que la pena, en tanto, restauración de las expectativas normativas de la comunidad.

Con este propósito, describiremos en el primer capítulo, el devenir histórico que ha tenido el papel del ofendido en la persecución del delito, y cómo ha evolucionado el concepto víctima junto al reconocimiento de sus derechos, en el ámbito del Sistema Internacional de Derechos Humanos, plasmando normativamente este fenómeno que ha redefinido su nuevo rol en el proceso penal.

Esta reseña histórica, pretende abarcar tanto la visión de la criminología, como de las escuelas relativas a la finalidad de la pena. En ambos casos, la metodología consistirá en plasmar los fundamentos que, desde la doctrina, ha tomado cada teoría para explicar la injerencia del ofendido en el conflicto penal y frente al Estado, como institución que canaliza y pretende darle solución al mismo en el conjunto social.

Finalmente, y como modo de dejar presentado el estado actual de la víctima, se tomará como muestra el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, y en forma introductoria, como es receptada esta figura.

En el siguiente capítulo, se ampliará el campo de abordaje del digesto procesal mendocino, a las facultades y atribuciones que la víctima -ya constituida en sujeto del proceso a través de la figura del querellante particular- para desentrañar su rol desde una perspectiva normativa, contemplando la variación que la jurisprudencia la ha dado al mismo en las distintas

etapas del proceso y en comparación a algunas regulaciones y lineamientos puntuales de la legislación nacional.

En otro orden de ideas, el interrogante que surge en esta orientación del proceso penal hacia la víctima individual y su posibilidad de influir en el devenir del mismo, en relación al rol del Ministerio Público como órgano acusador y en qué medida deben compatibilizarse los fines del estado penal de reestablecer la paz social que pretende la comunidad (o la víctima potencial, como suele denominarse). Aquí analizaremos tanto los mecanismos alternativos aplicables en el curso del proceso penal, como -ya en el último capítulo- la posibilidad de evitar la imposición de una sanción penal, cuando pueda ser sustituida por una solución menos perjudicial para el imputado y más legitimante para el damnificado por el injusto penal.

En efecto, el surgimiento de la figura del Fiscal, implicó la confiscación de los conflictos en la sociedad, el delito pasa a ser una ofensa a la sociedad. La intervención de la víctima constituyó una característica típica de los modelos inquisitivos, con la figura del acusador particular.

En la actualidad, los diversos códigos procedimentales, han incorporado la figura del querellante, pero no, bajo ese modelo inquisitivo.

En la medida en que el espectro de derechos que tiene en el proceso se ha ido expandiendo de manera importante, la víctima ha ido ganando en importancia, siendo en algunos casos hasta titular de la acción penal. Como si esto fuese poco, la víctima incluso tiene facultades de dirección del proceso, aunque esto no se reconozca de forma explícita, toda vez que puede tomar decisiones importantes sobre los lineamientos que debe seguir el mismo, con lo que se aleja de su tradicional papel de denunciante y testigo.

En virtud de lo anterior, se hace del todo relevante dedicarse a un estudio preciso sobre el papel que la víctima desarrolla actualmente en el proceso penal, y a determinar si es adecuado que el mismo esté configurado de la forma en que hoy lo está.

Por otra parte, esta orientación a la víctima actual -ofendido por el delito- del moderno Derecho Penal y Procesal Penal, plantea diversos interrogantes en cuanto al papel que le cabe a la sociedad en su conjunto, como víctima abstracta o potencial. Concretamente, determinados tipos legales parecerían tener una mayor relevancia social que individual, como son los que protegen a la seguridad común como bien jurídico; o aquellos que en una determinada época generan mayor interés y demanda de justicia por parte de la sociedad. En estos casos, cabe preguntarse si una solución alternativa del proceso entre autor y víctima

individual, restaura la confianza en la vigencia de la norma en el conjunto social, o sólo la pena lograría dicha finalidad.

Y esta tendencia, en definitiva, podría poner en crisis los fundamentos del proceso penal, al igual que los fines preventivos-generales de la pena. No obstante, una visión de la justicia penal restaurativa también puede constituir un mecanismo que redefine y reafirme la dimensión comunicativa que posee la sanción penal. El Estado así podría integrar estas soluciones, canalizarlas institucionalmente para establecer un legítimo sistema selectivo de imposición de pena. Que responda a su objetivo de solucionar conflictos entre autor y víctima, incluyéndola en dicho proceso, pero a la vez esté dirigido a la comunidad y su confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la discusión actual está planteada en torno a la paradoja que trae el reforzamiento de los derechos procesales del ofendido y la reparación del autor frente a la víctima, como alternativas al poder sancionatorio del Derecho Penal y la redefinición del fin preventivo-general de la pena.

CAPITULO I: LA VICTIMA, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

I.1. LA VICTIMA: NOCIONES CONCEPTUALES

A lo largo de la historia, en el seno de las comunidades humanas, por su calidad de gregarias, acontecieron un sin número de conflictos intersubjetivos de toda índole, entre los que podemos encontrar a los delitos, entendidos éstos como comportamientos que, de modo grave, lesionan o ponen en peligro relaciones entre sujetos y de esa manera, afectan zonas de libertad ajena. Los delitos como hechos que irrumpen en el tejido social, tienen como protagonistas a dos sujetos: el autor y la víctima.

En términos generales, víctima es la persona que sufre física, psíquica y socialmente por el delito causado en su perjuicio. Padece un daño y por lo general es sujeto pasivo del delito.

En la actualidad, las tendencias criminológicas abarcan en el concepto de víctima, no sólo al sujeto pasivo del delito, sino a toda persona, natural o jurídica que resulte afectada por los efectos dañosos de una infracción criminal.

El término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que padece en su esfera estrictamente patrimonial o moral las consecuencias del ilícito cometido. Evidentemente, pueden coincidir ofendido y perjudicado en una misma persona, aunque los textos positivos reservan la figura de los perjudicados a quienes no sufren el delito en su esfera física.

Por lo tanto, la identificación de quiénes sean víctimas hay que efectuarla con un criterio amplio, pues no sólo son víctimas los que sufren directamente la acción delictiva, sino también aquellos que, sin sufrir directamente del hecho ilícito, se ven afectados por sus consecuencias.

En definitiva, la citada noción comprende toda persona que haya sufrido un daño físico, psíquico, económico y social por la comisión del ilícito penal, aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito.

Ejemplos de casos en que el ofendido no coincide con el perjudicado son el del homicidio, en el que el ofendido es quien pierde la vida, como titular de tal bien jurídico,

pudiendo considerarse como perjudicados aquellos familiares que vivían de su trabajo o que resultan lesionados en sus afectos.

De todo lo expresado podemos concluir que, dado que el concepto de víctima parece abarcar tanto el de ofendido como el de perjudicado, la utilización de estos dos últimos términos otorga una mayor precisión conceptual, pues permite hacer distinciones que el uso del concepto de víctima *per se* no permite.

1.1.1. La Noción de Víctima en el contexto internacional.

Como punto de partida, tomamos la definición plasmada en la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), el 29 de noviembre de 1985, sobre “Los Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, emitida tras el VII Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 agosto al 6 de septiembre de 1985: *“Es víctima toda persona que de forma individual o colectiva, haya sufrido daños, lesiones físicas o morales, cualquier tipo de sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de cualquier derecho fundamental como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”*.¹

Se trata de una definición bastante amplia, que no se remite simplemente a las personas individualmente consideradas, sino que abarca también a aquellas que de forma colectiva sufren daños o lesiones. Esta amplitud se refiere también al tipo de perjuicios que incluye. En efecto, considera el sufrimiento emocional, los daños, las lesiones físicas o morales, la pérdida financiera y el menoscabo de cualquier derecho fundamental.

La Corte Penal Internacional (CPI) trajo consigo la inclusión de un innovador sistema de justicia que reconoce la importancia de las víctimas en la lucha contra la impunidad y les otorga un papel autónomo. Este reconocimiento se encuentra plasmado en el propio Estatuto de Roma, al incorporar el concepto de víctima. Así, en las Reglas de Procedimiento y Prueba² -Regla 85- incluye a “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”; como también, a

¹ Consultado en <http://www.un.org/es/comun/docs/> el 6 de marzo de 2020.

² El texto de estas Reglas de Procedimiento y Prueba se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer periodo de sesiones, Nueva York, del 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.A. Consultado en www.icc-cpi.int, el 6 de marzo de 2020.

“las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.”

La inclusión de un concepto, al igual que la enunciación expresa de los derechos de las víctimas en el Estatuto constituyó un tema novedoso para la justicia penal internacional; ya que los tribunales penales que precedieron la CPI —el tribunal militar de Núremberg, de Tokio, o los tribunales ad hoc para la Antigua Yugoslavia o Ruanda— no contaron en sus Estatutos, práctica o jurisprudencia, referencias sobre la inclusión de los derechos de las víctimas, tal y como se encuentran reflejados en el Estatuto de Roma. En estos tribunales no consideraron a las víctimas como una parte legítima e independiente en los procedimientos por lo que no se les otorgó un espacio propio y su participación se limitó a brindar testimonios en calidad de testigos.³

El Estatuto de Roma, es el resultado de la balanza entre los diferentes sistemas jurídicos existentes, que establece un sistema mixto en sus procedimientos en los cuales podemos encontrar tanto algunos aspectos derivados del sistema civil como otros derivados del sistema anglosajón. Esta mezcla trajo consigo la inclusión de un innovador sistema de justicia que reconoce la importancia de las víctimas en la lucha contra la impunidad y les otorga un papel autónomo. Este reconocimiento se encuentra plasmado en el propio Preámbulo del Estatuto: “[...] en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”.⁴

Por otra parte, la noción de víctima en el ámbito del derecho internacional refiere a la parte lesionada. De conformidad con reglas generales de la Responsabilidad Internacional de los Estados, la parte lesionada es aquella “cuyo derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto”⁵ En el área de la protección internacional de derechos humanos, la parte lesionada es el individuo cuyos derechos han sido violados, es decir la parte cuyos derechos

³ VEGA GONZALEZ, Ana, “El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte”, SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 5, Año 3, 2006. www.sur.conectas.org.

⁴ Consultado en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), el 10 de octubre de 2020.

⁵ FERIA TINTA, Mónica, “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”, consultado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>, el 18 de enero de 2021.

han sido conculcados generándosele un daño. A menudo también se le refiere como “parte agraviada” (VEGA GONZALEZ, 2006).

El actual Reglamento de la Corte define el término víctima de la siguiente manera: “significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo a la sentencia proferida por la Corte”⁶. Es decir, víctima es aquella cuyos derechos ya han sido determinados por la Corte habiendo establecido violaciones en su detrimento.

Durante el proceso de determinación de si hubo o no dicha violación, la parte que alega haber sido lesionada es referida a lo largo del proceso con el nombre de presunta víctima⁷. No obstante, cabe precisar que la sentencia de la Corte que encuentra violaciones en detrimento de alguien, no tiene un valor constitutivo sobre la condición de víctima, sino que sólo reconoce dicha condición.

De una aproximación más restrictiva de la noción de víctima en su jurisprudencia inicial, el sistema interamericano ha desarrollado importantes avances en el reconocimiento de la verdadera dimensión del alcance del daño generado en violaciones de derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte ha expandido el reconocimiento de la condición de víctima a personas que en su jurisprudencia inicial no eran consideradas como tales.

Por ejemplo, en el caso Villagrán Morales y Otros⁸ la Corte reconoció la condición de víctimas en base a derecho propio, de los familiares de los menores asesinados. La Corte reconoció en ese sentido que los familiares de dichos menores torturados y asesinados también habían sufrido en sí mismas violaciones del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

El mismo principio ha sido aplicado en el caso de las Hermanas Serrano Cruz⁹ y antes de él, en el caso Molina Theissen¹⁰ (ambos relativos a desapariciones forzadas de menores).

Además, en un contexto no referido a desapariciones forzadas de personas, la ampliación de la noción de víctimas enunciada en el caso Villagrán Morales fue también aplicado en el caso Hermanos Gómez Paquiyauri¹¹ (concerniente a la tortura y ejecuciones extrajudiciales de dos menores), entendiendo que en algunos casos los familiares de las víctimas

⁶ Disposiciones Preliminares, Artículo 2. Definiciones, punto 31 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ *Ibid*, punto 30.

⁸ CIDH, Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los Niños de la Calle), Series C No. 63, Sentencia del 9 de noviembre de 1999.

⁹ CtIDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia del 1 de marzo de 2005.

¹⁰ CtIDH, Caso de Molina Theissen vs. Guatemala, Reparaciones, Sentencia del 3 de Julio de 2004.

¹¹ CtIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia del 8 de julio de 2004.

directas originales eran también victimizados en sus propios derechos, la Corte Interamericana señaló que los familiares directos de los dos menores asesinados habían sido víctimas a su vez de tratos crueles, degradantes e inhumanos bajo las circunstancias del caso.

Sobre el rol actual de la víctima en el sistema interamericano, Mónica Feria Tinta concluye: “...este salto cualitativo de la posición de la víctima dentro del sistema interamericano en procesos contenciosos ante la Corte se da en un momento en que el rostro de la víctima que accede hoy al sistema viene cambiando. Dos son las tendencias claras que se perfilan. De un lado tenemos que las víctimas provenientes de los sectores más marginados y excluidos de nuestro hemisferio se ven cada vez más representadas dentro del grueso de casos adjudicados por la Corte. De otro lado tenemos que los casos que llegan hoy ante la Corte abarcan cada vez más multiplicidad de víctimas: la Corte hoy sostiene exitosamente el reto de adjudicar no sólo casos que tienen que ver con los derechos conculcados de un individuo o dos, sino la vulneración de derechos humanos de poblaciones enteras de los sectores más excluidos de Latinoamérica.”

1.1.2. El concepto de víctima en el Código Procesal Penal de Mendoza.

Si bien el digesto procesal de la Provincia de Mendoza no aparece un concepto preciso y concreto, encontramos en el art. 108 -texto según ley 7994- una enunciación de ciertos derechos reconocidos expresamente a la víctima y a sus herederos forzosos en el proceso penal, al igual que a las “asociaciones, fundaciones y otros entes”.

También se incluyen en el art. 108 bis -según ley 8931- medidas a adoptar para protección de la víctima, cuando exista violencia contra la mujer, en consonancia con los compromisos internacionales adoptados por el estado argentino en la Convención Belem do Pará¹².

Po tanto, estas previsiones, deben ser interpretadas ampliamente y a los términos de la definición adoptada por la ONU, a los fines de garantizar el acceso a la justicia o la denominada tutela judicial de la víctima.

¹² <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

En sentido coincidente debe ser interpretado el art. 10, al referirse a quienes pueden ser querellantes en un proceso penal.

El artículo alude a: a) el ofendido penalmente por un delito, b) sus herederos forzosos, representantes o mandatarios. En el primer caso, se le reconoce legitimidad para constituirse en querellante particular, sólo al sujeto pasivo de la acción típica, dejando de lado al simple damnificado o al perjudicado por el delito que no resulte afectado en el bien jurídicamente tutelado por la norma. Por lo que la ley provincial, adopta un concepto más restrictivo que en el ámbito internacional, a la hora de permitir el ingreso al proceso como sujeto eventual.

En principio, quienes no reúnan las calidades exigidas por el art. 103 para constituirse como querellante particular, sólo podrán hacer uso de los derechos contenidos expresamente en la norma del art. 108 y 108 bis, sin ejercer facultades concretas y decisivas en el curso del procedimiento.

No obstante, la terminología más acotada que contiene el CPPMza al hablar de querellante, también debe ser integrada con la definición adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y por tanto, interpretada extensivamente a la hora de determinar la intervención del presunto querellante dentro del proceso penal, a los fines de no vulnerar las garantías del damnificado por un delito.

I.2. BREVE RESEÑA HISTORICA

I.2.1. La víctima como protagonista en la persecución de delitos.

La existencia de la víctima es tan antigua como lo es la propia humanidad. Ya la Biblia, -con independencia del valor religioso que le asignemos- con un innegable valor histórico, nos muestra a una de las primeras víctimas de homicidio, Abel, quien fuese asesinado por Caín. Se trata de una víctima sumisa, que asume su pesar sin sublevarse contra el victimario.

Podemos observar en esta etapa, a víctimas resolviendo sus conflictos directamente con el victimario, sin que el Estado tuviese participación alguna. Es el tiempo de predominio de la venganza privada; la víctima tomaba la justicia en sus propias manos, lo que daba cabida a venganzas y contra-venganzas que podían durar generaciones. Este fenómeno

pretendió ser contrarrestado de alguna forma con la ley del Tali3n, en la medida en que pretendi3 constituirse como un coto a las respuestas del ofendido frente al agresor, estableciendo ciertos criterios de proporcionalidad entre el da3o y la reparaci3n.

Posteriormente, en las primeras comunidades europeas fueron ganando terreno mecanismos como la autotutela entregada a la familia (*sippe*), y la composici3n, mediante la cual se reparaba el mal pagando una determinada suma al ofendido, a modo de reparaci3n. Ahora bien, s3lo en el evento en que la citada reparaci3n no se alcanzare se daba paso al derecho penal propiamente tal, de corte eminentemente acusatorio.

As3 las cosas, en el derecho germ3nico el conflicto era visualizado con un car3cter eminentemente privado, por lo que su resoluci3n quedaba entregada en gran medida al afectado o a su n3cleo familiar y, cuando se lograba la satisfacci3n del afectado, se entend3a concluida la controversia penal y agotada tanto la controversia penal como la pretensi3n punitiva de la v3ctima.

Diecisiete a3os antes de Cristo, el C3digo de Hammurabi sosten3a que, si un hombre hab3a cometido un robo y era atrapado, deb3a morir. Si no era atrapado, la v3ctima deb3a declarar lo que perdi3 y la ciudad deb3a reembolsarle lo que hubiera perdido. Si la v3ctima perdi3a su vida, la ciudad o el alcalde deb3a pagar dinero a sus parientes. A estas alturas, exist3a la tutela por parte del Estado de las acciones privadas de reparaci3n.

Fue en Roma donde comenz3 a aparecer un sistema mixto. El delito es un problema de los privados, y puede ser perseguido a trav3s de la interposici3n de la querrela correspondiente. Por otro lado, el crimen es perseguido por el Estado de oficio. Esta distinci3n es bastante similar a lo que hoy denominamos delitos de acci3n privada y de acci3n p3blica.

Con el tiempo, cada vez m3s delitos se fueron convirtiendo en cr3menes, hasta que se opt3 por el monopolio de la acci3n penal por parte del Estado, con lo que la v3ctima pas3 a un plano muy secundario.

1.2.2. La Neutralizaci3n de la v3ctima

En esta segunda etapa, la v3ctima comienza su retirada del escenario principal. En efecto, la preponderancia que va adquiriendo el sistema inquisitivo de persecuci3n penal en pa3ses de Europa, dio paso a la formaci3n del derecho continental entre los siglos XII y XIII, que b3sicamente, implic3 un retroceso en el rol de la v3ctima en el proceso.

Se reemplazó el sistema acusatorio presente hasta el siglo XII en los pueblos germánicos, y que había sido heredado de Grecia y Roma. Así las cosas, el delito pasó de ser una ofensa privada a un atentado al propio Dios que inspiraba las normas, por lo que pasó a ser visto como un pecado.

Entonces, el Estado pasó a tomar el control del proceso. Surge el concepto de persecución penal pública; el delito era una infracción al mandato de conducta ordenado por el soberano, de carácter general y abstracto, y no, una ofensa al individuo particular. El conflicto social toma importancia por sobre el particular.

¿En qué se justifica este cambio de paradigma? Tres tipos de razones pueden ser esgrimidas para dar respuesta a esta interrogante. En primer término, la fortificación del Estado que estaba surgiendo, necesitaba el monopolio de la fuerza física, para buscar una paz social. Segundo, la administración de justicia empezó a ser una importante fuente de recursos, por ejemplo, a través de las penas de multa. En tercer lugar, podemos mencionar, la cada vez más estructurada y prolija actividad de profesionales del conflicto, quienes comenzaron a entrar en escena a fin de actuar como intermediarios; dejando al margen a las partes, en su propia causa.

Es en este momento en que instituciones que resultaron determinantes en la futura persecución de los delitos, comienzan a aparecer. En primer lugar, comienza a tomar forma lo que en el futuro será el Ministerio Público. Además, aparece un fin del proceso poco relevante hasta entonces: la búsqueda de la verdad. En este sentido, el imputado pasa a ser un medio de obtenerla; y la víctima, un testigo privilegiado de lo que ocurrió.

Así las cosas, la víctima es neutralizada por el Estado, ya que el conflicto no es entre delincuente y víctima, si no que entre aquél y el Estado. En este sentido, el sistema liberal, fruto de la era ilustrada, en cuanto medio formalizado de control social, opera sobre la base de neutralización de la víctima y, por esa vía, de la venganza privada. A partir de esta premisa, y con el influjo de las teorías relativas o preventivas de la pena, el sistema penal opta por prescindir de la víctima concreta, esto es, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial.

Desde la criminología, en la escuela clásica, la noción de una justicia penal pública relegó a la víctima a un rol simbólico, limitando sus aspiraciones de participación, ya que solo contaba con una reserva civil. El utilitarismo de los ilustrados invocarían la reparación del daño y la satisfacción de la víctima como funciones positivas del castigo.

Posteriormente para el positivismo criminológico, la víctima del hecho delictivo no constituía el foco de interés. La víctima era una entidad diluida, un objeto neutro, pasivo, estático y fungible, que solo aparecía al momento de la denuncia.

Desde el positivismo, el origen y desenlace criminal se explican íntegramente por su autor, lo que llevó a que las primeras investigaciones empíricas y desarrollos teóricos en torno a la víctima tendieran a involucrarla en la causa del hecho criminal. Para poder salir a la luz, la víctima tenía que aportar a la explicación del delito, de alguna forma, renunciar en algo a su calidad de víctima.¹³

1.2.3. La reaparición de la víctima.

Hasta este punto, podemos hablar de “una desmarginalización de la víctima en sede penal, ya que, en estricto rigor, no es que anteriormente no se haya contemplado a la víctima, sino que se la había relegado a un segundo término, a los márgenes, desde donde luego, comenzará conquistando mayores o más amplios espacios de participación y derechos en el ámbito penal.”¹⁴

En este contexto, hacia 1940, la victimología surge como una victimología positivista, etiológica. Por entonces, Mendelsohn, Hans Von Hentig y otros postularon la existencia de una estrecha relación de interacción entre la víctima y el autor del delito, al igual que, las formas en que aquélla contribuye y hasta propicia en forma activa –sea consciente o inconscientemente– la ejecución del hecho y su propia victimización.

Las críticas a esta perspectiva positivista de la víctima fueron múltiples. No solo por su arbitrariedad, parcialidad y poca objetividad científica, sino por ser especialmente estigmatizadora. La víctima es identificada por una condición deficitaria, biológica, actitudinal o comportamental y debe rectificar sus déficits y carencias para evitar ser revictimizada.

En las décadas de 1960 y 1970 aparecen importantes novedades en torno a la víctima. En primer lugar, surgieron fuertes oposiciones a las tesis culpabilizadoras de la víctima, especialmente desde posiciones feministas. Estas críticas se unieron a una serie de factores en un contexto histórico marcado por un nuevo clima solidario y humanitario, posterior

¹³ JIMÉNEZ A., María Angélica, Posiciones de la criminología respecto a la víctima en el proceso penal, documento publicado en “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Rev. Polít. Crim. , vol. 9, nº 18, Santiago, Chile, 2014.

¹⁴ *Ibid.*

a la segunda guerra mundial, que justificaba objetivos asistenciales y paliativos en sociedades saturadas de violencia.

En segundo lugar, encontramos la emergencia de movimientos de víctimas – especialmente feministas y de derechos humanos– que fueron catalizadores de reclamos ante la nueva conciencia cívica hacia las víctimas.¹⁵

Por último, surgen los nuevos aportes de la investigación victimológica: el trastorno por estrés postraumático (TEP), el síndrome del niño golpeado (Kempe), el síndrome de la mujer maltratada (Walker) y la teoría de la indefensión (Seligman).

En los mismos años 60, y de manera paralela, surge desde la criminología, la crítica radical al paradigma causal explicativo del positivismo, así como nuevos marcos explicativos de la criminalidad, en especial el enfoque de la reacción social que, entre otros, aportó sustantivamente al perfeccionamiento y credibilidad de las encuestas que informaron sobre población efectivamente victimizada, potenciando y visibilizando la fuente de las mismas: la víctima.

El conjunto de estos factores dio paso a una nueva concepción sobre las víctimas, ya no de tipo positivista o etiológica, sino reivindicativa o promocional. Esta perspectiva saca el foco del acto criminal y lo pone en la acción promocional de las víctimas. Los derechos de las víctimas deben ser integrados a los derechos fundamentales, acorde con los postulados de un Estado democrático de derecho.

Se redefine así al delito como daño causado a la víctima concreta y no como abstracta afectación de un bien jurídico. Se enfatiza en la necesidad de la neutralización de la victimización secundaria y se da un fuerte impulso al desarrollo de nuevas praxis de tratamiento y asistencia.

En este contexto, de un gran auge y creciente centralidad social de la víctima, apoyada por el reclamo de los actores sociales movilizados en torno a campañas legales y políticas públicas de atención a la víctima, es que se afirma que la víctima tiene que ser compensada por los daños ocasionados por el hecho punible y el Estado está en el deber de protegerla y atenderla, respondiendo a las necesidades que plantea, para lo cual también el derecho penal debe dar una mayor participación a la víctima.

¹⁵ *Ibíd.* Explica la autora: “Solicitaban indemnización o resarcimiento económico, y abrieron un abanico nuevo aparte del original que planteaba el Estado en el área penal, más interesado por la imputabilidad del delincuente que por las víctimas.”

Así, la víctima y su intervención por parte de las ciencias del comportamiento humano, es redefinida en tanto persona que padece, que tiene necesidades y requiere una atención y respuesta específica a su problema.

Siguiendo a la autora citada, en los propósitos manifiestos de la perspectiva reivindicativa o promocional, no era preponderante o prioritaria la participación de las víctimas en el ámbito penal, sino que este aparecía como uno más de los espacios de participación que le debían ser reconocidos a las víctimas, que en conjunto y al mismo nivel que la satisfacción de sus necesidades económicas, médicas, psicológicas y sociales en general, contribuirían a su reparación integral.

I.3. DEVENIR HISTÓRICO DE LA VÍCTIMA Y LOS MODERNOS ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS

La crítica al positivismo se hizo irreversible y el advenimiento de nuevas teorías criminológicas influyó también en instalar otra visión de la participación de las víctimas en la justicia penal.

Así, en esta segunda parte se presentan dos visiones criminológicas recientes – una fundada en el control y el riesgo y la otra fundada en la criminología crítica y postcrítica– que se desarrollan de modo paralelo a partir de 1970, reflejan posturas antagónicas y por lo tanto tienen consecuencias muy diversas para la víctima y la justicia penal.

I.3.1. Posición de la víctima en la criminología del control

La criminología del control, que surge hacia la década de 1980, fue promovida por las llamadas criminologías conservadoras que instalaron a la víctima en el foco de interés con una orientación contraria a las criminologías positivista y a la crítica¹⁶.

¹⁶ *Ibíd.* En este sentido sostiene: “En palabras de Tamar Pitch, para estas criminologías conservadoras y fundadas en el control, “la pregunta ya no es cómo y por qué se delinque, sino cómo se hace para proteger a las potenciales víctimas –es decir, todos nosotros– de ser victimizados por la criminalidad”.

En esta época, como afirma David Garland, se plantea la importancia del control del delito, del control policial y de una serie de políticas sociales acordes con las víctimas. El interés está puesto, ya no en la persona del agresor sino en la víctima. (GARLAND, 2005)¹⁷

La reconfiguración del campo del control del delito, la aparición de tipos de inseguridad –que en general la opinión pública asociaba al temor de ser víctima de delitos– extendieron la influencia de la figura de la víctima, hasta insertarla en el sistema de la justicia procesal penal.

A ello se suma, la importancia desde la opinión pública a los temas relacionados con la inseguridad y el sistema penitenciario. Aparece una sociedad que activamente reclama medidas severas a las instituciones, para protegerse de este riesgo latente, al igual que lo hace para reclamar justicia por los damnificados.

En otras palabras, el interés de las víctimas ya no está subsumido en el interés público que guía las decisiones del Estado de perseguir y sancionar penalmente. El cambio de los intereses y sentimientos de las víctimas, de sus familias y de potenciales damnificados, se invocan rutinariamente para apoyar medidas punitivas (GARLAND, 2005)¹⁸.

1.3.2. Posición de la víctima en la criminología crítica y postcrítica.

A partir de los años 70, surgen voces provenientes de la criminología crítica –en sus diversas expresiones– y del abolicionismo, que manifiestan aprehensiones respecto al auge y desarrollo que había alcanzado la perspectiva reivindicativa o promocional de la víctima.

En efecto, las campañas y movimientos sociales por la libertad y otros derechos civiles y políticos de hombres y mujeres comenzaban a configurar un nuevo status para las personas, nuevas leyes, y correlativas políticas institucionales. En ese contexto, la criminología crítica viene a complementar y contrarrestar el ímpetu de la perspectiva promocional de la víctima, señalando la necesidad de focalizar la mirada en aquellas victimizaciones

¹⁷ Ob. Cit., p. 206.

¹⁸ Enfatiza el autor: "(...) el nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, sus voces deben ser escuchadas, su memoria respetada, su ira expresada, y sus miedos atendidos." Y que: "La experiencia de la víctima es hoy común y colectiva, no individual ni atípica (...) El que habla a nombre de las víctimas habla en nombre de todos nosotros." (págs.. 241/242).

invisibilizadas y toleradas producto de la pobreza y la exclusión social, representada por amplios colectivos de obreros, indígenas, consumidores e inmigrantes, entre otros.

Asimismo, los criminólogos críticos evidencian la instrumentalización y explotación ideológica de las víctimas, como manifestación revictimizante, y denuncian una regresiva emotivización de la vida cotidiana, que promueve la patologización de reacciones sociales normales que generan dependencia y promueven adhesión al status de víctima, en vez de mecanismos de sanación normales y apoyo informal a partir de lazos de cohesión social.

Algunos criminólogos críticos advirtieron tempranamente los riesgos que suponía esta tendencia del derecho penal de convertir a la víctima en una especie de franquicia para avanzar hacia nuevos espacios que crearían, entre muchos otros, mayor expansión del penal y que permitiría trocar muchos de los conflictos que antes eran dirimidos en la esfera de los privados, y que terminarían siendo judicializados, criminalizados y penalizados. Así, por ejemplo, surgieron legislaciones de violencia intrafamiliar, de responsabilidad penal juvenil o el aumento de las penas en materia de delitos sexuales.

En esta misma línea, Alessandro Baratta, desde el minimalismo penal, propugnó el principio de la primacía de la víctima, que apunta a evitar criminalizar conductas sobre las que la policía emprende la investigación sin que aquélla haya denunciado o realizado una acusación (BARATTA, 1985)¹⁹.

Señalan los criminólogos críticos, que es tarea fundamental regresar al estudio de la víctima y preocuparse de su recuperación, toda vez que existe un real consenso de que las clases populares son las más victimizadas y las más desfavorecidas por los hechos delictivos. Proponen una política criminal, nucleada primariamente en torno al control del delito y al control policial, por supuesto acompañados éstos de una serie de políticas sociales que disminuyan la privación relativa y que sean contestes con la democracia y con el sentir de los ciudadanos, en particular con el de las víctimas.²⁰

Como se observa, la perspectiva crítica –en tanto crítica del sistema penal en su conjunto– sustrae a la víctima del penal, ya que no le reconoce la finalidad ni la capacidad de reparación a la víctima y, por el contrario, busca nuevos espacios –más allá del penal– para que dichas necesidades sean satisfechas.

¹⁹ BARATTA, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", presentado en el Seminario de Criminología Comparado: La justicia penal en el área de Centroamérica y el Caribe: estado actual y tendencia, Managua, 17 al 19 de septiembre de 1985, en: capítulo n° 13, Maracaibo (Venezuela): Ediluz, 1985, pp. 90 y ss.

²⁰ JIMÉNEZ A., María Angélica, Posiciones de la criminología respecto a la víctima en el proceso penal, documento publicado en "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Rev. Polít. Crim. , vol. 9, n° 18, Santiago, Chile, 2014.

Finalmente, María Angélica Jiménez describe una posición más radical, de parte de los abolicionistas (como Nils Christie) que involucra centralmente a la víctima y postula la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos de solución de conflictos alternativos, a partir de reconocer la deslegitimación del poder punitivo y su incapacidad para resolver conflictos.²¹

La criminología postcrítica se centra en la preocupación por la posición preponderante que asume la víctima en el sistema penal, así como por la creciente producción de normas penales y el avance y expansión del derecho penal, con la consiguiente conculcación de los principios y garantías que muchas veces ello conlleva. Por esto, muchos de ellos se presentan contrarios a la creciente participación de la víctima en el ámbito penal. Sin embargo, estas posiciones presentan matices importantes.

Destaca la autora citada en primer término, a Massimo Pavarini para quien, "en un Estado social de derecho la víctima tiene muchos derechos, pero estos derechos no tienen que ver con el derecho penal, porque este es un derecho del castigo, no de la ayuda." Y sobre las demandas de las víctimas en el derecho penal, explica la criminología postcrítica, la utilización que se hace del interés de la víctima, posee un funcionamiento complejo, en tanto la víctima tiene dos caras distintas, según sea la reacción social institucional."²²

En idéntico sentido, ubica a Malcolm Feeley, quien es contrario a que la víctima tenga un papel gravitante en el proceso penal porque esto conduce, entre otros, a un aumento notable de la punitividad. Cuestiona una concepción personalística de la justicia penal, donde lo que cuenta es en primer lugar la satisfacción de las exigencias de las víctimas particulares, antes que el imperativo de la prevención general y del respeto de las garantías de los imputados.

Otro punto de análisis de los autores poscríticos, tiene que ver con que los intereses de las víctimas son diversos y complejos, entendiéndose que, por su índole, resultan un desafío que desde el ámbito penal no es posible satisfacer.²³

En definitiva, el estado actual de la mirada criminológica sobre la participación de la víctima en el proceso penal, plantea divergentes teorías y enfoques, que impiden arribar a una concepción única. De este modo, si la mirada de la víctima la instalamos del lado de la criminología del control, nos encontramos que las víctimas son instrumentalizadas en función del control y la seguridad, que se propicia su participación y protagonismo en la justicia penal

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.* Citando a Pavarini: "En estos momentos la víctima es un doble chivo expiatorio. Por una parte, porque sufre el delito, y por otra, porque se la utiliza para legitimar ciertas políticas que la víctima muchas veces ni siquiera entiende."

²³ *Ibíd.*

bajo la promesa incumplida de satisfacer sus demandas, con las serias consecuencias de expansión e inflación penal que hoy conocemos y a expensas de la pérdida de autonomía de la propia víctima para resolver sus asuntos.

Desde otro lado, si nos centramos en la perspectiva crítica y poscrítica, la participación de la víctima desincentivada, y se buscan nuevos espacios –más allá del penal– para que sus necesidades sean satisfechas. Esto, no solo porque se reconoce que la mayoría de dichas necesidades no pueden ser cubiertas por el penal, sino porque su participación creciente entra en pugna con las bases fundamentales, en términos de garantías, de un Estado democrático de derecho.

I.4. DEVENIR HISTORICO DE LA VICTIMA Y LAS TEORIAS DE LA PENA

Ingresamos en este acápite, en el ámbito de las teorías que dan fundamento al derecho penal sancionatorio.

El mismo constituye una creación moderna. En este sentido, normalmente se pretende situar el nacimiento de la cuestión penal, -antes bien, de la utilización institucional de la pena (estatal) como legitimación de la violencia para el control de los súbditos- en el momento de la aparición del poder político centralizado, esto es, del Estado nacional moderno.

La pena es sinónimo de extrañamiento de la voluntad particular como condición de la reacción jurídica en ciertos conflictos sociales, por tanto, de persecución penal pública o estatal, en fin, de poder penal estatal para perseguirlas y aplicarlas. Y, por tanto, de reglas jurídicas de aplicación, derecho penal, material y procesal. Y por fin, de una nueva manera de conseguir o definir la palabra justicia y el método para hacerlo; conceptos sinónimos a su vez, de averiguación de la verdad, de indagación (FOUCAULT, 1988)²⁴.

De modo que, con el devenir de los tiempos, la víctima ha pasado por distintos estadios de consideración en el ámbito del proceso. Es así que durante el auge de las llamadas teorías absolutas o retribucionistas de la pena, la situación de la víctima era muy tenida en cuenta. Aquí la víctima se encontraba revalorizada. Estas teorías esgrimidas por autores como Hugo Grocio o los pensadores del idealismo como Emanuel Kant o Hegel, consideraba la pena como humano, un mal que debía sufrir el imputado por haber provocado otro mal, producto de

²⁴ Págs. 135/136.

la comisión de un delito. En otras palabras, el mal que debía retribuírsele al autor del delito debería ser proporcional al mal causado a la víctima: la pena debía ser proporcional a la causa; de ahí que se tenía en cuenta la situación de la víctima. Todo esto era conteste con el sistema compositivo germánico, que, hegemonizada la realización penal en Europa, luego de la caída del imperio romano de occidente, en el año 476 d. C., como vimos anteriormente.

Asimismo, en la Francia postrevolucionaria, la llamada escuela de la exégesis, incluida dentro del movimiento iluminista, consideraba la participación de la víctima en el proceso penal como un resabio de la venganza privada. Fenómeno éste que debía ser prescrito de toda sociedad que pretendiera considerarse civilizada, a la luz de la racionalidad de la ilustración. Es por ello que, bajo el influjo de la mencionada escuela, se dictó el código de Napoleón de 1808 y con la creación del ministerio público fiscal; organismo que a partir de entonces será el encargado de instar, promover y ejercer la acción penal pública.

Arribamos así, al fenómeno que se conoció como la expropiación del conflicto penal. Así la pretensión punitiva o el *ius puniendi* será una función indelegable del Estado, quien encargará la misma, al Ministerio Público Fiscal con prescindencia de la voluntad de la víctima y demás particulares.

Consecuentemente a la expropiación del conflicto penal, ya en el siglo XX, las teorías absolutas o retributivas de la pena de impronta hegeliana y kantiana fueron menguando su hegemonía en la realización penal europea y occidental, en favor de nuevas teorías llamadas relativas o de prevención; que ya no tienen como eje la consideración de la víctima, sino del imputado; al cual, frente a su caída en el delito, había que reinsertarlo nuevamente en el tejido social. Para estas teorías la pena no es un mal, por el contrario, la pena es un bien, es un intento de resocializar, reeducar, recuperar al autor de un delito para la vida en comunidad, de eso se trata la pena para las teorías relativas o de prevención.

Tanto la expropiación del conflicto penal como la irrupción de las teorías relativas de la pena, provocaron el nacimiento del fenómeno conocido como “neutralización de la víctima” en el proceso penal. Se entendía que quien padecía las consecuencias de un hecho delictuoso, no buscaba la reconstrucción del tejido social dañado, sino que buscaba venganza. Se identificó a la víctima con la venganza privada, acotando la actuación procesal de la misma, a la de mero denunciante y eventualmente a la de testigo.

Es entonces, la propia víctima quien, por su inmediatez con el ilícito, ponía en conocimiento de la “*notitia criminis*” a los órganos de persecución penal, pero inmediatamente después, sería el propio Estado quien la desinteresaría del conflicto penal, entregándole a uno

de sus órganos: el ministerio público fiscal, titular de la vindicta pública, la función de instar el proceso. En este sentido, a los fines de política criminal, poco importaba las expectativas que depositara aquélla en el proceso. Esto último, es un corolario del principio de legalidad que informa el sistema penal argentino, consagrando el art. 71 C.P., la acción pública, oficiosa, irrevocable e indivisible objetiva y subjetivamente; con un objeto procesal penal indisponible, tanto para la víctima, la acusación, la defensa e inclusiva para la jurisdicción.

Esta situación de exclusión procesal a la que fue confinada la víctima, se mantuvo durante siglos, en lo que respecta a la realización penal, encontrándose involuntariamente involucrado en el drama delictual, sufriendo una agresiva intromisión en la esfera de sus bienes jurídicos (libertad física, propiedad, etc.) percibía su necesidad de recibir una correspondiente reparación, que no se agotaba en el eventual resarcimiento económico o la punición del ofensor, sino que iba más allá: en su reconocimiento como sujeto del proceso penal.

Es por ello, que de algún modo y como contracara de aquella neutralización, ha surgido a fines del siglo XX, el fenómeno denominado “renacimiento de la víctima”, en búsqueda de reconocimiento y protección a su situación. Se incorporan así, facultades expresas en la persecución del injusto penal, como su consideración al momento de imponer pena y de recurrir las resoluciones adversas a su pretensión.

I.5. Estado actual de situación de la víctima y regulación en la legislación procesal de Mendoza.

Desde una mirada procesal, el ofendido por el delito puede asumir el rol -como particular damnificado- de querellante, que es la víctima legitimada dentro del proceso penal, con el patrocinio letrado y con las facultades y obligaciones que la legislación procedimental le otorga; o bien, no constituirse en parte y continuar como víctima propiamente dicha, conservando, aun así, una suerte de derechos prerrogativas y cargas procesales que detallaremos más adelante.

Dentro de la normativa del Código Procesal Penal mendocino (CPPMza), se encuentra, por un lado, la recepción del querellante particular en el art. 10 –y el trámite de constitución en los arts. 103 a 107- en la sección atinente a las acciones penales, a partir de la reforma introducida por la ley 6730.

Por otra parte, la ley 7994 de la Provincia de Mendoza, incorporó el art. 108, que contempla una serie de facultades que el damnificado posee aún sin constituirse en parte formal del proceso formal y desde sus comienzos.

Esta previsión normativa, resulta conteste con los mandatos que emanan de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), como es la Convención Americana de Derechos Humanos²⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶, y forma parte en el reconocimiento internacional del derecho de las víctimas, a una tutela judicial efectiva.

Así las cosas, el sistema procesal mendocino, recepta al querellante particular como un sujeto eventual del proceso. Y al igual que ocurre con la norma receptada en el art. 5º, se ha avanzado de manera importante en lo que se refiere a potenciar la figura de la víctima dentro de los procesos penales, en buena medida partiendo de la concepción del delito como conflicto (COUSSIRAT, 2013)²⁷.

La aparición de este acusador particular en el proceso, plantea una serie de cuestiones a reflexionar en la dinámica del proceso. En primer lugar, el cuestionamiento al rol del imputado y la inviolabilidad de su defensa. Esto es, la puesta en crisis de la igualdad de armas en tanto el acusado debe enfrentarse en el proceso al Fiscal y a la víctima. En este sentido, sostiene Oscar Raúl Pandolfi, que la pluralidad de acusaciones que se da cuando interviene el querellante particular, pone en crisis el primer componente del derecho de defensa en juicio del imputado, esto es, el derecho a poder conocer y refutar la acusación ya que la acusación debe ser completa, concreta y única, en virtud de la igualdad de armas. (PANDOLFI, 2009)

Otro aspecto que plantea divergencias en la doctrina y jurisprudencia es el relativo a quién puede constituirse en querellante particular. En primer lugar, siguiendo al art. 10 de la ley de rito, es el ofendido el principal legitimado para formalizar su rol de sujeto eventual en el proceso.

²⁵ Art. 8: Garantías judiciales, 1º: "... Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter." Consultado en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, el 06 de enero de 2021.

²⁶ Art. 14.1: "...Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil." Consultado el 6 de enero de 2021 en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

²⁷ Al respecto el autor refiere: "...esta concepción de la víctima interviniendo en el proceso penal es, por otra parte, una de las consecuencias de considerar al delito como un conflicto y no sólo como una infracción a la ley..." (Tomo I, pág. 78).

Según lo define Jorge Coussirat: “Puede ser querellante particular en causa penal, todo aquel que se pretenda titular del bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales previstos en el Código Penal y leyes complementarias, cualquiera sea el tipo de acción penal a la que dé origen. Y el art. 10 atiende a los que, en carácter de ofendidos, han de poder constituirse en casos de delitos de acción pública ya sea ejercitable de oficio o dependiente de instancia privada.” (COUSSIRAT, 2013)²⁸

También se encuentran legitimados, los familiares de la víctima en tanto resulten herederos forzosos, en virtud del vínculo que los unía y más allá de no ser titulares del bien jurídico que el ilícito ha lesionado. (CAFFERATA NORES J. Y., 2003) De igual modo y en caso que la víctima se trate de una persona incapaz, podrán sustituirla en el proceso penal, los representantes legales (progenitores, tutores, curadores). De igual modo, al tratarse de una persona jurídica, podrán hacerlo sus representantes legales designados al efecto.

Sin perjuicio de ello, y partir de la definición de víctima que expusieramos al comienzo del Capítulo -formulada por las Naciones Unidas- la noción de damnificado por un hecho ilícito, obliga a dar una interpretación amplia a la hora de analizar la posibilidad de constituirse como querellante en el proceso, en tanto es interesado, según este documento internacional, quien haya de algún modo, sufrido cualquier menoscabo sustancial a sus derechos fundamentales “como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.”

Un análisis coherente con la evolución y rol actual de la víctima en el proceso penal, lleva a concluir en la necesidad de dar a la norma del art. 10, una amplia intervención, lo que a su vez resulta acorde con las garantías de tutela judicial y acceso a la justicia, que se encuentran contenidas en los Tratados Internacionales que nuestro Estado Nacional ha incorporado a su carta fundamental (art. 75 inc. 22).

Tal es el caso del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que en el art. 82²⁹ al referirse a quienes pueden constituirse como querellantes, alude al caso que la víctima haya fallecido o se encuentre desaparecida y enumera ampliamente a los familiares legitimados, a

²⁸Ob. cit., pág. 80.

²⁹ Artículo 82 CPPN: Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan. Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal. Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte o la desaparición de una persona, podrán ejercer este derecho el cónyuge, el conviviente, los padres, los hijos y los hermanos de la persona muerta o desaparecida; si se tratare de un menor, sus tutores o guardadores, y en el caso de un incapaz, su representante legal. Texto según ley 27.372 (B.O. 13/07/2017).

diferencia de la ley provincial que con un criterio más estrecho habla sólo del ofendido o sus herederos forzosos.

Por último, corresponde analizar en este tópico, que tipo de querellante regula la legislación procesal mendocina. Siguiendo a Coussirat, se trata en principio de un querellante adhesivo, ya que la víctima actúa en el proceso como acusador siempre y cuando el Ministerio Público promueva y ejercite la acción penal, en tanto no está facultado para ejercer por sí y ante sí la acción penal ni puede llevar a cabo el requerimiento de citación a juicio.

Sin perjuicio de ello, el mismo digesto acuerda al querellante facultades autónomas en el proceso, como es el caso de la interposición del recurso de casación, sin necesidad que el mismo sea mantenido por el Ministerio Público (Art. 470), actuando por sí mismo y con total independencia del acusador público. Por lo que en definitiva *“se trata de un querellante híbrido, que según la etapa del proceso en la que se transite, será querellante adhesivo o exclusivo.”*³⁰

1.5.1. Evolución Jurisprudencial

Si bien este tópico, será desarrollado en profundidad en el Capítulo siguiente, debemos destacar que, hasta la llegada del fallo Tarifeño,³¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había mantenido inalterable su postura en lo que se refiere al carácter de oficiosidad y oficialidad de la promoción y ejercicio de la acción penal, entendiendo además que la acusación era imprescindible como base de una sentencia condenatoria.

A partir de este fallo, en el año 1989, la Corte dijo que teniendo en cuenta que una regla básica del debido proceso es la existencia de la acusación, no resulta válida una sentencia de condena dictada en ausencia de dicho acto procesal emanado del titular de la pretensión requirente del Estado. La jurisprudencia posterior mantuvo en lo esencial esos lineamientos.

Un gran cambio se produce a partir del fallo Santillán³² en donde se introduce una variante en el esquema de exigencia de una acusación pública. En este caso, la Corte, se refirió a las formas sustanciales del proceso -acusación, prueba, defensa y sentencia- cuya

³⁰ Ob. cit., pág. 84.

³¹ “Tarifeño Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad.” T. 209. XXII. Fallos: 325:2019, rto. el 28/12/1989.

³² “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación.” S. 1009. XXXII, rto. 13/08/1998.

observancia salvaguardaba el derecho de defensa en juicio con la existencia de una acusación concreta, sin que tenga trascendencia del carácter público o privado de quien la fórmula. Señaló además que todo aquel a quien se le reconoce personería para actuar el juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal que dimana del artículo 18 de la Constitución nacional, que asegura a todas las partes igual derecho obtener un pronunciamiento sobre su derecho. La importancia de esta resolución radica, en el reconocimiento del derecho de la víctima a obtener un pronunciamiento definitivo a sus pretensiones.

Luego en el caso Del'Olio³³, la CSJN ratificó su postura indicando que la acusación se integra con el requerimiento de elevación a juicio y en alegatos conclusivos solicitando condena; y, en segundo lugar, deja establecido que debe ser el mismo sujeto procesal en que debe haber concretado la acusación en esos momentos procesales.

Concretamente, este fallo, establece una marcada diferencia en cuanto a la autonomía de facultades del querellante, en tanto para acusar válidamente en el debate, debía haber requerido la elevación a juicio en la etapa intermedia, por cuanto si el ofendido no concretó objetiva y subjetivamente su pretensión, no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente por más que el Ministerio Fiscal si hubiera requerido la elevación.

Por su parte, la Provincia de Mendoza, en su jurisprudencia, admite facultades al querellante, aunque con un carácter adhesivo, coadyuvante del Ministerio Público. Así, a partir del fallo Galdeano³⁴, la Suprema Corte de Justicia le reconoce a este sujeto eventual la facultad de apelar, aunque sujeta a que el Ministerio Fiscal mantenga el recurso.³⁵

No obstante, la evolución jurisprudencial del Máximo Tribunal de la provincia, ha ido reconociendo cada vez más facultades autónomas al querellante, en el proceso penal³⁶, siguiendo los lineamientos de la CSJN.

³³ Del'Olio, Edgardo Luis, Del'Olio, Juan Carlos s/ defraudación por administración fraudulenta. D. 45 XLI, rto. el 11/07/2006.

³⁴ Galdeano, Federico Daniel p/Adm. Fraud. s/ Casación. Expte. 70.907, rto el 18/03/2020.

³⁵ En otras palabras: *“Queda claro así, que en el orden nacional la situación es diametralmente opuesta a la de la provincia, en aquella el querellante se perfila en su carácter, como más independiente permitiéndosele que realice el requerimiento de apertura del plenario no previsto para nuestro querellante adhesivo...”* (PASCUA, 2018, pág. 583).

³⁶ En F. c/ Aruani, Andrés p/ usurpación s/ casación, de fecha 01/07/2013, ubicación LS455-030. La Sala N° 2 sostuvo: *“Respecto de las atribuciones del querellante particular en el proceso penal, siguiendo el criterio de la Suprema Corte de la Nación, resulta suficiente para habilitar la jurisdicción del tribunal que formule un juicio final de culpabilidad o inocencia con apoyo en la pretensión punitiva particular. Esta postura viene a romper el condicionamiento que el representante del Ministerio Público Fiscal ejercía por sobre el acusador particular, para de este modo definir, no sólo la equiparación de facultades entre ambas partes, sino lo que es más importante, la autonomía funcional del querellante. Estas atribuciones en ningún caso pueden interpretarse en desmedro de la función del Ministerio Público quien sigue siendo el que preside la persecución penal.”*

I.5.2. El Querellante exclusivo

Cabe hacer aquí una distinción respecto del querellante, entendido como parte necesaria de aquellos procesos iniciados como consecuencia de los delitos de acción privada, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Título II, Capítulo III “Juicio por delito de acción privada” del Código Procesal Penal (arts. 421 a 439).

Para aquellos delitos enumerados taxativamente en el art. 73 del Código Penal - 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge- la víctima posee un rol totalmente diferente al que ocupa en la acción pública. En este caso, el modo de impulsar el proceso es la querrela. Querrellar significa ejercitar la acción penal. Tal ejercicio se otorga a los particulares, de modo exclusivo, sólo en este tipo de delitos, puesto que en los de acción pública, es el Ministerio Público el encargado exclusivo del ejercicio de la acción penal –principio de oficiosidad- quedando para el querellante, en tal caso el derecho de participar en dicha acción.

El querellante exclusivo es así *“un sujeto acusador eventual que, asumiendo voluntariamente el ejercicio de la acción penal emergente de un delito cometido en su contra en forma directa, impulsa el proceso, proporciona elementos de convicción, argumenta sobre ellos (participa del debate). Y recurre las resoluciones en la medida que le concede la ley, sin intervención del Ministerio Fiscal.”* (PASCUA, 2018)³⁷.

I.5.3. Los Derechos de la víctima.

Sin perjuicio de las facultades reconocidas en los códigos procedimentales, en cuanto a su intervención activa, a la víctima le compete un sólido lugar en el proceso penal, el cual emerge -como vimos- ya de los antecedentes internacionales.

La CPI reconoce el acceso a la justicia de la víctima desde su conformación estableciendo y delimitando su concepto, como así también, enunciando los derechos que le asisten, plasmados en el Estatuto de Roma.

³⁷ Ob. cit. pág. 710.

Así, divide estos derechos en tres principales: a la participación, a la protección y a solicitar reparación. El derecho a la participación de las víctimas en los procedimientos de la Corte es el principal de los derechos otorgados por el Estatuto, su base se encuentra en el artículo 68 (3) que establece lo siguiente: “La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos...”.

En cuanto al derecho a la protección, el artículo 68 (1) enuncia como objetivo, el de garantizar “la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas”. En este sentido, el derecho a la protección tiene dos grandes aspectos: por un lado, existen medidas generales de prevención y por el otro, las medidas directas o concretas. Las primeras deben ser adoptadas por todos los órganos de la Corte para reducir los riesgos que implique un acercamiento de las víctimas con la Corte, ya sea como consecuencia de sus investigaciones, por del ejercicio de un derecho por las víctimas o bien por ser llamados en calidad de testigos; mientras que las segundas, serán tomadas caso por caso cuando se identifique un riesgo concreto que requiera atención especial³⁸.

Finalmente, el Estatuto alude al derecho a solicitar reparación. De acuerdo con el artículo 75(1) del Estatuto de Roma, la Corte establecerá principios aplicables a la reparación de los daños sufridos por las víctimas producto de los crímenes de su competencia, entre los cuales estarán incluidas medidas de restitución, indemnización y de rehabilitación.

Por otra parte, el artículo 25 de la CAHD establece la obligación de los Estados de dispensar una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos, constitucional o convencionalmente reconocidos, ha sido vulnerado. Pero además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha establecido que la vulneración de derechos por particulares o funcionarios públicos, derivados de delitos, obliga a los estados a perseguir y sancionar a los responsables, comprendiendo ello por un lado la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada

³⁸ VEGA GONZALEZ, Paulina, ob. cit., pág. 27.

reparación³⁹ pero además implica que la investigación emprendida sea efectiva, que persiga verdaderamente la sanción de los culpables⁴⁰.

El artículo 8.1 de la Convención, obliga en el marco tratado, a proveer mecanismos procesales para tomar efectiva la tutela jurisdiccional, conservando las víctimas el derecho fundamental de acceder al proceso y lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. Se entiende de ese modo que la víctima tiene entonces dos derechos: el derecho a la verdad procesal y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio (incluso ejerciendo actividad probatoria e impugnatoria) al igual que el derecho a una reparación adecuada (artículo 63.1 CADH).⁴¹

En el ámbito de la provincia de Mendoza, como hemos adelantado, la ley 7994, en su art. 1º, incorpora a nuestra ley de rito, una serie de derechos a la víctima, independientemente de su constitución como sujeto eventual en el proceso.

De este modo, prevé en el art. 108 que la víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso, a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, a ser informada por la oficina correspondiente, acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil, como así, sobre el estado de la causa y la situación del imputado, la protección de su integridad física y moral, inclusive de su familia, entre otros.

Dispone luego, que tales prerrogativas deberán ser anunciadas por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto.

Finalmente, reconoce los derechos referidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

³⁹ Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/06/1988. Consultado el 06 de marzo de 2020 en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

⁴⁰ Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 28/12/1995. Consultado el 06 de marzo de 2020 en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf

⁴¹En sentido concordante, se ha expedido la CtIDH en el caso Bulacio, del 18 de septiembre de 2003 señalando que: "...esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar un tiempo razonable, el derecho de la víctima o de su familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos induzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos."

El Art. 108 bis (agregado por ley 8931, B.O. 14/12/2016) establece que, en caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial, en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer. Esta disposición, como destacamos anteriormente, reafirma el compromiso asumido por el estado argentino, al suscribir la Convención Belem do Pará, mediante la sanción de la ley 24.632.

I.5.4. Conclusión

Luego de analizar el concepto de víctima, querellante y los derechos que están establecidos en la ley de rito mendocina, podemos concluir que la acepción de ofendido que la misma adopta para la intervención activa en el proceso, es más acotada que la noción receptada por los Tratados Internacionales, que incluyen además del sujeto pasivo del delito, a la parte damnificada. Tampoco se encuentra receptado expresamente su derecho a obtener reparación por el daño sufrido.

Sin embargo, tanto las reformas recientes al CPPMza como los fallos de la SCJM, demuestran que la provincia en la actualidad pretende proteger a la víctima en sus intereses y garantías, como los instrumentos que el estado argentino ha incorporado a su cuerpo constitucional, avanzando en esta línea de protección y reconocimiento.

Y en este sentido es que debe ser interpretado el art. 10 del Código Procesal mendocino, desde una visión amplia que dé protección y acceso a la jurisdicción a la víctima, que pretende constituirse como parte en el proceso y exige activamente el reconocimiento de sus derechos.

Ahora bien, esta afirmación no debe afectar las garantías procesales del imputado ni la dirección del proceso penal, puesta en manos del Ministerio Público -como trataremos en el siguiente capítulo-. Ello así, porque los derechos que la víctima reclama en la actualidad, obedecen a un movimiento sociológico e histórico nacido a partir de su relegamiento y marginalización del aparato estatal de persecución de delitos, durante mucho tiempo.

Pero, además, porque este resurgimiento encontró acogida en los sistemas de derechos humanos internacionales y ello ha hecho necesario, la adecuación de la legislación interna a dichos parámetros, como es el caso del Código Provincial de Mendoza.

CAPITULO II: LA VICTIMA Y SU ROL ACTUAL DENTRO DEL PROCESO PENAL.

En el presente capítulo, desde una visión normativa, analizaremos las facultades que la ley procesal mendocina le otorga a la víctima, a partir de su constitución como parte formal del proceso, esto es, como querellante.

A modo de aclaración liminar, destacamos que este estudio se realizará únicamente en referencia a la legislación de la provincia de Mendoza, en tanto excede el objeto de este trabajo, el estudio comparado entre las regulaciones de otras provincias.

II.1. CONSTITUCION DE QUERELLANTE. TRAMITE EN EL CPPMZA

El modo en que el ofendido penalmente por un delito -o sus herederos forzosos, representantes y mandatarios- puede constituirse como sujeto eventual del proceso, se encuentra regulado en el Capítulo II del Título V (Partes y Defensores) del Libro I código de rito provincial (arts. 103 a 107). Ello en consonancia con la garantía constitucional de la tutela efectiva reconocida en el art. 8.1 y de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya mencionados. Dicho esto, entonces, quien se pretenda ofendido por un delito tiene derecho a intervenir en el proceso, por disposición de normas de rango constitucional.

Las personas mencionadas en el art. 10 del CPPMza, podrán constituirse como querellante particular, por sí (en caso de ser capaces) o mediante sus representantes legales (personas incapaces de hecho), del modo que establece la ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado *apud acta*, en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, los requisitos que taxativamente el art. 103 establece.

La sanción establecida por el Código Procesal mendocino para el incumplimiento de los requisitos en la presentación, es la inadmisibilidad, que consiste en que el acto irregular, si bien se produce en términos materiales, se lo tiene como no ingresado

jurídicamente al proceso. Así se evita que el acto irregular cause efectos jurídicos (PESSOA, 2013)⁴².

De ello puede deducirse, que aquella presentación escrita que no cuente con los requisitos enumerados en la norma impedirá al presentante, ser tenido como parte en el proceso. Sin embargo, como se trata de una inobservancia de requisitos o formas, pueden ser subsanadas si no se ha agotado el plazo en el que la constitución como querellante puede hacerse. Podrá entonces el pretense querellante, efectuar una nueva presentación que contenga todos los requisitos exigidos en la ley de rito.

Sobre el modo de actuación del querellante en el proceso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, resolvió que no resulta aplicable para tenerse por presentado como parte interesada, la legislación en materia civil, ratificando lo dispuesto en el CPPMza en cuanto a la acreditación de personería. Así sostuvo que: “Al subsistir la pretensión punitiva del estado, y frente a un texto legal expreso, no puede ceder el principio de la no subsidiariedad, motivo por el cual no es de aplicación el art. 29 del Código Procesal Civil respecto a la actuación del querellante particular en el proceso penal.” (...) “Cuando las normas instrumentales penales, regulan expresamente la materia específica, sin efectuar remisiones al Código Procesal Civil no resultan de aplicación las normas adjetivas del proceso civil. Ello es así, pues tanto los fines como los principios que inspiran al proceso penal, son esencialmente diversos al de aquel.” (...) El Código Procesal Penal, ha reglamentado específicamente los presupuestos, modos y formas de actuación procesal del querellante particular. Siendo así, los órganos predispuestos por el Estado, encargados de la aplicación de la ley sustantiva, para resolver el conflicto penal y las partes -como el querellante particular-, poseen las normas de actuación específica, y no existe razón, por tanto, para acudir al Código Procesal Civil, en aras del cumplimiento de tal fin.”⁴³

⁴² Ob. cit. Pág. 33.

⁴³ Finalmente, el Tribunal sostuvo que “...El Código Procesal Penal regula expresamente y sin duda la actuación procesal del querellante particular. Por lo tanto, si no se encuentra acreditada la personería conforme lo exige el Código Procesal Penal y además se advierte la incomparecencia de los querellantes particulares a la presentación de los informes; corresponde tener por desistidos los recursos interpuestos. (art. 471, última parte del C.P.P.)” (...) A tenor de la estricta literalidad de los artículos 103 /107 del Código Procesal Penal (ley 6730 t.o. ley 7007), en caso de que el querellante particular interviniente no acreditara la personería del modo en que el Código Procesal Penal, se lo impone: es decir, acompañando el poder general o especial, o apud acta, según el caso; será de aplicación el art. 471 del C.P.P. (ley 6730 t.o. ley 7007) última parte de la ley adjetiva: esto es la falta de presentación de informes implicará el desistimiento del recurso.” (Expte. 78229 - FISCAL ARATA MIRTA, OROS JORGE, CURTO EDUARDO NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS S/ CASACIÓN- Fecha: 11/03/2004 SALA N° 2 Magistrado/s: BÖHM - LLORENTE – SALVINI Ubicación: LS334-182).

II.1.1. Proceso Penal seguido contra jóvenes en infracción a la ley penal.

El Código Procesal Penal de Mendoza, excluye expresamente la intervención de este sujeto eventual, en aquellos procesos “incoados contra menores” (Art. 103). Surge el interrogante, si esta previsión contenida en la ley de rito, resulta aplicable para los procesos en que se encuentren imputados mayores y menores, o sólo éstos últimos. Ahora bien, la ley 6354 no contiene normativa específica alguna al respecto. A su vez, el art. 115 establece que “cuando se encuentren imputados conjuntamente adultos y menores de dieciocho (18) años, la justicia en lo penal ordinaria se pronunciara sobre la responsabilidad penal y se aplicarán las normas del régimen penal de menores vigente.” Luego, el art. 120 establece la aplicación supletoria para todos los casos no previstos expresamente por esa ley, de las normas del Código Procesal Penal.

De modo que, una interpretación hermenéutica del art. 103 de la ley de rito, nos lleva a considerar que el impedimento para constituirse en querellante particular rige siempre que exista un joven procesado, esto es, junto a mayores o en soledad.

En cuanto a la razón de esta regulación especial, afirma Coussirat⁴⁴, que la misma reside en el hecho que el legislador ha privilegiado, frente a ese derecho constitucional del ofendido por el delito a intervenir en el proceso para perseguir una condena en contra del imputado, el interés superior del niño.

No obstante, parte de la doctrina sostiene la posición opuesta, entendiendo que no hay razones de peso suficiente que justifiquen tal exclusión. Esta postura entiende que tal previsión atenta contra el derecho de la víctima a constituirse en parte del proceso (PASCUA, 2018)⁴⁵. En sentido similar: “...no parece razonable la excepción que consagra esta norma: no desconocemos que el trámite referido a menores transita por reglas especiales que tienen por fin la formación de éstos mediante su protección integral, y que es el interés superior del menor el que se debe atender, tampoco se desconocen el trato reservado que tienen las actuaciones referidas a él, pero ninguno de los derechos relativos a los menores y consagrados por la convención de los derechos del niño se contraponen o resulta incompatible con los derechos que posea la Víctima” (SALIDO)⁴⁶

⁴⁴ Ob. cit. Tomo I, pág. 383/384.

⁴⁵ Ob.cit. pág. 204.

⁴⁶ Ob.cit. pág. 170.

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40) dispone: “...1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*”⁴⁷

Compartimos este punto de vista, en cuanto a que, el debido respeto a los derechos del joven imputado en estos casos, implique excluir de participación a la víctima en el proceso penal. No existe, a nuestro modo de ver, un interés o principio preponderante que exija relegar el derecho a la tutela judicial de aquélla en detrimento del procesado. Por el contrario, ambas garantías pueden coexistir con la intervención de este sujeto eventual.

Aún más, si el derecho juvenil tiene como fin fundamental la readaptación y resocialización o educación e integración del adolescente en infracción a la ley penal, ello de ninguna manera se opone a que la víctima pueda intervenir en el proceso como querellante particular, es más, podría sostenerse todo lo contrario. La participación del ofendido puede ayudar a que el niño niña y adolescente, logre los fines del derecho penal juvenil con más facilidad y mejor control.

La jurisprudencia también ha sido oscilante al interpretar esta norma a la luz de las garantías constitucionales que le asisten a la víctima.

La Cámara de Acusación de Córdoba, en fecha 29 de octubre de 2007, en la causa “Carpinello, Franco Albano y ots. P/ Lesiones Graves”, confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 91 del C.P.P. de Córdoba –norma similar a la aquí analizada- del *a quo*, concluyendo del siguiente modo: “...teniendo en cuenta que la figura del querellante particular se limita a coadyuvar en la investigación con relación a la existencia del hecho delictivo y la participación en él del supuesto autor, no se vería afectado el interés del menor en autos, W.A.V., ya que las medidas tutelares serían resueltas en definitiva por el Juez de Menores, estando vedada para el querellante toda injerencia al respecto. (...) Privar a la víctima, por sí o a través de sus representantes, a intervenir como querellante particular en un proceso tramitado en contra de menores imputables no es otra cosa que privarla del acceso a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el art. 18 de la C.N., en consonancia con lo que

⁴⁷ Adoptada el 20 de setiembre de 1989, ratificada por Argentina mediante ley 23.489 (b.o. 16/10/90).

disponen los art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁸”

Más recientemente, se declaró la inconstitucionalidad del art. 91 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Córdoba, por entender que, al impedir la constitución del querellante particular en el proceso incoado contra menores, resulta violatoria de la garantía de acceso a la jurisdicción consagrada por el art. 18 de la CN y el art. 8 apartado 1. de la CADH, incorporada por la CN a su mismo nivel (art. 75 inc. 22), art. 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 31 de la CN. Con similares argumentos se dispuso admitir la constitución de querellante particular solicitada, disponiendo además la afectación del principio de igualdad (art. 16 CN) con aquella previsión normativa⁴⁹.

Desde otra perspectiva, en fecha 11 de Julio de 2018, el Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro, según voto preopinante de la mayoría sostuvo: “...no advierto que las restricciones (...) a la constitución como parte querellante en los procesos penales incoados contra menores implique privar a la víctima de obtener un pronunciamiento útil en relación con sus derechos, dado que su interés está protegido por el Ministerio Público Fiscal quien (como parte integrante del Poder Judicial -art. 1, ley K 4199-) “debe realizar de forma incansable los actos jurídicos y las actividades institucionales necesarias con el fin de avanzar en la investigación y el juzgamiento transparente y adecuado, destacando la importancia de conseguir una administración de justicia responsable ante los ciudadanos, quienes podrán formular sus quejas y sugerencias sobre su funcionamiento y exigir, en caso necesario, las reparaciones a que hubiera lugar (conf. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia)” (STJRNS2 Se. 140/16).”

El voto minoritario, por otra parte, entendió que: “...el sentido jurídico-penal de la posibilidad de intervención de la víctima en el proceso, responde a un trato igualitario entre las partes y no afecta derechos adquiridos por el menor imputado bajo otro sistema procesal, que no implique revisarlo, o bien que impida al legislador en otra oportunidad otorgar ese derecho a la víctima. (...) Con el actual Código Procesal, entiendo que debe posibilitarse el ingreso de la víctima como parte querellante en procesos penales en los cuales se encuentran incoados contra menores por no estar expresamente prohibidos. Así, de los principios generales

⁴⁸ Fallo citado en (PEÑASCO, 2018), pág. 519.

⁴⁹ En la causa “P/A “P.L., L.V. (15) p.s.a. abuso sexual”, del 26/10/2020, el Juzgado Penal Juvenil de 7ª Nominación sostuvo: “Permitir su ejercicio en el proceso ordinario de adultos y prohibirlo en el penal juvenil, de modo evidente lesiona en primer término el principio de igualdad (art. 16 C.N.), que exige tratar de manera semejante a quienes se encuentren en situaciones similares y que la CSJN ha entendido, importa “El derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos 101:401; 124:122; 126:280; 127:167).

del Código Procesal, Título I y Capítulo I del Art. 12, señala como derechos de la víctima, que toda persona afectada por un delito “...tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal y de la ejecución penal en forma autónoma y gratuita, en igualdad de armas con las otras partes y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto y reparado su perjuicio...”.”

Si bien cabe aclarar que, para la fecha en que se dictara esta resolución, el Código Procesal de Río Negro no contemplaba expresamente este impedimento de constituirse en parte querellante en los procesos contra menores imputables, se ven reflejadas claramente en el Tribunal, las posturas antagónicas adoptadas a este respecto, reiterando que compartimos el voto minoritario, es decir, armonizar los derechos del menor con el de tutela judicial efectiva de la víctima, atendiendo a que garantizar este último además de respetar estándares convencionales por parte del Estado, de ningún modo perjudican al imputado ni ponen en crisis el resguardo especial que su condición de vulnerabilidad requiere, antes bien, pueden beneficiarlo a la hora de adoptar medidas o definir su situación procesal, con la participación del ofendido por el ilícito.

En definitiva, las garantías de tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción previstas por los arts. 25 y 8.1 de la C.A.D.H. y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ven afectadas con la previsión del art. 103 y además, conculca la igualdad ante la ley (art. 16 CN), ya que quien ha sufrido un menoscabo en sus derechos, se ve impedido de participar en un proceso en el fuero penal juvenil, a diferencia de aquellos seguidos contra mayores. Esta diferencia de trato que se le confiere a la víctima al impedirle el ingreso al proceso en el primer caso, no alcanza a ser justificada con el defendido interés superior del niño, ya que la adopción de medidas adecuadas a su integración familiar y social, deben cumplir con los requisitos legales y cuentan con el control jurisdiccional previsto por la normativa procesal vigente.

II.1.2. Oportunidad y trámite.

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la ley procesal penal mendocina, desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de

investigación con el objeto determinado en el artículo 315, aunque no hubiera aún persona imputada en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres días (art. 104). El pedido será resuelto por el juez de garantías en audiencia oral.

La última reforma a este artículo sustituido por la ley 8896 (art. 2) del 26 de agosto de 2016, incorporó la intervención del querellante particular desde los primeros momentos de la investigación, no dependiendo su actividad y personería de la aprobación o no del imputado, si no sólo de que exista un hecho típico que amerite investigación para que el querellante particular se constituya como tal, y participe el proceso.

La posibilidad de constituirse en parte querellante será hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, es decir hasta el dictado del decreto de remisión a juicio o que decirne el auto que lo ordene, conforme al artículo 363 del CPPMza.

Tras la imputación formal se le notificará al encausado, quien podrá oponerse en el término de tres días. Tanto la constitución como la oposición, serán por escrito conforme lo establece el artículo 103 del código de procedimiento. Es lógico entender que, si el pedido de ser parte querellante se plantea en forma escrita, en igual forma será la oposición.

Otra novedad de la ley 8896, es que el incidente de oposición a la constitución de querellante será resuelto por el juez de garantías en audiencia oral. Esta parte de la norma debe ser interpretada en correlación con el artículo 362, en relación a los recaudos de trámite y la modalidad característica para la celebración de la audiencia oral.

La sustanciación de esta instancia, con intervención del imputado, resguarda sus garantías procesales de debido proceso y defensa en juicio, con la posibilidad de evitar el ingreso de quien no tenga interés suficiente en la investigación llevada a cabo en su contra.

En efecto, el art. 105 de la ley de rito, prevé que, si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, estos puedan ocurrir ante el juez de garantías. Luego, la decisión adoptada por éste, no será apelable.

De modo que, la actuación del querellante que solicita formalmente ser tenido como parte en el proceso, está admitida en el CPPMza, desde los comienzos de la investigación a los fines de coadyuvar en la comprobación del hecho delictuoso, circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen, justifiquen, influyan en la punibilidad, individualización de autores, cómplices e instigadores y comprobara la extensión del daño (art. 315 CPP). También

por el art. 106, posee la facultad de acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, sin que ello lo exima de su deber de declarar como testigo.

II.1.3. Recurso de Apelación.

Respecto de la improcedencia del recurso de apelación ante la resolución del Juez de Garantías, entiende Coussirat que esta disposición expresa de la ley se debe a que, con la decisión jurisdiccional, la cuestión ha sido suficientemente analizada quedando en consecuencia firme la decisión, ya sea en el sentido de permitir la intervención del querellante o denegándola, sin que sea factible interposición de apelación contra aquélla. (COUSSIRAT, 2013)⁵⁰

Sin perjuicio de ello, y desde otra postura, sería apelable la decisión del juez de garantías que deniegue la intervención del querellante particular, de acuerdo a lo normado por la última parte del art. 562 bis del C.P.P. de Mendoza, que lo prevé expresamente.

La Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza resolvió admitir formalmente el recurso de apelación incoado por el pretense querellante en la causa P-15.875/09 (de fecha 13/08/2009). Entre sus argumentos, el Tribunal destacó que, con la regulación del querellante particular, dada por el nuevo Código Procesal Penal provincial, a partir de la ley 6730, se efectiviza de manera concreta y eficaz, como parte del proceso, la actuación de la víctima o sus herederos forzosos. Con su incorporación se procura, mejorar la investigación, permitir aportes probatorios, que en ocasiones sólo la víctima puede lograr y efectuar un control sobre la marcha de la causa.

El derecho a recurrir la decisión que impide su ingreso formal al proceso, se justifica también por la garantía constitucional a obtener una tutela efectiva, en tanto sólo a partir del reconocimiento de su legitimidad activa, podrá ejercer las facultades otorgadas en la ley procesal.

En efecto, el Supremo Tribunal Nacional, *in re* Santillán sentó el criterio de que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener

⁵⁰ Ob.cit., Tomo I, pág. 389.

sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma. Ahora bien, las normas procesales autorizan la participación procesal del acusador particular, estableciendo además para el reconocimiento de tal investidura ciertos requisitos ineludibles supeditando la legitimación procesal activa recién cuando el órgano jurisdiccional ha verificado su concurrencia. Por lo tanto, no encontrándose aún reconocida dicha calidad enervada por la víctima en el proceso (pretensio querellante), corresponde determinar de qué manera se da resguardo a la tutela judicial efectiva de ésta a través de los derechos a acceso a la jurisdicción y al recurso como así también si estos tienen algún límite.

En primer término, encontramos que, como derivación del derecho de defensa en juicio pensado en forma bidimensional, el derecho de acceso a la jurisdicción importa la posibilidad de cualquier persona –en este caso la víctima- de presentarse ante los tribunales para reclamar el reconocimiento de sus derechos en base a sus argumentaciones. A su vez, la normativa constitucional le brinda al ofendido el derecho a una tutela efectiva que deviene en la obligación del Estado de perseguir el delito para garantizar el derecho de justicia de la víctima (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 34/96, caso 11.228) y el derecho a una debida protección judicial en el sentido que toda persona debe contar con un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes que debe sustanciarse de acuerdo con las normas del debido proceso. Esta circunstancia “requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo” (conf. CAFFERATA NORES, 2011)⁵¹.

En consecuencia, si se asegura el acceso a la justicia mediante la garantía de la tutela judicial y se exige que esta sea efectiva, mal podría negarse el derecho al recurso de la víctima que asume el rol de parte en el proceso penal, pues sin el control sobre lo que se decida, tal tutela judicial lejos de ser efectiva, podría resultar “meramente ilusoria”⁵²

En este sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal en pleno estableció que “es necesario otorgar a quien se presenta en la escena del proceso solicitando ser tenido como querellante y no obtiene tal condición, la posibilidad efectiva de que otro tribunal revise aquellas resoluciones contrarias a sus intereses, en atención a la importancia de la decisión”.⁵³

⁵¹ Ob. cit. pág. 27.

⁵² Solimine, Marcelo A., “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva”, L.L., 8 de febrero de 2005, pg. 4, citado en (CAFFERATA NORES J. , 2011)

⁵³ Fallo Zychy Thyssen, Federico, Ivanissevich, Alejandro s/ recurso de inaplicabilidad de la ley, de fecha 23/06/06. Acuerdo N° 1/2006, en Plenario N° 11.

En otro caso, el Tribunal de Apelación mendocino resolvió declarar la inconstitucionalidad del art 105 del CPPMza, con similares fundamentos, entendiendo que sólo de esta forma la garantía a la tutela judicial efectiva que reposa sobre la víctima se mantendría incólume, puesto que, una de las maneras en las cuales ésta es materializada, es, precisamente, mediante la posibilidad de provocar la revisión de la resolución que deniega su admisión como querellante, reconociéndose así su derecho a recurso⁵⁴.

En esta línea de pensamiento se ha expedido Eduardo Jauchen al sostener: “en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional como la posibilidad de procura de justicia y de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de él una sentencia útil relativa a sus derechos, en este caso la pretensión punitiva derivada del delito del cual se ha sido víctima, es un derecho que no puede coartarse. Añadiendo a ello los principios de acceso a la justicia, derecho a una tutela judicial efectiva y eficaz y una vía judicial útil para defender los derechos, que surgen de la CADH y del PIDCP, permiten afirmar que cualquier procedimiento penal que no admita la figura del querellante otorgándole al ofendido la facultad de ser parte autónoma para promover y proseguir la acción penal pública, sin perjuicio de la participación conjunta del Ministerio Público Fiscal, es inconstitucional.”⁵⁵

De ello se deriva que igual naturaleza reviste una disposición legal que, sin fundamentos sólidos que la avalen, impide ser parte querellante en el proceso, pueda solicitar a un Tribunal Superior la revisión de los motivos del rechazo de su pretensión.

En definitiva, la línea argumentativa seguida por la jurisprudencia citada, demuestra una interpretación de la norma, acorde a la evolución que ha tenido el rol de la víctima en el proceso penal, y coherente con los instrumentos internacionales.

II.2. LA PARTICIPACION DEL QUERELLANTE PARTICULAR EN LAS MEDIDAS DE COERCION

⁵⁴ En la causa N° 3.795/1-119 “Recurso de Queja en Autos N° P-93.661/13...”, de fecha 27/12/2013

⁵⁵ “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, págs. 394/395.

Como venimos sosteniendo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por la normativa supranacional impone la necesidad de garantizar a la víctima medios efectivos para que su acceso a la justicia sea eficaz.

Y como producto de todo este proceso de ampliación de las garantías y derechos de la víctima, también se ha generado un debate sobre las posibilidades de intervención del querellante particular en las decisiones sobre las medidas de coerción al imputado (HAIRABEDIAN y ots.)⁵⁶.

Un enfoque restringido, niega a la víctima constituida como parte, la posibilidad de intervenir en las medidas de coerción del imputado, ya sea propiciándolas o impugnando su falta de aplicación o cese. Los argumentos generalmente son, la falta de previsión expresa en los códigos rituales y el carácter adhesivo del querellante al Ministerio Público, en ciertas cuestiones. (CRIVELLI, 1997)⁵⁷

También se afirma que la limitación que emana de la competencia del especial rol que la ley le asigna al querellante particular, veda a ésta toda participación en materia de coerción personal del imputado, impidiéndole tanto instar el dictado de medidas limitativas de la libertad personal del encartado, como impugnar resoluciones a ellas referidas. Las facultades que la ley acuerda al querellante particular son referidas principalmente a la actividad probatoria y en forma secundaria a la actividad impugnativa⁵⁸.

Gustavo Arocena en este sentido, considera que el querellante no tiene atribuciones en relación a la coerción personal del imputado, tanto para instar su imposición, como para impugnar resoluciones vinculadas con esa materia. Alega como fundamento la recepción literal de la norma procesal -aunque analiza la ley de rito cordobesa, ello resulta aplicable a la normativa mendocina que venimos desarrollando- que faculta a este sujeto eventual para intervenir en el proceso con inferencia esencialmente probatoria (“para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado”).

Como argumento teleológico, destaca que la finalidad de evitar la afectación del principio de igualdad de armas y garantías del imputado, resulta incompatible con extender las facultades del ofendido como sujeto eventual del proceso, por el riesgo de dejar introducir cuestiones vinculadas a su “sed de venganza”, aunque pueda admitirse como elemento

⁵⁶ Ob. cit. pág. 134.

⁵⁷ Ob. cit. págs. 616/617.

⁵⁸ En esta línea se ha pronunciado la C4º en lo Criminal de Córdoba en “Actuaciones labradas en Autos Crivelli”, del 17/06/2004 y la CNCrim. y Correc. de la Capital Federal –Sala V-, en la causa “Chaban, Omar Emir...” del 24/05/2005 (fallos citados en (HAIRABEDIAN).

imprescindible para la solución del conflicto social, debe necesariamente ser canalizada racionalmente por las reglas del ordenamiento jurídico.⁵⁹

Desde otra perspectiva, sin embargo, si la víctima constituida en querellante particular considera que la libertad del imputado constituye un riesgo para los fines del proceso, debe garantizarse la posibilidad de pedir que ese peligro se neutralice, a través de las vías procesales correspondientes para controlar la imposición o no de medidas de coerción. Esta conclusión emana de una correcta interpretación de las garantías acordadas al querellante particular en el proceso, reconocidas por los instrumentos internacionales.

En esta línea se encuentra el Código Procesal Penal de Mendoza, a partir de las últimas reformas incorporadas. El art. 294 (según leyes 8869 y 9040) establece que el pedido de prisión preventiva se resolverá en una audiencia pública e indelegable, con soporte de audio en donde debe citarse a las partes, a la víctima o en su caso a quien pueda constituirse como querellante particular; luego, en el segundo párrafo prevé que la presencia del juez, el fiscal, el imputado y su defensor, bajo pena de nulidad.

No está prevista en este caso, la presencia necesaria de la víctima para la realización de la audiencia. Sin embargo, el cuarto párrafo, prevé que deberá citarse con antelación a la misma y en caso de que concurra, se la deberá escuchar previo a resolver el incidente.

El octavo párrafo de dicha norma del CPPMza, establece el recurso de apelación para el fiscal y para el querellante particular en el caso que la resolución sea denegatoria de la prisión preventiva. Finalmente, el procedimiento regulado será aplicable bajo pena de nulidad, en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295).

De este modo, la legislación mendocina contempla la participación de la víctima en los incidentes relacionados con las medidas de coerción requeridas por el Ministerio Público, ya sea que se encuentre legitimada como sujeto del proceso, o aún en su calidad de persona damnificada, donde deberá oírse su opinión en caso que concurra a la audiencia fijada al efecto, previo a resolver sobre la situación del imputado.

En caso de existir querellante particular formalmente constituido, el mismo podrá interponer recurso de apelación contra la resolución que no haga lugar a la prisión

⁵⁹ Ob. cit. pág. 73.

preventiva, o bien, resuelva favorablemente al imputado, para el caso de los arts. 345 y 295 del mismo cuerpo legal.

Por lo que, la actual regulación procesal en materia de medidas de coerción del imputado, respeta las garantías constitucionales de la víctima, en consonancia con las normas internacionales que amparan su acceso a la jurisdicción y también a la revisión por parte de un Tribunal Superior, en caso que se resuelva desfavorablemente a su pretensión como querellante particular.

Entendemos que la intervención del ofendido en materia de medidas de coerción, no afecta la igualdad de armas, en tanto las causales estrictas de procedencia como su fundamento, deberán ser corroborados por el órgano jurisdiccional como tercer imparcial e imparcial. De este modo, el querellante podrá invocar motivos de riesgo procesal -esto es, peligro para su integridad psíquica o psíquica- o aquellos relacionados con el descubrimiento de la verdad y actuación de la ley, que no exceden el propósito de su incorporación en el proceso penal⁶⁰.

II.3. ROL DE LA VÍCTIMA EN LA PERSECUCION PENAL Y LA ACUSACIÓN PRIVADA DEL QUERELLANTE PARTICULAR.

Delineado a esta altura, el derecho de la víctima a obtener una tutela judicial efectiva, puede afirmarse que el mismo comprende el derecho de exigir al Estado una investigación eficaz. En este sentido, la Comisión Interamericana de derechos Humanos ha declarado que: “cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance...a fin de identificar a los responsables y de imponerles las sanciones pertinentes...” (Caso 10.970, Informe 5/96). Y que todo individuo tiene derecho “a obtener una investigación judicial a cargo de un Tribunal competente, imparcial e independiente, en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes (Caso 10.970, informe 5/96) y que “...tratándose de delitos de acción pública perseguibles de oficio, el Estado

⁶⁰ El art. 104 del CPPMza, faculta al querellante para intervenir a los fines del art. 315 del mismo cuerpo legal, especialmente, “comprobar si existe un hecho delictuoso”, que no es otra cosas que pretender el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos, promoviendo e impulsando las distintas etapas procesales” (Caso 11.228, Informe N° 34/96).

Este nuevo paradigma fue analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Santillán⁶¹ donde admitió que el pedido de condena realizado por el querellante por un delito de acción pública es idóneo para habilitar al tribunal de juicio para que dicte una sentencia condenatoria, aunque el Fiscal hubiera pedido absolución. Sostuvo que: “...todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual, el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma.”

Consideró también la CSJN que el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna consiste en la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de jurisdicción y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes, derecho cuyo alcance encuentra coincidencia con el que reconocen los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta doctrina del Máximo Tribunal Argentino, cuatro años después, cambia por un tiempo su posición respecto a la necesidad de acusación fiscal para la existencia de condena, en agosto de 2002 con “Marcilese”⁶² debido al diferente voto emitido por el Juez Fayt que modificó la composición del voto mayoritario. Ello, en el entendimiento de que el requisito de la acusación, contenida en la garantía del debido proceso, se integra con la requisitoria de elevación a juicio, sin perjuicio de no formular tal pretensión en la etapa de alegatos⁶³.

Con el fallo “Mostaccio”⁶⁴, la Corte Suprema de Justicia, vuelve a la posición sentada en “Santillan” y “Tarifeño”⁶⁵, reafirmando la necesidad de acusación final luego del debate, como requisito indispensable para la existencia de condena, reconociendo a su vez,

⁶¹ SCJN, Caso “Santillán”, L.L., Suplemento de Jurisprudencia penal y procesal penal, 28-09-1998.

⁶² SCJN, “Marcilese, Pedro Julio y ot. s/homicidio calificado”, fallo del 15/08/2002.

⁶³ “Los principios procesales que reconocen raigambre constitucional sólo exigen que a una sentencia preceda una acusación. Una correcta acusación es el presupuesto de un debate válido y conforme la estructura de nuestro juicio penal recibida del derecho continental europeo, el juicio oral y público tiene por misión valorar esa acusación -que abrió el juicio- según el contenido del debate. La existencia de una acusación así definida se verificó en el sub lite -materializada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio- de lo contrario el tribunal oral actuante hubiera carecido de jurisdicción. Obviamente su ausencia hubiera implicado la imposibilidad de dictar condena, pues no se hubiera cumplido con la exigencia contenida en la garantía de la defensa en juicio y la imparcialidad del tribunal se vería seriamente afectada. Por lo tanto, la requisitoria de elevación a juicio es la acusación indispensable para garantizar el debido proceso legal. Que, por el contrario, los alegatos no revisten ese carácter, éstos no modifican el objeto procesal: allí simplemente las partes exponen sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate, actividad que se diferencia claramente de la de acusar.”

⁶⁴ SCJN, “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo”, de fecha 17/02/2004.

⁶⁵ SCJN, “Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad”, de fecha 28/12/89.

facultades acusatorias autónomas al querellante particular, en cumplimiento de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

En el caso “Del’Olio”⁶⁶ se reitera esta posición, en el sentido que: “...tiene dicho esta Corte en el precedente "Santillan" -Fallos: 321:2021- que la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula.”

La postura seguida por la jurisprudencia argentina en este tema y por parte de la doctrina (CAFFERATA NORES J. I., 1983) (COUSSIRAT, 2013), marca una evolución conteste con los pronunciamientos internacionales que reconocen garantías procesales concretas a la víctima, que decide formar parte como sujeto eventual.

Expresa Bidart Campos sobre este punto: “Si un particular resulta damnificado por un delito de acción pública, éste goza de legitimación para acceder a la justicia como querellante, haciendo uso del derecho a la jurisdicción, al debido proceso, y a la defensa, reconocidos por nuestra Constitución Nacional. En consecuencia, es inconstitucional no legitimar al particular damnificado, de su carácter de querellante en un proceso penal, puesto que es a través de ese rol que el damnificado puede hacer valer sus derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. La defensa contra el delito no sólo interesa a la Sociedad y al Estado, sino también a las víctimas. La intervención del Ministerio Público en el proceso penal no debe sustituir la intervención del querellante. Por ende, si se desconoce al particular damnificado el rol de querellante en el proceso, se estaría transgrediendo no sólo la Constitución, sino un tratado internacional que también conforma nuestro derecho interno.”⁶⁷

Otra parte de la doctrina cuestiona la facultad autónoma del querellante para obtener condena, sobre la base de los siguientes fundamentos: 1) el derecho de la víctima a actuar en juicio, no implica que ella tenga derecho a obtener una condena penal; 2) el derecho de acceso a la justicia, se encuentra dirigido a todo individuo, a fin de evitar se violen sus derechos fundamentales por parte del Estado –como protección limitadora del omnipotente poder de persecución penal ejercido en su contra-, pero de modo alguno implica en cualquier caso, acordarle el propio poder de persecución penal de los posibles participantes del delito que

⁶⁶ CSJN, “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos s/ defraudación por administración fraudulenta”, fallo del 11/07/2006.

⁶⁷ (BIDART CAMPOS, 1991).

la habría perjudicado; 3) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el ámbito penal, sólo puede invocarse para tutelar los derechos individuales del imputado frente al poder punitivo del Estado, pero nunca para apuntalar tal poder penal contra el individuo al que se dirige; 4) la bilateralidad requerida en la defensa en juicio, reconocida en la Constitución Nacional, no incluye la promoción de la acción de la Justicia en manos exclusivamente de la víctima, justamente por razones vinculadas a la racionalidad de la persecución penal y actuación de la justicia; 5) que la víctima tenga interés en la condena no significa que tenga un derecho a ella, y la invocación de garantías constitucionales de modo alguno pueden vulnerar aquellos instrumentos reconocidos para el imputado sometido a un proceso penal; 6) legitimar las cuotas de represivización del poder penal como consecuencia de admitir un poder autónomo en la víctima –el imputado debe enfrentarse a dos acusaciones, no una-⁶⁸

Se sostiene que el fortalecimiento de la posición del querellante particular puede presentarse para facilitar la primacía de la necesidad de venganza del afectado sobre el interés general de resocialización, que es, la finalidad preventivo-especial que la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660 le adscribe a esa especie de sanción.

Esta postura se inclina por propiciar la aceptación de un modelo de querellante particular cuyas facultades jurídicas se acoten de manera tal que se posibilite al ofendido penal, solo la colaboración y el control de la persecución penal, y no, la persecución autónoma del presunto ofensor (AROCENA, 2003)⁶⁹.

Ahora bien, una pequeña dirección o reiteración de un concepto que debería estar siempre presente a esta altura. Los derechos procesales de que se está hablando son los de pedir, reclamar, exhortar, exigir, impetrar, solicitar, sugerir, excitar la jurisdicción, para la concreción de una pretensión de fondo. Pero de ellos no se deriva que los demás sujetos procesales y especialmente los jueces, se encuentren obligados a cumplimentar tales pedidos o a seguir sus argumentos. Una acusación de la parte querellante, no impide las sentencias absolutorias, como tampoco sus requerimientos en la etapa de instrucción optan a los sobreseimientos, siempre y cuando, estas decisiones judiciales sean fundadas y refuten los argumentos acusatorios. De allí que la postura dirigida al reconocimiento de la facultad de acusar autónomamente del querellante, en el proceso penal, resulta una concreción de sus garantías reconocidas internacionalmente, conforme los compromisos asumidos por los Estados y es coherente en un

⁶⁸ (PASCUA, 2018) Ob. cit., págs.. 583 a 588.

⁶⁹ Ob. Cit. Pág. 57.

todo, a nuestro modo de ver, con la evolución que su concepto e intervención, han tenido en el proceso penal.

Conocido es que el reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso penal conforma uno de los temas que mayor evolución ha tenido en los últimos tiempos, adquiriendo una apreciable magnitud con el dictado de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad⁷⁰ -a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante acordada 5/2009 de fecha 24 de Febrero de 2009-, conformando uno de los aspectos esenciales de éstas, la facultad de presentarse en el proceso como parte acusadora bajo la figura del querellante.

Entre los objetivos de dicho documento se reconoce el de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que determinan el pleno goce de los servicios del sistema judicial, debiendo promoverse las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición.

Es así que la visión del proceso penal como un sistema de garantías bilaterales – mediante el reconocimiento no ya sólo de aquéllas que corresponden individualmente al imputado, sino también de las que son compartidas con la víctima- se ha ido incrementando, siendo que “la bilateralidad del sistema se manifiesta, principalmente, en la existencia de algunas garantías judiciales genéricas, comunes para la víctima y el acusado; ellas son las de igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia y defensa en juicio, e imparcialidad (e independencia) de los jueces”, derivándose de la mencionada en segundo término, “la atribución a tener libre acceso a los tribunales para procurar y lograr el reconocimiento y la protección, aún penal, del derecho que se afirme violado, o de poder resistir la pretensión de restricción de derechos que implica la imposición de una pena (y el desarrollo del mismo proceso)⁷¹” o, dicho de otra manera, el derecho de acceso a la justicia o de la tutela judicial efectiva.

La garantía judicial a la tutela judicial efectiva, como vimos, se encuentra contemplada por el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso

⁷⁰ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008

⁷¹ (CAFFERATA NORES J., 2011), pág. 23.

efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, instrumento que, redundante resulta aclararlo, posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), con el consecuente deber de la legislación de adecuarse a los postulados allí sentados, siendo tales normas, por su naturaleza, directamente operativas⁷².

Ello se relaciona íntimamente con otra disposición contenida en la misma Convención, esto es, con el art. 8.1, en cuanto establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos o obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, consagrando de esta manera el documento internacional el derecho de acceso a la jurisdicción de “toda persona”.

Ha reconocido de igual forma la CADH el derecho a la doble instancia en el art. 8.2, al sostener, en su segunda parte, que: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En este mismo lineamiento, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”, aludiendo así este instrumento el derecho a ser oído, de acceso a la justicia o a la jurisdicción y el principio de igualdad.

De la normativa citada se desprende el expreso reconocimiento a la víctima en el proceso penal de acudir, con las debidas garantías y en un pie de igualdad, al órgano jurisdiccional competente para la determinación de sus derechos, de obtener una respuesta de tales órganos sin ningún tipo de distinción y de poder obtener una revisión de aquellas decisiones que le resulten adversas.

⁷² CSJN, Ekemkdjian c/ Sofovich, JA-1992-III-194.

Se le reconoce entonces mediante tal plexo normativo el derecho a una intervención dinámica y relevante en el proceso penal para la satisfacción de sus intereses –la que se verá reflejada con su participación activa como querellante cuando decida ejercer tal facultad-, de lo que se desprende que cualquier disposición legal que injustificadamente impida o restrinja el ejercicio de su derecho a ser parte en el proceso penal bajo las modalidades previstas legalmente, será de dudosa constitucionalidad.

Y en este punto, las palabras del constitucionalista Bidart Campos adquieren relevancia en cuanto señala: “¿Para qué hablar de derecho de acceso a la justicia, o de derecho a la tutela judicial eficaz, o de derecho a una vía útil para defender sus derechos, si en el proceso penal no se le suministra a la víctima ‘la llave’ procesal que constitucionalmente le es debida con el fin de que tome parte en la defensa del bien jurídico penalmente tutelado en la incriminación pertinente, cuando nadie sería capaz de rebatir la noción de que el daño a ese bien jurídico como consecuencia de un delito, perjudica en primer término a la víctima?⁷³”

En conclusión, la facultad autónoma de acusación y pedido de pena del querellante, es un corolario más de los postulados normativos que imponen su participación en el proceso penal. Y ello no conculca las garantías del imputado concretamente, la igualdad de armas-, en tanto el Tribunal de juicio no se encuentra obligado a dictar sentencia a partir de tal pedido. Antes bien, deberá valorar los elementos aportados en el juicio conforme a las reglas de la sana crítica racional, tanto para el pedido de acusación fiscal, como para el caso de la acusación privada.

⁷³ “Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la acusación penal”, La ley, 1998-E, pág. 434.

CAPITULO III: LA VICTIMA EN RELACION AL EJERCICIO Y DISPONIBILIDAD DE LA ACCION PENAL

En el capítulo anterior, analizamos la participación de la víctima en el proceso penal, a través de las facultades legales reguladas, con especial referencia al digesto procesal de la Provincia de Mendoza. En el presente, nos referiremos a la injerencia de aquella -también en el marco del proceso penal- en el ejercicio y la disponibilidad de la acción penal.

Al hablar la acción penal, debemos partir del axioma "*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*", que plasma el denominado principio de legalidad penal, que consiste en el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal, que en nuestro país posee jerarquía constitucional (art. 18).

Como sabemos, la ley penal en abstracto describe una conducta como punible y prevé una sanción. No obstante, es necesario que el Estado -quien tiene el monopolio de la fuerza- a través de sus órganos persecutorios impulse la investigación y verifique la existencia del hecho, la participación del imputado y, si corresponde, aplique la sanción al responsable. Esto, se conoce como principio de oficialidad, que se distingue del principio de legalidad procesal, según el cual el Estado posee la obligatoriedad de la persecución, de todos los hechos punibles de los que se tome conocimiento.

De este modo, nuestro país consagra el principio de legalidad que puede entenderse como la automática e inevitable reacción del Estado a través de sus órganos predisuestos, para que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comiencen a investigarlo, reclamen luego el juzgamiento y si corresponde el castigo.

Como establecen los postulados legales y constitucionales, el titular de la acción penal es el Estado, a quien le cabe la responsabilidad de perseguir las infracciones al Código Penal -art. 120 CN⁷⁴, art. 71 CP⁷⁵ y art. 8 CPPMza⁷⁶-

⁷⁴ Art. 120 CN: El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

⁷⁵ Art. 71 CP: Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

⁷⁶ Art. 8 CPPMza: La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

El principio de oficialidad, postula entonces que la iniciación, impulso y desarrollo de los procesos judiciales depende de un órgano público y no de la mera voluntad de las partes. En idéntico sentido, por imperio del principio de legalidad, toda pretensión penal y su resistencia o defensa es tramitada de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas procesales previstas en la ley.

Frente a este último, el principio de oportunidad permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, excluyendo aquellos hechos que presentan un escaso interés social, y respecto de los que la imposición de una pena carece de significación y finalidad.

Este postulado, abarca aquellos criterios, por los cuales la ley acuerda a los órganos encargados de la investigación penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la investigación o suspender provisoriamente la ya iniciada, limitarla objetiva o subjetivamente, hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aplicar penas inferiores a la escala penal fijada legalmente para el delito, o eximir a los responsables de ella.

Ahora bien, dentro de esta facultad legal de disponibilidad de la acción del Ministerio Público, surge el interrogante del rol que le cabe a víctima, como personal damnificado por el ilícito penal.

III.1. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PREVISTOS EN EL CPPMZA.

Los criterios de oportunidad, son institutos legalmente previstos, que otorgan a los órganos encargados de la persecución penal, la posibilidad de prescindir de ella, ante la eventual comisión de un ilícito, o suspenderla total o parcialmente, por razones de política criminal o utilidad social.

En este sentido lo definen José Cafferata Nores y Aída Tarditti, como "...la posibilidad que la ley acuerda a los órganos públicos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a alguno o a algunos de los autores y no a todos) o de hacerla cesar definitivamente antes de la

sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar...”. (CAFFERATA NORES J. Y., 2003)⁷⁷.

III.1.1. La solución de conflicto

Un supuesto en que suele admitirse la suspensión de la persecución penal, es, cuando haya operado la solución de conflicto entre autor y víctima. Cuando se habla de delito, se trata de la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado, lo que pone en contraposición los intereses del autor y de la víctima.

En el ámbito supranacional, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁷⁸, 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.

De igual modo, el art. 5 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)⁷⁹ establece 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...”.

El cambio de paradigma en el proceso penal, surge a partir de la reflexión e incorporación de nuevas herramientas, como la introducción de métodos autocompositivos para solucionar el conflicto penal y la posibilidad de brindar, frente a un problema, una solución alternativa que permite la participación de la víctima y el autor.

Estas vías alternativas eran impensables en el proceso penal inquisitivo y aún en el mixto, en la medida en que el conflicto no se trababa entre ofensor y ofendido, sino con el Estado, impidiendo de ese modo la intervención de la víctima en el conflicto y partiendo de la idea del delito como desobediencia a la autoridad y apartamiento del orden estatal.

Estos cambios estuvieron acompañados por una serie de factores que permitieron –y aún lo siguen haciendo– avanzar en la reflexión sobre las salidas alternativas que aparecen

⁷⁷ Ob. cit., Tomo I, pág. 74.

⁷⁸ Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia, entre el 4 y el 6 de marzo de 2008.

⁷⁹ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

como una forma más pacífica y menos costosa de solucionar el conflicto. La justicia restaurativa produce resultados alentadores para los infractores, las víctimas y la comunidad y beneficios que se ven reflejados en el funcionamiento del proceso penal.

En este contexto, el reconocimiento de los derechos del imputado y de la víctima, la toma de conciencia de la ineficacia de las penas privativas de la libertad, la necesidad de descongestionar los tribunales y las nuevas políticas de persecución penal que encara el Ministerio Público Fiscal llevaron a replantearse, como método de avance, la utilización de soluciones alternativas para la búsqueda de respuestas sensibles que permitan gestionar los conflictos sin el impacto que genera la pena.

En nuestro país, a partir de la sanción de la ley 27.147 (B.O. 18/06/2016) se incorporó en el texto del art. 59 del CP: “La acción penal se extinguirá: (...) 6°) por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...”. Se infiere entonces que el Congreso Nacional, al haberlo legislado para todo el territorio y en el marco del Código Penal como parte de sus facultades otorgadas por el art. 75 inc. 22 de la CN, ha reconocido que es de carácter sustantivo el ejercicio y la extinción de la acción penal. Pero dado que exige conformidad con las leyes de forma –ajenas a su competencia- admite que las provincias regulen con carácter procesal, cuestiones relativas al ejercicio de algunas de las causales de extinción. Puntualmente en lo referido a la conciliación y a la reparación, el gobierno federal solo estableció su posibilidad y otorgó toda su regulación al dictado de normas procesales.

La exigencia de conformidad con las leyes procesales correspondientes es requerida también para la extinción de la acción por aplicación de criterios de oportunidad (inciso 5°) y por suspensión del proceso a prueba (inciso 7°), instituto analizado *ut supra*.

Con la introducción de la solución de conflicto -sea como reparación integral o conciliación entre las partes- en la ley sustantiva, y, teniendo en consideración que en las provincias ya venía aplicándose esta modalidad alternativa al proceso penal hace resurgir el debate sobre la competencia para legislar sobre la extinción de la acción penal y su regulación que según Daniel Pastor en definitiva, sigue dando discusión a partir de la falta de claridad de la norma (PASTOR, 2015)⁸⁰.

⁸⁰ Pastor, Daniel R., “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”. *Diario Penal*, Columna de Opinión, 11.09.2015.

En esta línea se observa que si bien constituye ley vigente (art. 59, inc. 6° del Código Penal), la decisión del legislador de remitir a los códigos procesales la regulación de la procedencia, los alcances, los límites y demás aspectos trascendentales de la nueva manera de extinción de la acción penal dicha decisión resulta, al menos, debatible.

Es que, la diversa regulación de estos institutos en las provincias podría generar desigualdades, dentro del territorio nacional, considerando que los requisitos allí exigidos derivarán en la extinción de la acción penal.

Sin embargo, más allá de la discusión, hay una realidad. Ante la demora del Congreso de la Nación han sido las legislaciones locales, es decir, las provincias las que han avanzado en la materia y han regulado de manera exitosa, incluso antes de la introducción en el Código Penal, la conciliación y la reparación integral del daño como soluciones alternativas para la resolución de conflictos penales. En efecto la cuestión fue regulada por los Códigos Procesales de la C.A.B.A (Arts. 199 y 204), del Chaco (Art. 6, inc. 1), del Chubut (Arts. 44, inc. 1°, 47 y 48), de Entre Ríos (Art. 5, inc. 2), de Jujuy (Art 101, inc. 1), de La Pampa (Art. 15, inc. 1), de La Rioja (Art. 204, inc. 1), de Mendoza (Art. 26, inc. 1), de Misiones (Art. 60, inc. B), de Neuquén (Art. 106, inc. 1), de Río Negro (Art. 96, inc. 1), de Salta (Art. 231, inc. a), de Santiago del Estero (Art. 61, inc. 1), de Tucumán (Art. 27, inc. 1) y de Tierra del Fuego (Arts. 309, inc. 7 y 331).

Así fue señalado por el senador Urtubey, miembro informante del proyecto de reforma del artículo 59 bajo análisis, quien dijo que “Las provincias argentinas hacen sus códigos y empezaron a admitir que los fiscales podían dejar de lado la acción cuando se producían situaciones de reparación, conciliación o el caso de principio de oportunidad. ¿Qué hicimos nosotros? Para zanjar esta discusión y convertirla en una cuestión casi de gabinete dijimos: pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista. Por supuesto que en las condiciones que cada ordenamiento procesal penal de la provincia lo disponga. Simplemente, ha quedado conciliada esta diferencia en cuanto a si tenía que estar en el código de fondo; lo hemos puesto allí⁸¹”.

⁸¹ Cámara de Senadores de la Nación, Periodo 133°, 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, versión taquigráfica, p. 103, exposición del Senador Urtubey, citado por en Ledesma, Ángela en “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del código penal”, consultado en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf>, el 13/01/2021.

En esta línea debe resaltarse el fallo “Del Tronco” del año 2010 –anterior a la legislación del Código Penal aquí estudiada– emitido por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el que consideró que “Hay una diferencia entre, por un lado, disponer el inicio de oficio de las acciones públicas (art. 71 del CP) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente el impulso del proceso. La primera potestad ha sido ejercida en el ámbito del art. 75, inc. 12 de la CN, la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (arts. 5 y 129). El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI art. 71 del CP) no restringe las potestades locales para regular el modo en que el fiscal impulsa la acción”.⁸²

En estos términos, bajo estas cuestiones de carácter constitucional y ante la realidad política y fáctica actual, debe dejarse planteada la discusión relativa a la posible regulación legislativa de los institutos.

Como hemos referido, el principio de oportunidad permite en algunos casos prescindir de la persecución penal pública, disminuir el costo de las pequeñas causas, insignificantes o intrascendentes frente a los procesos complejos y aplicar soluciones menos perjudiciales al imputado que se encuentra sometido a proceso, para a la vez, optimizar así los recursos disponibles. Asimismo, permite contar con salidas alternativas que brindan mayor cantidad de respuestas a los reclamos sociales.

La sanción de la ley 27.147 (B.O. 18/6/15) que agrega al artículo 59 del Código Penal los últimos tres incisos, fue prevista para brindar la posibilidad de apartarse del principio de legalidad y se introdujo el principio de oportunidad mediante la posibilidad de disponer de la acción penal.

Este mecanismo se encuentra alineado con las nuevas políticas de persecución penal que encara el Ministerio Público Fiscal, que impulsan la reconfiguración del rol de los fiscales y la persecución penal estratégica, entendida como selección de casos dentro de distintos tipos de salidas que brinda el sistema. En este cuadro de situación, la reparación y la

⁸² Expte. n° 6784/09 Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 CP” y Expte. N° 6785/09 “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas no 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 CP”

conciliación aplicados dentro del derecho penal, permiten a las víctimas ver reparado el daño sufrido y a los imputados la posibilidad de no ser sancionados con la aplicación de una pena.

De modo que “pareciera evidente que en una sociedad civilizada la regla debiera ser solucionar el conflicto sin necesidad de aplicar una pena, mucho más cuando esa pena en nada beneficia a la víctima, es más, en muchos casos hasta puede perjudicarla (la expropiación del conflicto a las partes por parte del Estado es una política internalizada en el sistema penal y un cambio de paradigma no será nada sencillo si tenemos en cuenta que las prácticas en muchos casos continúan aun cuando las leyes se modifican)⁸³”

Siguiendo estos lineamientos, la conciliación o reparación integral del perjuicio es una solución pacífica del conflicto tanto para el ofendido como para el ofensor, permitiendo restablecer el orden jurídico. De esta forma se optimizan los recursos disponibles a fin de destinarlos a los procesos complejos y la criminalidad organizada (casos que representan mayor costo social).

Conforme están previstos en el Código Penal argentino -con la conjunción “o”- y por abarcar dos situaciones diferente, se distinguen dos institutos independientes: la conciliación, esto es, un mutuo acuerdo, obviamente bilateral, entre el imputado y la supuesta víctima que pone fin a su enfrentamiento; y la reparación integral es el cumplimiento unilateral por parte del imputado, de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito.

En la provincia de Mendoza, el Código Procesal Penal se refiere a la solución de conflicto, en su art. 26 inc. 2, en consonancia con el principio sentado en el art. 5, en cuanto a que uno de los fines del proceso es la restauración de la armonía social entre los protagonistas del delito, debiendo en este sentido “resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito.”

No obstante, cabe destacar en este punto, que la aplicación de esta solución -al igual que el resto de los criterios de oportunidad del art. 26 y 30 de dicho cuerpo legal- se encuentran condicionados por las disposiciones emanadas de la Procuración General de la provincia a las que hemos hecho referencia anteriormente (Res. 717/16 y 16/20) que limitan el otorgamiento del consentimiento del Ministerio Público Fiscal.

⁸³ Ledesma, Ángela, ob. cit.

De este modo, la participación del presunto ofendido, se ve limitada claramente a los criterios de política criminal establecidos por el Ministerio Público Fiscal, en tanto su dictamen resulta vinculante para la procedencia de los mismos. En esta línea se ubican las disposiciones del cuerpo normativo citado anteriormente, como también la jurisprudencia sentada por el Supremo Tribunal de Mendoza, que ha resuelto: “El dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamen es en sentido negativo. Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad para que la "*probation*" pueda tener andamio; y ello es así porque el Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio es el titular de la acción penal⁸⁴”

III.1.2. La suspensión del juicio a prueba

Este instituto suele definirse como una solución ideada por el legislador para que ciertos hechos que deberían ser investigados y sometidos a juicio reciban una regulación especial. Se trata pues de que, en casos de ciertos delitos leves, el imputado pueda evitar que se llegue a sentencia, ofreciendo cumplir con requisitos y determinadas obligaciones durante el lapso de tiempo que el tribunal establezca; y todo ello con la expresa anuencia del Ministerio Público que es quien en definitiva resulta titular de la acción penal (COUSSIRAT, 2013)⁸⁵.

La intervención de la víctima en este supuesto, aparece con la exigencia de reparación del daño por parte del imputado, con diversas previsiones según el régimen aplicable.

Así, el Código Penal Argentino (CP), establece en primer lugar, que la suspensión del juicio a prueba, se regirá por las legislaciones procesales de cada provincia en el art. 76 (texto según ley 27.147 B.O. 18/06/2015). De la norma se infiere que, la regulación que prevé el mismo cuerpo legal a continuación -arts. 76 bis a 76 quáter- será aplicable supletoriamente, y para el caso que los códigos procedimentales no establezcan disposición al respecto.

⁸⁴ Expte. N° 13039308694 - FISCAL C/ CRECITELLI FLIGUER MAURO ALEXIS P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA. P/ CAS., 14/12/2017, SENTENCIA SALA N° 2, LS546-094), entre otros.

⁸⁵ Ob. cit., Tomo I, pág. 167.

Luego, en el art. 76 bis tercer párrafo, se dispone que el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, “sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente.” Este ofrecimiento podrá o no ser aceptado por la parte damnificada, sin que ello obste a la concesión del criterio de oportunidad. En caso de rechazo a su vez, ésta tendrá habilitada la vía correspondiente, para reclamar el resarcimiento económico por el daño ocasionado con el delito.

De este modo, la intervención que la víctima posee en este trámite procesal, se limita a expresar si acepta o no el ofrecimiento que puede ofrecer el encartado, y en caso negativo, ocurrir eventualmente por la vía civil para ser indemnizada. Pero, no influye su opinión en el otorgamiento del beneficio, ni éste se encuentra supeditado a la aceptación, o consideración como razonable del damnificado.

En la provincia de Mendoza, la ley de rito prevé la constitución de la víctima en actor civil como requisito, para que sea exigible algún ofrecimiento de reparación por parte del procesado (art 30, segundo párrafo). Por lo que, según esta normativa, no sólo se priva al ofendido de una participación activa en este criterio de oportunidad. sino que, sólo obliga al imputado a ofrecer una reparación del daño causado cuando exista actor civil en el proceso.

Con anterioridad a que se sancionara la ley 27.147, en el sentido antes mencionado, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, se había expedido dando preeminencia a la exigencia del tercer párrafo del art. 76 bis C.P., entendiendo que el código procedimental “...no [puede] eliminar uno de los recaudos que el Congreso Nacional impuso como condición para su otorgamiento, en franca contradicción con la ley de fondo. Ello porque el ofrecimiento de la reparación del daño causado, dista de ser una cuestión meramente formal, susceptible de ser modificada por la voluntad del órgano legislativo provincial, al punto que algunos autores centran el objetivo de la *probation* en la reparación del daño a la víctima⁸⁶”.

Sin perjuicio de ello, y con mayor claridad luego de la reforma al Código Penal del 18 de junio de 2015, los Tribunales de la Provincia han otorgado la suspensión al procedimiento penal con laxitud en este aspecto, en estricto cumplimiento de la norma del art. 30 CPPMza..

Más allá de la diferencia apuntada, lo cierto es que la víctima no posee facultades procesales tendientes a impedir la concesión de este instituto, cuando exista dictamen favorable

⁸⁶ Caso Vilchez Segura, Expte. N° 91.297. LS 389-073, Sala 2, 22/5/2008.

del Ministerio Fiscal y la pretendida reparación podría ser reclamada en el fuero civil, como en el caso del ofrecimiento rechazado en el proceso penal.

En tal entendimiento, la vocación de intervención de la víctima en el proceso exigida en la actualidad, se limita aquí a la obtención de una indemnización de la que no sería privada, por la suspensión del procedimiento. Pretender entonces, extender el derecho del ofendido a participar del proceso a decidir sobre la concesión o no de este instituto discrecionalmente, implicaría modificar el principio de legalidad y hacer recaer el criterio de selección de casos a perseguir penalmente en manos del damnificado, trastocando el fundamento mismo del principio de oportunidad.

Es decir, la aplicación de este criterio de oportunidad -que se orienta a descomprimir la administración de justicia, o bien, evitar la estigmatización del imputado por su edad, condiciones personales o insignificancia del hecho- se tornaría casi imposible frente a los intereses de quien ha sufrido los efectos del delito y reclama justicia, sin tener en cuenta aquellos criterios en los que pone atención el Estado a la hora de iniciar o continuar con la acción penal.

Por otro lado, la víctima no aparece totalmente relegada con la suspensión del juicio a prueba, por varios motivos. Veamos.

En primer lugar, porque el Ministerio Público Fiscal (MPF) en la práctica tiene en consideración especialmente y en cada caso, la situación de la víctima y las circunstancias particulares del caso, previo a emitir su dictamen. Así ocurre, en el caso de Mendoza, donde a través de diversas regulaciones y directivas, el MPF ha limitado su consentimiento para determinados casos, como son las Resoluciones N° 717/2016⁸⁷ y la N° 16/2020⁸⁸.

⁸⁷ Esta Resolución limita el consentimiento para aquellos casos que: se traten de violencia de género, o los afectados sean menores de 13 años de edad, cuando el hecho pueda comprometer el interés o el orden público, que haya causado la muerte o haya puesto en riesgo la vida de la víctima, que se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común, o armas de fuego, que aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial y/o haya afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas, que revista el imputado calidad de reincidente, que se le haya concedido el instituto en un período inferior a un año, que revista carácter de funcionario público o que no se encuentre judicialmente sometido a medidas de seguridad curativas o educativas de la ley de estupefacientes o salud mental.

⁸⁸ Con esta Resolución, el MPF de Mendoza, aunque en términos similares, precisa aquellos casos en los que no otorgará el consentimiento para la aplicación de los criterios de oportunidad fijados en el Código, a saber: a) violencia contra la mujer; b) en los casos que se estime que, de recaer condena, correspondería la declaración de reincidencia a los términos del art. 50 C.P; c) cuando el imputado sea funcionario público y el hecho fuere cometido en ejercicio u ocasión de su función; d) hechos que hubieren causado la muerte, lesiones gravísimas o riesgo para la vida de la víctima; e) hechos cometidos antes de haber transcurrido un año desde el otorgamiento de la suspensión de la persecución penal en otra causa penal. Luego se agrega, en sentido ampliatorio, aquellos casos que revistan especial gravedad, cuando estén vinculados a la criminalidad organizada, notoria trascendencia pública, o puedan afectar el normal funcionamiento de la Administración Pública o al Patrimonio Público, o se haya utilizado un medio idóneo para generar un peligro común o que involucren armas de fuego. No obstante, en estos casos, el dictamen favorable se encuentra supeditado a la previa consulta y anuencia del Fiscal Jefe y Fiscal Adjunto.

Por otra parte, la concesión al imputado está sujeta a una serie de reglas cuyo cumplimiento se torna necesario para la extinción de la acción. Y en este aspecto podrá incidir la voluntad e interés de la víctima, canalizado a través del órgano acusador, para proponer o controlar las condiciones que determine imponer el Tribunal.

III.1.3. El juicio abreviado

En este caso, en sentido similar a lo que ocurre con la suspensión del juicio a prueba, la víctima no tiene mayor injerencia en el trámite de este instituto. Lo mismo sucede con el acuerdo de pena que realiza el imputado y su defensa técnica con el Fiscal, o con la posibilidad de recurrir la decisión jurisdiccional adoptada, vedada para el querellante particular.

Podría definirse al juicio abreviado como el acuerdo que llevan a cabo los sujetos esenciales del proceso (fiscal e imputado con su defensor) con el objeto de que prosiga bajo las reglas del procedimiento especial y no según las ordinarias del juicio oral en materia criminal o correccional (CAFFERATA NORES J. Y., 2003)⁸⁹.

Según la ley de rito que regula el trámite de este procedimiento especial en la provincia de Mendoza, la víctima puede ser oída en caso de encontrarse en la audiencia prevista a tal efecto, aunque su presencia no se encuentra prevista bajo sanción de nulidad. En la práctica, se realiza la notificación de la misma con antelación y de no presentarse en día y hora fijados, el juicio abreviado podrá formalizarse de mediar acuerdo entre imputado y fiscal - encontrándose debidamente citada- sin su presencia.

Las mismas disposiciones son aplicables, en el caso de que exista querellante particular, quien podrá ser escuchado sobre sus pretensiones, pero no debe necesariamente prestar conformidad para la procedencia de este instituto. Tampoco, podrá interponer recurso de casación en contra de la sentencia que homologue el acuerdo⁹⁰.

De existir actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero (arts. 359 y 419 CPP), por lo que tampoco posee intervención en este trámite.

Más allá que no se advierte una intervención activa en el juicio abreviado, en este supuesto, la menor injerencia de la víctima en el trámite de juicio abreviado también

⁸⁹ Ob. citada, Tomo II, pág. 107.

⁹⁰ El art. 477 del CPPMza otorga legitimidad al querellante particular para interponer el recurso de casación sólo en caso de que la sentencia haya sido de sobreseimiento o absolutoria.

encuentra justificativo, en la esencia del principio de oficiosidad de la acción penal, en tanto el órgano encargado de la persecución penal posee un interés en nombre de la sociedad en su conjunto, ya en relación con el descubrimiento de la verdad, como en la obtención de una respuesta punitiva que cumpla con un valor de justicia.

Podríamos decir, que el dictado de una condena e imposición de una pena al responsable de un ilícito penal, atañe a la sociedad más allá de la víctima en concreto y de lo que se trata en este caso es de reestablecer la confianza en la vigencia de la norma (JAKOBS G. , 1997)⁹¹, encontrándose en juego intereses superiores a los de las partes en conflicto. La legislación procesal es conteste con la finalidad de prevención general de la pena, y la dimensión comunicativa que la misma posee (sobre este punto, ampliaremos el rol de la víctima en la pena en el capítulo siguiente).

De este modo, el derecho del ofendido a obtener una tutela judicial efectiva, se satisface aquí con la posibilidad de asistir a la audiencia donde se homologará el acuerdo de pena entre las partes y podrá expresarse, previo a dictarse una resolución, más allá que su falta de consentimiento no resulte vinculante.

Nuevamente en este caso, como sucede en la suspensión del juicio a prueba, será la actuación del MPF la que canalice sus intereses al realizar el acuerdo con el encausado y su defensa técnica, ya que en la práctica los fiscales, previo a la realización de la audiencia consideran sus pretensiones y las circunstancias que rodean el hecho al acordar la pena a imponer. De igual modo, son aplicables las disposiciones de las Resoluciones mencionadas para el caso de la suspensión de juicio a prueba.

Finalmente, en el trámite del juicio abreviado, también podría garantizarse la participación activa del ofendido, a través del control en la etapa de cumplimiento de reglas de conducta que eventualmente se le impongan en el encartado.

III.2. LA REPARACIÓN INTEGRAL.

La necesidad de que la víctima obtenga la reparación del daño sufrido, tiene varios fundamentos. Por un lado, se señala que el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena, sino en cambio, en una reparación por las lesiones o daños causados por el delito. Por otro lado, se destaca la necesidad de evitar las consecuencias negativas de los

⁹¹ Ob. cit., págs. 10 y ss..

procesos formales de criminalización y especialmente, de la pena privativa de libertad; o bien, hacer efectiva la idea de que el Derecho Penal es la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

Sobre este tema, afirma Julio Maier que no parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *status quo ante*. En verdad, esta es, teóricamente, la respuesta ideal. La reparación, en sentido amplio, es así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal, que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto.⁹²

En el marco del Derecho internacional, cabe afirmar que la relevancia jurídico-penal de la reparación del daño y el efecto pacificador que generaría, ha sido abordado por la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder⁹³, que reconoce específicamente en su artículo 4, el derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido. También, la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que fija “Los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”⁹⁴ en sus artículos VII. y IX.; y, además, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen “Normas Mínimas Sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos⁹⁵”, en su artículo 12.

En el ámbito interamericano, por el contrario, a pesar que no existen declaraciones emitidas en términos similares, sí se evidencian una serie de pronunciamientos sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales, a partir del artículo 63 de la CADH⁹⁶, ha decantado el concepto de “reparación integral” como garantía básica para las víctimas en materia de derechos humanos.

La reparación, aparece como cualquier solución que de un modo objetivo y simbólico restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la

⁹² (MAIER, 1992) págs. 207 y ss..

⁹³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29/11/1985 por resolución 40/34.

⁹⁴ Consultado en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, el 25/09/2020.

⁹⁵ Consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=ES>, el 25/09/2020.

⁹⁶ Artículo 63 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

víctima. Pero además “...se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria” (BOVINO, 2003)⁹⁷.

El modelo de justicia punitiva se caracteriza por definir la ilicitud penal como infracción a una norma, es decir, como quebrantamiento de la voluntad del soberano. En él, la persecución penal es pública y no dependerá de la existencia de un daño concreto alegado por el individuo, y los intereses de la víctima del hecho punible, serán dejados de lado en aras de los intereses estatales de control social (pena). De ese modo la intervención del derecho penal redefine un conflicto entre dos individuos -autor y víctima- como una contienda entre uno de esos individuos -el autor- y el Estado.

El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución, permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto -que permanece definido como conflicto inter individual- y cuando lo hace, es porque alguien -que puede ser definido como víctima- que ha sufrido una afectación a sus intereses lo solicita expresamente. La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste, en general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que, genéricamente, permite el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior.

En este marco, la reparación puede producir diversos efectos, según el modo en que sea incorporada en el procedimiento penal.

III.2.1. EL EFECTO EXTINTIVO DE LA REPARACIÓN

La reparación aparece regulada expresamente como causal de extinción de la acción penal, eximiéndose de pena al autor mediante el arrepentimiento activo. Tal es el caso del Código Penal Argentino, que incorporó dicho supuesto con la ley 27.147 (B.O. 18/06/2015), en el inc. 6 del art. 59, previendo que la acción penal se extinguirá “por (...) reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

⁹⁷ Ob. cit. pág. 421.

El Código Procesal Penal mendocino resulta más equitativo, en tanto contempla no sólo la reparación ya producida, sino también los acuerdos reparatorios cuyas obligaciones “se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima” para proceder al dictado del sobreseimiento del imputado, extinguiéndose, anticipadamente de este modo, la acción penal (art. 353 inc. 9º).

Ya fue tratado en el acápite anterior, la discusión referida a la competencia de las provincias y la competencia de la Nación, en atención a la reforma introducida en el Código Penal por la ley 27.147 y la interpretación que de la misma se extrae, esto es, que los códigos procedimentales de las provincias regularán el trámite referido a la suspensión o extinción de la persecución penal, como ya venía marcando el debate doctrinario y jurisprudencial, anterior a la sanción de dicha norma por el Congreso Nacional.

La ventaja de este tipo de mecanismo consiste en que se pretende procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Es que, la reparación no sólo constituye un modo socialmente constructivo para que el autor del hecho sea obligado a dar cuenta de sus actos -procurando su resocialización sin condena-, sino como medio idóneo para compensar a la víctima del injusto cometido.

III.3. LA PERSPECTIVA RESTAURATIVA DE LA JUSTICIA PENAL

III.3.1. Justicia retributiva vs. Justicia restaurativa

Dentro del nuevo paradigma planteado en el proceso penal, venimos analizando la injerencia de la víctima en las soluciones alternativas al proceso penal, más allá de la finalidad de obtener un pronunciamiento que implique la imposición de pena al acusado. Todo ello en un contexto en que la víctima exige mayor intervención en el proceso penal como parte interesada, por ser quien sufre el daño a consecuencia del delito.

Se trata de procurar, privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal -preeminencia del Estado-, donde la víctima tenga mayor protagonismo (BINDER, 2011).

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci⁹⁸ precisa a la Justicia Restaurativa como "(...) la variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional (...)." Esta vía lo que busca, es "(...) involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de esa ofensa." (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2005).

En esta línea, según afirma Raúl Carnevali Rodríguez, se ha venido discutiendo cada vez con mayor fuerza, de qué manera pueden intervenir los distintos actores en la solución del conflicto penal, particularmente, el autor y la víctima. Sostiene que "si bien, tratándose del autor se puede decir que ha sido el actor principal de la que podríamos denominar la forma de justicia tradicional -la retributiva, en cuanto el centro es la imposición de una pena-. La cuestión se complejiza cuando se pretende brindar un mayor espacio de actuación a la víctima y establecer mecanismos de interacción entre ambos." (CARNEVALI RODRIGUEZ, 2017)⁹⁹

La justicia restaurativa se sustenta sobre dos grandes ideas: la primera, en relación con el papel activo que tienen en la búsqueda de la resolución, tanto el autor como la víctima, así como otros que pudieren sentirse afectados por el delito. Ello pone de manifiesto que el Estado no es propietario del conflicto, sino que son los involucrados en él los principales llamados a buscar una solución. La segunda idea central, es que se sustenta sobre la base de procesos deliberativos y participativos más no adversariales, con el propósito de lograr, entre otros fines, la reparación y la conciliación.

En todo caso, estas orientaciones que pretenden brindar una mayor atención a la víctima buscan que el derecho penal y procesal penal dispongan de herramientas con contenidos transaccionales, esto es, que la víctima pueda concordar con el autor del delito mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales. En otras palabras: el delito no sólo constituye un acto que conforma un quebrantamiento del ordenamiento jurídico, y, por ende, tiene un fuerte componente de repercusión social, sino que también, genera un menoscabo a quien es el titular del bien jurídico, ya que es él quien sufre el delito.

⁹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. (2005). "En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada 'Justicia Restaurativa', 'Reparativa', 'Reintegrativa' o 'Restitutiva'". Revista de Derecho de Familia N°33, Buenos Aires. Lexis-Nexis, 2005.

⁹⁹ Carnevali Rodríguez, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. Justicia Juris, 13 (1), 122 – 132.

En términos generales, cuando se habla de justicia restaurativa se lo entiende como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen el autor, la víctima y otras personas -así, familiares de ambos-, quienes a través de encuentros puedan llegar a un acuerdo satisfactorio que permita reparar los daños causados por el hecho delictivo. Es decir, procurar hacer justicia por medio de la reparación del daño, justicia que se alcanza en la medida que las partes se entienden satisfechas con el acuerdo logrado.

III.3.2. Principios que rigen la justicia restaurativa

Siguiendo a Carnevali, puede definirse al proceso restaurativo, dentro de los principios básicos sobre utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal - Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹⁰⁰-, como todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

La misma Resolución también precisa qué debe entenderse por resultado restaurativo: “un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”. Por partes se comprenden: “la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo”¹⁰¹.

Cuando se refiere a la mediación, entendida como una forma de justicia restaurativa, se dirige como un proceso en que habiendo un menor grado de formalización y bajo la intervención de un tercero neutral las partes -víctima y autor- procuran arribar a un acuerdo satisfactorio y reparatorio del daño ocasionado.

¹⁰⁰Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, consultada en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf, el 29/09/2020.

¹⁰¹ *Ibíd.*

Se observa en estos casos una relación de horizontalidad y no de verticalidad que es la propia de la justicia punitiva. Y es que, como dice Carnevali, uno de los grandes principios que inspiran la justicia restaurativa, es que los delitos no sólo suponen una vulneración a la ley penal, sino que -y por sobre todo- una afectación a personas determinadas. De allí pues, la importancia, desde esta perspectiva, de que sean las propias partes involucradas las que busquen la solución al conflicto.

En este orden, es esencial dirigirse a reconocer los derechos que tiene la víctima a ser reparada y que el autor acepte la responsabilidad que le cabe en este conflicto, aunque ello no supone culpabilidad.

De modo que, la justicia retributiva se construye bajo ciertos pilares que son centrales. Es así, que el delito es concebido como la realización de un comportamiento que es tipificado como delito por una ley, es decir, supone un quebrantamiento de la norma penal. La mirada está puesta más bien en la infracción a la norma que en la búsqueda de la solución al conflicto. A ello se sigue la imposición de una pena entendida como un castigo. Indefectiblemente, cuando se habla de derecho penal se piensa en que la forma de hacer justicia es a través de la imposición de un mal al delincuente, expresada en la pena. En este contexto, dicha pena sólo se justifica si se está frente a un responsable, dado que se ha demostrado su culpabilidad (SILVA SANCHEZ J. , 2015)¹⁰².

En este contexto, son actores principales el Estado y el autor, en el sentido que el ejercicio del *ius puniendi* y, por tanto, la determinación de si se está o no frente a un delito y la imposición de la pena queda en manos del Estado. La víctima desempeña un papel más bien secundario y puede no quedar satisfecha con la sentencia. Al respecto debe tenerse presente, que los delitos no son conflictos de estructura dual -como sí lo son los propios del Derecho Civil- como señala Silva Sánchez. Con ello se quiere poner de relieve que el sistema penal estatal, esencialmente a través de la imposición de la pena, se dirige a restablecer la paz social quebrantada por la comisión de un delito, pues se trata de conflictos que tienen una trascendencia general, de interés para la colectividad toda.

El modelo de la justicia restaurativa, en cambio, se sustenta en el diálogo entre el autor y la víctima, pudiendo, en algunos casos, participar familiares de ambos. Es decir, se destaca su carácter no adversarial, pues, lo que se pretende es el encuentro que permita arribar a una solución que facilite la reparación a la víctima. El que no se disponga de un castigo no

¹⁰² Ob. cit. pág.6.

supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Pero éstas se centran, justamente, en precisar de qué forma la víctima puede sentirse restaurada por el daño que el delito le causó.

Siguiendo tales lineamientos, cabe preguntarse bajo qué estándares mínimos deberá desplegarse el funcionamiento de la justicia restaurativa y bajo que rigor garantístico, como afirma el autor seguido en este tópico. No es fácil responder, pues también en la justicia restaurativa se está buscando una solución a un conflicto de carácter penal; es decir, hay alguien que ha lesionado un interés de relevancia jurídico penal y, por tanto, hay una víctima.

Sin embargo, tampoco se puede desconocer, como mencionamos anteriormente, que los objetivos perseguidos por ambas formas de justicias son distintos y que sus modelos descansan sobre otros pilares.

Por ello, no puede exigirse a la justicia restaurativa los mismos parámetros. El alto grado de formalización en la justicia retributiva se explica por el alcance que tienen ciertas decisiones, como es disponer de la privación de libertad al autor del delito. En términos generales, puede decirse que toda persona tiene derecho a que su causa sea conducida de manera justa y para ello se debe garantizar a todo ciudadano imputado de un delito de los medios necesarios como para que pueda defenderse en condiciones de relativa igualdad frente al Estado, que de por sí ya está en posición de superioridad. (ROXIN, "Derecho Procesal Penal", 2000)¹⁰³.

A este respecto, no debe olvidarse que, si se examinan las distintas vertientes que permiten comprender el origen del establecimiento de las garantías procesales y de manera particular la del debido proceso, se podrá comprender que éstas se dirigen a resguardar al imputado frente a lo que representa el poder que tiene el Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. De este modo, la medida en que el Estado fue monopolizando el instrumento punitivo se hacía necesario limitar este poder y, de este modo, fortalecer las garantías desde una perspectiva puramente penal, de modo que solo a través de un proceso justo el Estado podía legítimamente imponer una pena.

Conforme a lo anterior, y teniendo en consideración los propósitos perseguidos en la justicia restaurativa, concluimos que, no es posible exigir el mismo nivel garantístico. De modo que, las garantías penales tradicionales no pueden, así sin más, ser traspasadas, pues la

¹⁰³ Ob. cit. pág. 80.

justicia restaurativa representa un modelo diverso de hacer justicia. (CARNEVALI RODRIGUEZ, 2017)¹⁰⁴

No obstante lo cual, deberán disponerse necesariamente ciertas reglas a seguir, de manera que los distintos intervinientes se hallen en un cierto plano de igualdad.

En primer lugar, no podrá hablarse de defensa ante una persecución, pues en rigor no se trata de un conflicto con el Estado, que, sí exigiría una serie de garantías para protegerlo ante el poder estatal. En la justicia restaurativa lo que se discute son los efectos que han tenido lugar como consecuencia de la comisión de un delito y cómo se puede lograr una reparación a la víctima. Por tal motivo, lo relevante no es la determinación de la verdad, es decir, si los hechos sucedieron o no.

Sí lo es, que, una vez admitida la responsabilidad se pueda precisar qué hacer para alcanzar los propósitos de las formas alternativas de solución de conflictos.

En este orden de ideas, el imputado que interviene dentro del sistema de justicia restaurativa no está en la misma posición que aquel que está sometido al sistema penal tradicional, pues lo que se discute no es la imputación de un delito y su pena -cuestión que determina el Estado-, sino resolver con la víctima la mejor solución que la satisfaga. Ciertamente, esto último no puede considerarse una tarea fácil, pues ambas partes se encuentran frente a frente.

Por tal razón, es que el sistema debe procurar garantizar la igualdad -esto es, evitar los desequilibrios y que una parte se sienta en una posición de mayor debilidad- y la participación voluntaria, de manera que la discusión permita arribar a una solución satisfactoria.

Ahora bien, lo indicado no quiere significar que no se procuren imponer ciertos estándares, sobre todo si la reparación importa obligaciones para el autor o, incluso, someterse al sistema penal en caso de incumplimiento. Es decir, aquéllos no deben tener el grado de formalidad que los propios de la justicia penal, pero sí deben alcanzar los parámetros mínimos que brinden legitimidad al sistema.

Siguiendo estos lineamientos, resulta útil citar la Recomendación N° R (99) 19 del Consejo de Europa sobre Mediación en justicia penal¹⁰⁵, cuyos principios generales (III) son:

¹⁰⁴ Ob. cit., pág. 126.

¹⁰⁵ Ver: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b, página visitada el 25/08/2020.

1. La mediación en materia penal sólo debe llevarse a cabo si las partes lo consienten libremente. Las partes deben ser capaces de retirar dicho consentimiento en cualquier momento de la mediación.
2. Las discusiones en la mediación son confidenciales y no pueden ser utilizadas posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes.
3. La mediación en materia penal debe ser un servicio que generalmente se encuentre disponible.
4. La mediación en materia penal debe estar disponible en todas las etapas del proceso de justicia criminal.
5. Los servicios de mediación deben tener suficiente autonomía dentro del sistema de justicia criminal.

En cuanto al funcionamiento de la justicia penal respecto a la mediación, la Recomendación citada dispone lo siguiente:

1. La decisión de remitir un caso criminal a la mediación, así como la evaluación de los resultados de un procedimiento de mediación, debería reservarse a las autoridades de justicia penal.
2. Antes de aceptar la mediación, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de mediación y las posibles consecuencias de su decisión.
3. Ni la víctima ni el agresor, deben ser inducidos por medios desleales a aceptar la mediación.
4. Regulaciones especiales y las garantías legales acerca de la participación de los menores en los procedimientos legales, también deberían aplicarse a su participación en la mediación en materia penal.
5. La mediación no debe proceder si alguna de las principales partes implicadas no es capaz de comprender el significado del proceso.
6. Los hechos fundamentales de un asunto normalmente deben ser reconocidos por ambas partes como base de la mediación. La participación en la mediación no debe ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores.
7. Las discrepancias evidentes con respecto a hechos, tales como la edad de las partes, la madurez o la capacidad intelectual, deben ser tomadas en consideración antes de que un caso se remite a la mediación.
8. La decisión de remitir un caso criminal a la mediación, debe ir acompañada de un plazo razonable en el que las autoridades competentes de justicia penal deben ser informadas del estado del procedimiento de mediación.

9. Los descargos en base a los acuerdos de mediación deben tener el mismo rango que las decisiones o sentencias judiciales y deben excluir el enjuiciamiento por los mismos hechos (*ne bis in idem*).

10. Cuando un caso se remite de nuevo a las autoridades de justicia penal sin un acuerdo entre las partes o después de la falta de aplicación de dicho acuerdo, deberá seguir su trámite en la justicia penal sin demora.

Otro ejemplo a citar, constituye la legislación española, que desde el año 2015 posee incorporada a la mediación penal en el Código Penal (art. 84.4)¹⁰⁶, que condiciona la suspensión de la acción penal a un acuerdo alcanzado entre las partes a través de la mediación penal.

Asimismo, en una ley posterior¹⁰⁷, se establecen los requisitos para acceder a ella: a) que ambas partes consientan, b) que el infractor reconozca los hechos, c) que el procedimiento no ponga en riesgo la seguridad de la víctima o le cause nuevos perjuicios, y d) que la mediación para el delito cometido no esté prohibida de forma expresa por la ley, como sucede, por ejemplo, con los casos de violencia de género, en los que la mediación se prohíbe.

En la justicia penal mendocina, se han dictado la Acordada N° 18.410¹⁰⁸ sobre Mediación Penal Juvenil y posteriormente, la Acordada sobre Mediación Penal N° 26.612 bis¹⁰⁹, que en sus Anexos prevé ciertos parámetros de aplicación de esta instancia previa a la

¹⁰⁶ Que establece: "...el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1° El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación...".

¹⁰⁷ Ley 4/2015, del 27 de abril de 2015, del Estatuto de la Víctima del Delito.

¹⁰⁸ Emitida por la SCJM el 29/04/2004.

¹⁰⁹ Emitida por la SCJM el 24/11/2008. En sus Anexos, prevé la implementación del PROYECTO PILOTO DE MEDIACIÓN PENAL EN MATERIA CORRECCIONAL Y CONTRAVENCIONAL, determinando el siguiente procedimiento a seguir: "**Comisión de Admisión.** La Comisión de Admisión, conformada en el Área Penal del Cuerpo de Mediadores, será la encargada de la selección de casos para mediación.

Selección y derivación de casos. Para el desarrollo de la primera etapa del Proyecto Piloto se convocará a algunos Juzgados y Fiscalías correccionales y contravencionales, a los que se invitará a participar, entregándose copia del presente Protocolo. Uno o varios integrantes de la Comisión de Admisión se presentarán en los Juzgados y Fiscalías que decidan participar, con la frecuencia que se coordine en cada caso, a fin de realizar la selección de expedientes. La Comisión de Admisión podrá coordinar con los Juzgados o Fiscalías la derivación directa de los expedientes al Área Penal del Cuerpo de Mediadores. En esta primera etapa de implementación del Proyecto, los límites y posibilidades los determinará en cada caso concreto la Comisión de Admisión (de acuerdo al tipo de delito, tipo de daño, antecedentes penales, posición subjetiva del imputado frente a la víctima, posición subjetiva de la víctima frente a la persona del imputado, tiempo transcurrido desde el hecho, expectativas de los participantes, capacidad adaptativa y todo otro dato que se considere pertinente).

En materia correccional se priorizarán las situaciones de impedimento de contacto, incumplimiento de deberes de asistencia familiar, usurpaciones, lesiones leves, daños, hurtos y delitos de acción privada en general.

En las cuestiones contravencionales se priorizará la selección de situaciones de disputas entre vecinos, ruidos molestos y las derivadas de la tenencia de animales (arts.49, 84, 110, etc.)

Los hechos imputados o imputables no deben constituir delitos insignificantes, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este -salvo que afecte el interés público-, en cuyo caso se suspendería la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad.

No debe existir riesgo de una escalada de violencia entre las partes. Las situaciones de violencia familiar o de género no se derivarán a mediación, salvo que se presenten determinados requisitos (valoración de la situación como violenta por parte de los participantes -en especial la víctima-, contención familiar y/o institucional de la víctima, no convivencia entre víctima y

prosecución de una causa penal, en miras de procurar una solución alternativa del conflicto. Allí se establece que el procedimiento de la mediación penal debe estar regido por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. También se considera imprescindible el consentimiento expreso e informado de los participantes.

Por lo demás, también resultan aplicables a estos supuestos, las resoluciones ya citadas, por las que el MPF de la provincia, ha dispuesto en materia de aplicación de los criterios de oportunidad.

En definitiva, frente a la justicia estrictamente retributiva, poco útil en la actualidad, la mediación penal se basa en los principios de la justicia restaurativa. Esto es, su objetivo es que el infractor se responsabilice de lo que ha hecho, sea consciente de las consecuencias y pueda pedir perdón a la víctima, hasta alcanzar un acuerdo que repare el daño causado. A su vez, permite reconducir el conflicto hacia el ámbito de la reeducación y la reinserción.

Por tanto, y a modo de propuesta, estimamos que los casos en los que se podría aplicar el instituto de la mediación como instancia previa a la iniciación de un proceso penal, siguiendo las previsiones del CP: a) Suspensión del juicio a prueba, para que ofensor y ofendido lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño; b) Se puede implementar en aquellos delitos que afectan a la persona o a sus derechos patrimoniales, en este sentido los conflictos que

victimario, ausencia de coacciones, amenazas y/o cualquier otra influencia del victimario sobre la víctima, clara posibilidad de autodeterminación por parte de la víctima).

A los seis meses de implementación se realizará una evaluación del Proyecto de acuerdo a criterios cuantitativos y cualitativos. En esa oportunidad se valorará la posibilidad de ajustar los criterios de selección.

Solicitud de mediación. La mediación podrá ser solicitada por el representante del Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado, denunciante o víctima del hecho. Podrá solicitarla también el Juez que entiende en la causa. En todos los casos, la solicitud podrá efectuarse hasta el inicio del debate. Para potenciar las posibilidades de la mediación y evitar la revictimización de quien ha resultado o se considera víctima de un hecho dañoso, es deseable que la derivación sea realizada antes de que las partes en el conflicto se encuentren una con otra en sede judicial.

Intervención. Cuando la Comisión admita el caso, se derivará al Área de Mediación Penal la compulsa penal, donde se asignará, por mesa de entradas, al equipo de mediación interdisciplinario interviniente y se harán las citaciones para las audiencias previas, por cualquier medio fehaciente, de acuerdo a las sugerencias de la Comisión (en cuanto a la prelación en las audiencias de denunciado y víctima, y cualquiera otra que la Comisión considere oportuna).

El Procedimiento interno sobre designación de mediadores, audiencias, incomparecencias, etc. se encuentra reglamentado en el Instructivo elaborado por la Coordinación del Área Penal del Cuerpo de Mediadores.

A partir de la remisión de las actuaciones, los plazos procesales quedarán suspendidos por un máximo de sesenta días corridos, con posibilidad de prórroga por treinta días más, a solicitud del Cuerpo de Mediadores. Si las partes llegan a un acuerdo y se determina el seguimiento del mismo, éste podrá realizarse fuera de los plazos mencionados, una vez que el expediente haya vuelto a origen.

El equipo de mediación interviniente, desde la etapa de audiencias previas y durante todo el proceso, se reserva la posibilidad de considerar que la situación es no mediable, de acuerdo al despliegue de las técnicas inherentes a la tarea de mediar. En ese caso se devolverán las actuaciones a la Fiscalía y/o Juzgado correspondiente, con un informe sucinto del número de audiencias y cualquier otro dato pertinente, cuidando no violar la confidencialidad de las actuaciones.

Las audiencias preliminares se realizarán por separado, cuidando que entre una y otra transcurra el tiempo necesario para que no se encuentren ambas partes en el Cuerpo de Mediadores.

afecten de manera excluyente a víctima y victimario, y que la conducta incriminada carezca de expansión y peligrosidad social; c) En todos los delitos de instancia privada se podría dar una adecuada instancia de mediación previa, al no poder el órgano estatal actuar de oficio por ser necesario instar la actuación de la ley penal o bien activar los mecanismos de una acción conciliatoria (art. 72 CP). d) En todos los delitos de acción privada (art. 73 CP).

Sin lugar a dudas la fijación de estándares en programas de justicia restaurativa es de particular relevancia, en tanto no podrían ser aplicables, aquellos establecidos para la justicia penal tradicional. Son modelos distintos y su regulación debe ser acorde a su estructura y a los objetivos que persigue.

III.3.3. Herramientas que guían la implementación de la reparación en el proceso penal

Siguiendo al autor reseñado, existen una serie de parámetros que sirven de indicadores a seguir a la hora de implementar la reparación en el proceso penal: el encuentro, la reparación, la reintegración y la inclusión.

a) Encuentro: se trata de crear espacios de reunión entre autor y víctima, en. Miras a conocer a las partes involucradas en el conflicto, lo que facilitaría llegar a acuerdos satisfactorios. También se pueden incluir otras personas, como familiares o miembros de la comunidad.

b) Reparación: comprende la adopción de medidas dirigidas a la reparación del daño causado, que puede ir desde la compensación económica hasta las disculpas y reconciliación. Primeramente, se debe atender a la víctima, pero también aquí, se puede considerar a sus familiares o miembros de la comunidad.

c) Reintegración: implica devolver a víctimas y autores a la sociedad como miembros capaces de contribuir. El autor se responsabiliza, lo que puede facilitar su reincorporación a la sociedad. En este sentido, explica Carnevali, la comunidad también desempeña un rol relevante desde una perspectiva restauradora al acoger a ambos.

d) Inclusión: esta herramienta alude a que las partes participen en las distintas etapas, por lo que deben darse las instancias necesarias para ello. Propiciar un espacio de intervención de ambas partes, para desarrollar las demás herramientas antes mencionadas.

Fundamentalmente y como ya se ha destacado precedentemente, en los procesos restaurativos lo esencial no es la acreditación de los hechos ni la búsqueda del castigo al

responsable, sino que el de dirigirse a formas de solución que logren la reparación de la víctima y que las partes -víctima y autor se sientan reintegradas.

III.3.4. Críticas a la justicia restaurativa

Desde otra perspectiva, pueden mencionarse una serie de críticas o desventajas de esta mirada restaurativa de la justicia penal.

En primer lugar, el riesgo de colocar en desigualdad de condiciones al imputado, debiendo enfrentarse al Estado y a una víctima que ha adquirido un rol más protagónico en el escenario del proceso penal, pero con una visión sesgada, debido a la reacción colectiva de la sociedad contra la impunidad y la búsqueda de venganza a cualquier precio, exacerbado todo ello por los medios de comunicación que influyen rotundamente en la opinión pública.

Sin lugar a dudas que la introducción de estos mecanismos alternativos, en la prosecución de la acción penal, debe ir acompañada y guiada por el Ministerio Público, que representa al interés público en la obtención de justicia, pero con objetividad, misión que como hemos visto, está impuesta constitucionalmente, como órgano del Estado (art. 120 CN).

Otro cuestionamiento a este enfoque de la justicia penal, se refiere a si un particular énfasis en las orientaciones de satisfacción a la víctima en concreto, podría generar una desestabilización y desconfianza hacia la norma penal y, de esta forma, afectar a la sociedad en su conjunto, vaciando de contenido a los fines preventivo generales que le caben a las normas jurídico-penales.

Esta crítica se refiere a la posibilidad de generar una desigual aplicación de estos mecanismos, que beneficie a los infractores de la ley penal que tengan los recursos necesarios para reparar integralmente el daño causado a la víctima, por sobre aquellos que, ante la falta de acceso a dichos medios, tengan que someterse a un proceso penal tradicional. Basta pensar en los peligros que puede representar un excesivo empleo de acuerdos reparatorios tratándose de delitos económicos, si éstos privilegian a sujetos con recursos financieros. Como ya lo ha expuesto Hirsch, tal situación encierra el riesgo de una justicia de clases. (HIRSCH, 1992)¹¹⁰.

¹¹⁰ Hirsch, H., “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”, (trad. E. Carranza), en VVAA, De los delitos y de las víctimas 1992, Buenos Aires, Ad-Hoc, pág. 81.

Por último, advertimos que hoy se presenta con especial interés el discurso del derecho de la víctima al castigo del autor, que a su vez tiene una estrecha relación con otro discurso, a saber, el de la lucha contra la impunidad. De algún modo las doctrinas contra la impunidad tienen como eje central el de hacer justicia a través del castigo del autor; ambos se relacionan en cuanto a que la lucha contra la impunidad busca satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, entendida esta última, y para este efecto, como derecho al castigo del autor.

Afirma Carnevali: “Discusiones de esta naturaleza, acerca de cómo satisfacer a la víctima, imponen la búsqueda de mecanismos de orientación a la víctima actual, entre ellos, los propios de la justicia restaurativa, los que solo pueden validarse en la medida que permitan alcanzar también los fines de pacificación social.”

III.3.5. Ventajas de la justicia restaurativa

Probablemente, una de las grandes ventajas que pueden presentar estos mecanismos alternativos, como es la mediación, guarda especial relación con la posible disminución en los grados de victimización secundaria que puede experimentar la víctima, al no tener que revivir el drama que para ella le significó el delito a través de un proceso largo y muchas veces doloroso.

También encontramos que estos instrumentos alternativos se estructuran sobre la base de una mayor informalidad, en que el eje central no es la confrontación, sino que el encuentro y el procurar arribar a una solución que pueda satisfacer a la víctima, quien, además, no debe esperar a la finalización del proceso -muchas veces extensos en el tiempo- para lograr algún grado de reparación.

Precisamente, dentro de las reglas de implementación de la reglamentación internacional citada precedentemente, advertimos que el encuentro entre los partícipes del conflicto, deberá darse en un ámbito en el que la víctima no se sienta intimidada por la presencia del infractor, y que éste, participe en condiciones de igualdad y no se sienta coaccionado por el resto de los intervinientes, a fin de lograr que el acuerdo sea voluntariamente aceptado.

En consecuencia, si se pretende impulsar este tipo de soluciones en la esfera penal debe obrarse con especial cuidado, a fin de ir generando confianza en la sociedad. Cabe destacar en este punto, que la comunidad suele ver con cierta desconfianza este tipo de mecanismos, pues todavía impera la idea de que la justicia penal debe ir asociada a la

imposición de una pena. Es que, aún existe una valoración mayor para estos sistemas por su mayor carácter coactivo.

Como resalta el autor como otro argumento en favor de buscar mecanismos alternativos a los propios de la justicia retributiva, se encuentra en la crisis que está viviendo el sistema penal, pues, además, del cuestionamiento que se hace a la pena estatal, se afirma que la inflación punitiva que hoy se manifiesta en la política criminal genera mayores perjuicios. “El exacerbado recurso punitivo contradice el carácter de *última ratio* que se espera del Derecho penal” (CARNEVALI RODRIGUEZ, 2017)¹¹¹.

Es en este contexto, en que pueden tener un espacio real de utilidad estos instrumentos alternativos, que al no ser violentos -como sí lo es el penal- por muy legitimado que esté por el orden público, puedan constituirse en un sistema más humanizado para solucionar los conflictos

Teniendo en consideración lo expuesto, en cuanto a la necesidad de buscar instrumentos que permitan satisfacer a la víctima y también prevenir la comisión de hechos que generen conflictividad dentro de la sociedad, es que pueden resultar válidos los mecanismos provenientes de la justicia restaurativa. En efecto, es necesario explorar espacios que permitan al ofensor renunciar a su derecho de ir a juicio y someterse a procedimientos alternativos, dirigidos a materializar los valores que inspiran los programas restaurativos.

Carnevali, justamente, rebate la crítica a la justicia restaurativa, según la cual el derecho penal se desentienda de la víctima. Por el contrario, destaca que el surgimiento del derecho penal moderno, tuvo lugar por la desconfianza que generaban las reacciones sancionatorias de las propias víctimas -énfasis en la solución privada de conflictos-, las que muchas veces excedían la real magnitud del hecho cometido. Es por ello, que el Estado monopoliza el ejercicio del *ius puniendi*.

Y en tal sentido, el derecho penal moderno ha estado desde siempre orientado hacia la víctima: evitando que las víctimas potenciales se conviertan en víctimas actuales. Dicho en otros términos, si bien no se dirige a reparar una situación de victimización sí lo hace para impedir ésta.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede afirmarse que los mecanismos alternativos, permitirían satisfacer las funciones preventivas que le caben a las normas del derecho penal. En efecto, si se valora esta institución desde una perspectiva preventivo general, en la medida en

¹¹¹ Ob. cit. pág. 131.

que intervenga un tercero que cumple funciones dentro de un procedimiento regulado, que interceda entre el autor y la víctima en la búsqueda de una solución consensuada, permitiría la reafirmación de la norma jurídica quebrantada.

Si bien la mediación ha tenido lugar dentro de un sistema menos formalizado, supone un acto de público reconocimiento de que ha tenido lugar la infracción de una norma penal.

En lo que respecta a consideraciones preventivo especiales, dado que las medidas que se adoptan no suponen graves limitaciones a los derechos fundamentales del autor -como sí sucede con las penas privativas de libertad-, no se lo expone a un importante factor criminógeno como lo es la convivencia carcelaria. En consecuencia, las posibilidades de reinserción social se acrecientan, al tiempo que se evitan los efectos negativos de la prisionización para el autor del ilícito penal¹¹².

Además, y que se trata de uno de las particularidades más relevantes de estos mecanismos alternativos, el que el autor se contacte con la víctima, el que pueda apreciar directamente las consecuencias de comportamiento, puede producir en aquél una fuerte impresión que fortalecería su proceso de reinserción y el de asumir activamente la responsabilidad para reparar el daño causado. De allí la importancia de su participación voluntaria, en tanto el ofensor sentirá que es tratado con justicia y no es estigmatizado.

Aún más, en una sociedad que se encuentra en crisis, presentando hechos cada vez más violentos y que se presenta intolerante ante el otro, referirnos a la justicia restaurativa es una apuesta ardua, pese a ello emerge necesario ponerla en marcha, a los efectos de la construcción de un sistema de justicia que garantice la paz social.

¹¹² Ver fallo “Verbitsky, Horacio p/habeas corpus”, CSJN, 03/05/2005.

CAPITULO IV: LA VÍCTIMA Y UNA REDEFINICION DEL FIN PREVENTIVO DE LA PENA.

Tanto la reparación como la conciliación, en tanto mecanismos de solución de conflicto, pueden -además de suspender a prueba el procedimiento penal- sustituir a la imposición de una pena en el caso concreto.

O al menos, sobre este tópico reflexionaremos en este capítulo. Esto es, la función que la reparación integral a la víctima cumple en la finalidad de la pena.

La reparación así entendida, o desde esta óptica, se conoce como la tercera vía del derecho penal, junto con la pena y las medidas de seguridad. Es decir, la posibilidad de dotar a la reparación de un carácter sancionatorio.

IV.1. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA DEL DERECHO PENAL

Este análisis, implica establecer en forma liminar, que la justicia restaurativa, procura la satisfacción lo más rápida y efectiva posible de los reclamos de reparación de la víctima. Frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder paso (BOVINO, 2003)¹¹³.

La reparación integral en este sentido, como respuesta alternativa a la pena, representa el quiebre de uno de los elementos más característicos del Derecho Penal estatal: la reacción punitiva como única y exclusiva solución.

Según Roxin, "...la reparación en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del Derecho Penal, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es en lugar de ello, una prestación autónoma que puede alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida que lo consiga en concreto, debería sustituir la pena ser computada para atenuarla." (ROXIN, "Pena y reparación", 1999)¹¹⁴. Es decir, la reparación se legitima desde un punto de vista político-criminal, en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar

¹¹³ Ob. cit. pág.430.

¹¹⁴ Ob. cit. pág. 145.

la pena, sin resignar la realización de los fines de la pena para atender a las necesidades de la víctima.

Sin perjuicio de ello, el carácter sancionatorio que el autor, le atribuye a la reparación, en cumplimiento de los fines de la pena, ha provocado críticas en la doctrina, por entender que desatiende los intereses de la víctima en sentido concreto y afecta en última instancia el concepto de reparación, el contenido de las obligaciones reparatorias y sobre todo, las facultades de la víctima para influir significativamente en el proceso de determinación del daño sufrido y su reparación integral aplicable al caso.

Señala Bovino, que la postura de Roxin trae consecuencias negativas y no respeta el principio de *ultima ratio*, por la imposibilidad de aplicar la reparación como solución, cuando la víctima esté de acuerdo -y considere que el ofrecimiento del imputado satisface íntegramente sus intereses- pero sea rechazada por el Tribunal al no cumplir con los fines de la pena.¹¹⁵

Discrepamos con esta conclusión, en tanto la imposibilidad de aplicar la reparación integral -como tercera vía del derecho penal- poniendo fin a la acción penal, en algunos casos está dada por la entidad de los bienes jurídicos tutelados. En estos supuestos, la protección de los mismos –salvaguardando el fin de prevención general de la pena- excede el marco de compensación entre autor y víctima, como se analizará más adelante.

Por lo que en definitiva, la postura de Roxin no parece del todo desacertada. Es que, considerando la potestad punitiva del Estado y el principio de legalidad procesal -como vimos-, resulta imposible canalizar ciertos conflictos penales a través de la aplicación de la justicia restaurativa, por exceder ese carácter estrictamente dual -relación entre autor y víctima- y afectar intereses de toda la comunidad. La imposición de una pena, entonces, aparece justificada desde su finalidad preventivo general. El Estado aquí, trata de resolver un conflicto que es propio, impidiendo su expropiación por las partes.

IV.2. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA REPARACION INTEGRAL SEGÚN LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.

¹¹⁵ (BOVINO, 2003), pág. 433.

Siguiendo entonces, los lineamientos de la prevención general positiva, la utilidad social del Estado Penal reside en transmitir a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico.

Este efecto será alcanzado, en algunos casos, en tanto exista un esfuerzo de parte del autor, mediante una compensación a la víctima, reparando así el daño provocado y restaurando la “paz jurídica perturbada” (ROXIN, 1999)¹¹⁶. Esfuerzo que podrá demostrarse tanto en los casos en que aquél cuente con la posibilidad de efectuar una reparación en dinero o bienes materiales, como también, mediante prestaciones laborales, o a través de los llamados trabajos para la comunidad.

En otros casos, como dijimos, las soluciones alternativas a la pena, no podrán ser aplicadas, por encontrarse comprometidos bienes jurídicos que atañen a derechos personalísimos del hombre y la función social de protección que le cabe al derecho penal.

Partiendo entonces, de las normas jurídico-penales que protegen estos bienes esenciales, debemos analizar los tipos penales contemplados en el Código Penal.

Como primera aproximación, podemos afirmar que el homicidio, por su gravedad no admite una posible reparación que compense y restaure el conflicto originado entre los involucrados, logrando de este modo, reestablecer la confianza general en la vigencia de dicha norma de protección –“no matarás”-. No obstante ello, los esfuerzos reparatorios o compensatorios que el autor lleve a cabo en estos casos, podrían incidir en una atenuación de la pena.

A idéntica conclusión llegamos, respecto de aquellos delitos cometido con excesiva violencia hacia las personas, utilización de armas de fuego, realizados por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de su función, los enmarcados en un contexto de violencia de género, aquellos que atentan contra la integridad sexual de menores de edad, o en los que el autor sea reincidente.

En estos supuestos, la imposibilidad no está dada de un modo general por el bien jurídico protegido, sino por circunstancias que atañen a intereses superiores que protegen a la víctima en concreto, o calidades especiales del autor, es decir, que tienen un mayor reproche penal.

Y el fundamento de tal diferenciación -la imposibilidad de aplicar la reparación como tercera vía-, lo encontramos en la dimensión comunicativa o expresiva de la sanción penal

¹¹⁶ Ob. cit. pág. 11.

-como se verá más adelante- necesaria para el restablecimiento de las expectativas normativas de la sociedad en su conjunto.

Lo mismo sucede con los tipos penales que lesionan intereses protegidos por el Estado. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de espionaje, corrupción, falsificación o delitos ambientales. Aquí, la afectación de bienes colectivos, impide una solución basada en la compensación del autor al no existir una víctima concreta que surja del ilícito. La necesidad de pena se impone desde una perspectiva comunitaria.

Sin embargo, en estos casos la reparación a la víctima puede operar con distintos efectos: en los primeros, como una posible atenuante del “quantum” de la pena; en los segundos, a través de prestaciones reparadoras a favor de la comunidad que, a la par de la pena, suponen un restablecimiento de la norma quebrantada por el delito.

Estamos aquí, sin embargo, ante situaciones paradigmáticas donde si bien convergen intereses disimiles, la virtualidad de la reparación no depende tanto de la ejecución y materialidad de la prestación, sino del acto personal y del esfuerzo serio de restablecimiento que el autor manifiesta en pos de su concreción. De ahí la importancia del disvalor de la acción como criterio clave para interpretar la reparación, entendida, en todo caso, siempre desde una dimensión fáctico-comunicativa en atención al nivel de nocividad expresado por el injusto.

De este modo, por consiguiente, “no se trataría de preguntar al acusado sobre su “voluntad de restaurar la vigencia de la norma”, sino de atender al significado comunicativo que deriva de la forma de llevar a cabo la prestación. Y lo que debiera comunicar a tal efecto, es la disponibilidad de rectificar mediante actos que visibilicen el reconocimiento del carácter ilícito de su conducta previa, de manera que pueda operar como una forma de reconocer la necesidad de respetar aquellas normas que previamente despreció.”¹¹⁷

Sobre los delitos patrimoniales, podemos afirmar en términos generales que resultan aplicables sin reparo alguno, la soluciones alternativas a la pena, en tanto se trata de bienes disponibles para el ofendido y por resultar posible la restauración al anterior estado de las cosas, ya que el daño causado por el delito puede medirse claramente en términos económicos. Aquí es admisible tanto la restitución de objetos sustraídos, como la

¹¹⁷ CALFURRAPA, Ramon B., “Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena”, Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan.-abr. 2019, pág. 158. Consultado en <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>.

indemnización o compensación a la víctima, pudiendo adoptarse una solución, sin dudas, más racional, a la aplicación de una pena (como es la prisión o la inhabilitación, por ejemplo).

Sin perjuicio de ello, en estos supuestos también, el interés colectivo en la protección de esos bienes, la violencia ejercida por el autor o su carácter de reincidente, incidirán en la necesidad de aplicación de una pena, desde una perspectiva preventivo general o comunicativa y por ende aquí, los mecanismos de composición no funcionarán como sustitutivos de la pena, sino como su complemento, como vimos *supra*.

IV.3 LA REPARACIÓN INTEGRAL A LA VÍCTIMA Y SU REPERCUSIÓN EN LA DIMENSION COMUNICATIVA DE LA PENA.

Llegados a este punto, y aceptada la reparación como solución alternativa y sustitutiva de la pena, corresponde analizar, qué incidencia y aplicación le cabe a la misma, desde la perspectiva de las teorías expresivas o comunicativas de la pena, en tanto este fin de la pena - como vimos anteriormente- permite integrar los postulados de la justicia restaurativa con los fines de prevención general de la pena. En otras palabras, desde esta visión, se pueden adoptar soluciones más justas al conflicto suscitado por el ilícito penal, que involucra horizontalmente al autor, ofendido -o víctima actual-, como así también al conjunto -o víctima potencial- y sus expectativas de orden y paz social.

Antony Duff, desarrolló la teoría según la cual, el castigo penal tiene como finalidad principal convertirse en un proceso bidireccional de comunicación entre la comunidad y el delincuente (una comunicación de censura y de entendimiento de la ilicitud del delito, de la comunidad hacia el supuesto autor; y, a cambio, una comunicación formal de disculpa y reparación, del delincuente hacia la comunidad). En este marco, el autor resalta, que las medidas alternativas mantienen a éste dentro de la comunidad, en vez de excluirlo. Esta forma vívida de recompensar el ilícito cometido es una reparación por lo hecho. Y, básicamente, puede ser un tipo de castigo mucho más constructivo.¹¹⁸

De este modo, la reparación del daño es una propuesta que se caracteriza por una mayor moderación respecto de las condiciones generales de punibilidad, procurando un sistema

¹¹⁸ Duff, Antony, en “Entrevista a Antony Duff”, traducido por Di Marco, Antonella, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 92, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2014, pp. 301-309.

de sanciones basado en la idea de resocialización y clara restricción del derecho penal a conductas socialmente perjudiciales. En definitiva, a la idea de la imposición de la responsabilidad por la fuerza se antepone el restablecimiento autónomo de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad. (LEDESMA)¹¹⁹.

Ahora bien, desde el punto de vista del fin preventivo de la pena, el redescubrimiento de la víctima actual -ofendido por el delito- ha venido a complementar la tarea del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos de las víctimas potenciales, o de estabilización de las expectativas normativas de éstas últimas, según las teorías de orientación sistémica.

Justamente, Kurt Seelmann destaca la convergencia político-criminal de esta orientación hacia la víctima concreta: "...adeptos de la prevención general y teóricos de la resocialización, partidarios de la idea de retribución y críticos del Derecho penal, se encuentran en este punto. No solamente los prácticos y los teóricos tradicionales del Derecho penal, sino también los "nuevos movimientos sociales" e iniciadores de proyectos de modelo, que reconocen sus fines en la nueva forma de orientación hacia la víctima." (SEELMANN, 2013)¹²⁰

Si bien, esta nueva concepción, se ve cuestionada por el peligro de entrar en conflicto con la función de garantía para el imputado propia del Derecho penal -tópico abordado en el capítulo anterior-, existen paradojas más importantes que surgen de esta re-orientación hacia la víctima.

Es que nuevamente se pretenden agregar al proceso, los intereses del ofendido por el hecho, producto de una necesidad de compensación. Se incorpora el conflicto personal y sentimientos de la víctima actual, generando un peligro de colisión entre la presunción de inocencia y la presunción de víctima. Afirma Seelmann que la primer paradoja reside en compatibilizar el rol del Derecho penal de "desdramatizar" el conflicto entre partes, y la posición del Estado en el proceso penal, con los intereses y sentimientos, tanto del autor como del ofendido por el delito.

Luego desde las sanciones penales, también se contraponen la prestación que el autor realiza para solucionar el conflicto (reparación) con los fines de la pena.

Como sostuvimos anteriormente, la justicia restaurativa implica la aplicación de una solución alternativa a la pena, en desmedro de la finalidad actual que la misma tiene para

¹¹⁹ Ob. cit. pág. 37. Artículo consultado en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf>.

¹²⁰ Ob. cit. pág. 189 y ss.

el Derecho Penal y la que a su vez le otorga legitimidad. Sea que la misma se entienda como prevención de delitos futuros o de mantener la confianza de la población en el Derecho Penal, mediante la estabilización de sus expectativas.

El autor citado señala al respecto: "...la pena es necesaria justamente cuando la masa de las víctimas *potenciales* ha de ser protegida, o bien cuando las víctimas potenciales necesitan el castigo del autor para mantener su confianza en el Derecho. De esa forma la reparación en el Derecho penal, solamente puede significar que su medida no va a depender de las necesidades de la víctima actual, sino de las de aquellas víctimas potenciales."¹²¹

Pero, ni la resignación de los intereses del ofendido en manos de la justicia civil, ni el riesgo de pérdida en la confianza de las normas del Derecho penal, permitirían retrotraer esta orientación actual de la víctima, a un anterior estado de cosas.

Ello así, por el rol esencial que la víctima aporta al descubrimiento de la verdad en el proceso esto es, en sus declaraciones, ofrecimiento de pruebas, solicitud de medidas, etc.. Aunque también por el reconocimiento de sus derechos a la tutela judicial efectiva con *status* internacional y convencional.

También continúan latentes los cuestionamientos a la pena privativa de libertad, por sus efectos negativos en los condenados y por los costos sociales del sistema de ejecución penal. Inconvenientes a los que las soluciones alternativas a la pena, puede dar respuesta social.

De modo que, el procedimiento de compensación puede devolver la confianza a la víctima en el funcionamiento del ordenamiento jurídico y al autor, la posibilidad de tomar conciencia del carácter lesivo de su conducta. Y encontrándose solucionado el conflicto concreto, la reparación otorgará a la víctima potencial -la comunidad-, una mayor seguridad de las expectativas en la paz jurídica.

Además, esta perspectiva, permite que en la solución del conflicto, la compensación se mida en función del daño provocado al ofendido, actuando el Estado penal de un modo más racional que al establecer la necesidad de la pena a través de criterios ficticios que encubren en última instancia los temores o consideraciones de justicia de la opinión pública.

Con lo cual, siguiendo a Seelmann, la orientación actual hacia la víctima concreta, trae más ventajas que inconvenientes, desde el punto de vista legitimante del Derecho penal.

¹²¹ (SEELMANN, 2013) pág. 192.

Ahora bien, esta concepción implica otras consecuencias para la víctima, desde una mirada ontológica. Así, el concepto de víctima que busca mejorar su posición en el conflicto penal, cede ante un Estado penal que deberá considerar -junto a la responsabilidad del autor- la injerencia que aquélla también tuvo en el hecho. “De esta forma, el renacer de la idea de reparación resultante del redescubrimiento de la víctima actual demuestra ser un movimiento para el desarrollo de la teoría de la imputación penal, que así se aparta tendencialmente del aislamiento del autor exclusivamente responsable y esparce de forma más amplia la responsabilidad por la acción.”¹²², como es el caso de la victimodogmática y los análisis relacionados, con la autopuesta en peligro de la víctima, por ejemplo.

También el interés de la víctima, genera una concepción del Derecho penal, asimilable a los principios del Derecho civil, en donde es sustituido, en definitiva, el concepto de ofendido por el hecho por el de un ente necesitado de ayuda, primando deberes de responsabilidad y distribución de cargas sociales.

Por último, desde una mirada procesal, la orientación hacia la víctima, implica no sólo la incorporación del ofendido al proceso, sino en cierta medida, la facultad de decisión sobre su apertura. Convertir en regla esta concepción llevaría a que la víctima decida, por falta de interés, la imposibilidad de iniciar un procedimiento, renunciando de este modo también, al concepto de víctima.

La filosofía social del conflicto, concibe al Derecho penal como formalizador de conflictos y no, como encargado de resolverlos, pretendiendo así, diluir las paradojas aparentes de esta concepción orientada hacia la víctima concreta. Afirma que el Derecho Penal construye socialmente al ofendido de un delito, delimitando fácticamente y mediante un mecanismo selectivo quienes podrán jurídicamente considerarse como víctimas y en qué circunstancias existirá el conflicto penal. Su orientación hacia la reparación “devuelve el conflicto” a los intervinientes para su disposición.

Esta concepción afirma Seelmann, cae en una nueva dicotomía, en tanto la concepción orientada a la víctima potencial excluye los intereses del ofendido por el hecho, en este caso, lo que se excluye es el efecto que el conflicto genera respecto de terceros que no está inmediatamente afectados por aquél.

Por lo que el modelo de justicia restaurativa, deberá estar enfocado, más que en las necesidades de la víctima concreta, o en contrapartida, en el efecto preventivo -o las

¹²² Ob.cit, pág. 198.

necesidades de la víctima potencial- a partir de razones de justicia basadas en las necesidades de interacción humana.

Esta visión del fin de la pena, incluye la consideración de la relevancia que el castigo tenga para terceros. Aquí, las consideraciones respecto a las emociones y necesidades son dejadas de lado, por una relación de reconocimiento mutuo, necesaria para la constitución de todo ordenamiento jurídico.¹²³ El autor, priva de reconocimiento a la víctima, pero a su vez -por admitirse sólo reconocimiento recíproco entre iguales- se priva a sí mismo de reconocimiento.

Pero la comunidad jurídica, se trata de un entramado social -y no de relaciones bilaterales-, en donde el reconocimiento se obtiene a través de un conjunto de relaciones de reconocimiento. Entonces, todos -no sólo delinciente y ofendido- tienen interés a largo plazo en el restablecimiento de cada relación de reconocimiento específica.

En este modelo, los conflictos necesariamente tienen una relación con terceros, ya que el delito compromete al ordenamiento jurídico en su conjunto. Entonces, la utilización de la compensación para recomponer la relación de reconocimiento individual y macrosocial, deberá encontrarse enmarcada en proceso general de conciliación y la necesidad de someterse a él, siempre en el marco del proceso penal, mecanismo constitucional que legitima al Estado en esta función. De modo que la aplicación de la justicia restaurativa, siempre deberá estar aplicada dentro de los márgenes del Estado, y no prescindiendo de él.

IV.3.1. Jurisprudencia

Llegados a este punto, cabe mencionar algunos casos en los que algunos Tribunales -de diferentes jurisdicciones e instancias- vedaron la posibilidad de resolver los conflictos de cierta naturaleza por alguna vía distinta que la sanción penal.

En primer lugar, podemos destacar el caso “Góngora”, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que aplicar un método alternativo iría en contra de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.¹²⁴

¹²³ Ob. Citada, pág. 203/204.

¹²⁴ C.S.J.N., 23/4/2013, “G. 61. XLVIII. Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho, causa No 14.092.

En el fallo “Aramela” del T.O.C. N° 26 de Capital Federal, el juez Martín –con la adhesión de la doctora Llerena– precisó, con cita del dictamen del fiscal Mahiques en una causa de otro tribunal¹²⁵, los casos que admitirían la solución del conflicto por conciliación, destacando la necesidad de que el hecho no haya trascendido más allá de una víctima concreta, es decir, que no afecte el interés general. En este sentido, consideró que los acuerdos conciliatorios resultarían viables en los casos de delitos de contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia sobre las personas, o en los delitos culposos si no existieron lesiones gravísimas o de resultado muerte.¹²⁶

En la Provincia de Mendoza, cabe destacar el caso “Estrella”, en el que el Segundo Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial, pese a existir reparación integral de la víctima, rechazó una excepción de falta de acción presentada por la defensa, por tratarse de un delito de lesiones, cometido en contexto de violencia de género y atendiendo a los compromisos internacionales celebrados por el Estado Argentino.

El Juez interviniente sostuvo que “el abordaje judicial del conflicto investigado en la presente causa no debe agotarse exclusivamente en el gasto económico del imputado o en la pretensión material de la presunta víctima [...], sino que debe proyectar hacia la completa verificación o refutación de la imputación como presupuesto necesario para la prevención y sanción de un acto de violencia contra la mujer que resulta socialmente reprochable.”¹²⁷

El Máximo Tribunal Provincial, en este mismo caso, confirmó aquella decisión fundándose en que: “...la denominada reparación integral del perjuicio constituye un equivalente funcional a la pena. Esto significa que en aquellos casos en que la pena no resulte el medio más adecuado para la solución del conflicto o, dicho de otro modo, la respuesta penal más idónea, se impone la extinción de la acción por la concurrencia de alguna solución alternativa –como la reparación aludida- y, en consecuencia, el sobreseimiento del imputado. Dicho esto, no puede soslayarse que para que un equivalente funcional cumpla su función debe implicar, del mismo modo que la pena, una respuesta al delito en su dimensión fáctica, como afectación de un bien, y en su dimensión comunicativa, esto es, como lesión a la vigencia de la norma. De este modo, sólo si la reparación integral del perjuicio responde ambas dimensiones del delito puede ser considerada equivalente a la pena y devenir en la extinción de la acción penal antes referida.”

¹²⁵ Dictamen del fiscal Mahiques en la causa no 4939, caratulada “Sanabria”, rta. el 05/05/2016, del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15 de Capital Federal.

¹²⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 de la Capital Federal, causa CCC 26772/2016/TO1, resuelta el 11/10/2016.

¹²⁷ Autos N° 51.804, “F. c/ Estrella, Carlos Gustavo Darío p/Lesiones...”.

Sobre la solución aplicable al caso, señaló el voto mayoritario que: “se ha llegado a un acuerdo entre las partes involucradas –mediante la entrega de la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.-) que la víctima ha aceptado de plena conformidad (fs. 202/204)-, el mismo no constituye una reparación integral en la medida en que sólo ha restaurado la dimensión fáctica del daño –al modo de una reparación civil-, manteniéndose el daño comunicativo a la vigencia de la norma. Ese último daño no resulta una circunstancia de escasa entidad, máxime si se tiene en cuenta el tipo de norma que se presume vulnerada, esto es, la legislación que regula los casos de violencia de género o de violencia contra la mujer, cuya observancia resulta fundamental para el funcionamiento de nuestro orden social.”¹²⁸

IV.3.2. Efectos de la reparación según las teorías expresivas de la pena

Si bien, no resulta objeto de el presente trabajo, ahondar sobre las teorías de la pena, podemos esbozar a efectos de asegurar la comprensión de este acápite, que las teorías expresivas o comunicativas tienen un origen reciente y que, aparecen como una alternativa a los fundamentos retribucionistas y proporcionalistas de la pena.

Así, la pena comprende dos elementos que deben ser claramente diferenciados: por un lado, la reprobación o reproche simbólico que se realiza al autor por el delito y, por otro, la causación de un mal u otra circunstancia considerada normalmente como no placentera, a objeto de poner al destinatario precisamente en una circunstancia desagradable.

A partir de allí, se abrió la brecha para que diversos autores, tanto anglosajones como europeo-continentales, desarrollen una serie de criterios en miras de reflejar el carácter expresivo, simbólico o comunicativo de la pena.¹²⁹ Básicamente, lo que afirman estas teorías es que, la pena, independientemente del fin que se le pretenda irrogar, entraña una dimensión tanto fáctica como comunicativa.

Pues bien, sentado lo anterior, cabe destacar que existen algunos autores que niegan cualquier tipo de efecto expresivo a la reparación, mientras que otros lo consideran sólo bajo ciertas circunstancias y presupuestos.¹³⁰

¹²⁸CUIJ: 13-03899192-7/1((011202-51804)), Sala Segunda, rta. 27/06/2017, del voto mayoritario de Omar Palermo y Julio Gómez.

¹²⁹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. InDret, n° 4, 2014, pp. 10 y ss.

¹³⁰ (CALFURRAPA, 2019).

Desde la primera óptica, a juicio de la profesora de la Universidad de Humboldt, Tatjana Hörnle, si bien los intereses legítimos de las víctimas constituyen un componente que ninguna teoría de la pena puede rechazar, esto no significa que frente a la comisión de un injusto-culpable se pueda renunciar a la imposición de un mal a través de la reparación.

En efecto, a juicio de Hörnle, la característica expresiva de la pena es ampliamente reconocida en los contextos de las sociedades modernas y, como tal, supone un elemento que transmite una desaprobación social frente a una conducta criminosa. No se trata, por consiguiente, de un mero intento disuasorio e instrumental en pos de favorecer una inhibición delictiva, sino de reconocer que el castigo expresa una censura en tanto componente esencial de nuestras actitudes interpersonales de comunicación.

Sin embargo, la extensión de tal reproche no se basta a sí misma, sino que requiere de la imposición de un concreto dolor penal¹³¹. Ello, pues, según su parecer, “en nuestra tradición de procedimientos penales, la desaprobación se expresa no como un acto formal separado, sino a través de la imposición de la sanción al final del juicio”.

En un sentido similar, según Pawlik: “el actuar de personas racionales tiene siempre una dimensión comunicativa. Por ello, la aseveración de que también el acto punitivo tiene una dimensión comunicativa no resulta en absoluto sorprendente. Ésta es una declaración general propia de la teoría de la acción y no genuinamente jurídico-penal. Ahora bien (...), evidentemente, la pena es además dolor, y ello plantea el problema de la justificación de dicho dolor”.¹³²

Por otro lado, a juicio de Hörnle, dicha comunicación no sólo se dirige al autor, sino que también –y preferentemente– al ofendido por el delito. Es que, si la sanción penal sólo persiguiese como fin una declaración de culpabilidad de la conducta ilícita del infractor, bastaría inequívocamente una declaración pública en tal sentido y todo volvería a la normalidad.

Sin embargo, las cosas no son así. La desaprobación formal encarnada en la imposición de un castigo severo, confirma que la víctima fue agraviada por medio del hecho en cuestión; que el delito se debe a un acto deliberado y consciente que merece y necesita pena. De ahí que la condena deba contener no sólo fundamentos referentes a la extensión y ámbito de protección de los derechos del infractor, sino que también un juicio sobre la extensión de los derechos de la víctima y sobre la demarcación entre su esfera de protección y la del infractor.

¹³¹ Cfr. (HÖRNLE, 2003), pág. 128.

¹³² PAWLIK, Michael. Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Trad. Ricardo Robles Planas y otros. Barcelona: Atelier, 2016, p. 62. Autor citado en (LEDESMA, 2020).

Esto significa reconocer que para el Derecho penal la víctima no es un sujeto desdichado que debe soportar los efectos perniciosos del delito, sino, todo lo contrario: que tiene el derecho a no aceptar la conducta del delincuente y, como tal, a jugar un rol relevante en la determinación de la responsabilidad del agente, en la determinación de la gravedad de la ofensa y en la fijación del *quantum* de la pena. De este modo, si bien el proceso penal no sirve como tratamiento psicológico o soporte emocional a favor de la víctima, sí cumple una función expresiva de restablecimiento del Derecho frente al “vacío comunicativo” generado por la comisión del delito.

De modo que, asumiendo que la seriedad de una declaración se logra sólo mediante el apoyo simbólico en forma de privación de bienes, según Hörnle, desde la perspectiva de las víctimas sería insuficiente la corroboración del juicio de desvalor solamente mediante la reparación del daño o la indemnización. Ello, pues, según la autora germana, “la reparación del daño solamente devuelve el statu quo económico a su estado anterior al hecho, de manera que aquella no constituye una genuina causación de un mal. La indemnización también es insuficiente para aclarar el juicio de desvalor en caso de lesiones graves de derechos, puesto que mediante una pérdida solamente económica no es posible explicar un reproche importante”.¹³³

De este modo, si se considera la causación de un mal como refuerzo y diferenciación del acto comunicativo de reproche, según su parecer, se perdería la lógica de entender que la sanción penal entraña a los dos factores de forma mancomunada y, por consiguiente, de comprender que la irrogación del mal y el juicio de reproche son elementos funcionales en pos de un mismo contenido expresivo.

La renuncia a un juicio estatal de desvalor en aras de una reparación, por tanto, contendría un mensaje implícito cuyo contenido comunicativo sería: el delito no fue lo suficientemente grave e importante para la víctima, de forma tal que lo único que le resta es la posibilidad de acudir a un procedimiento diverso al penal.

Desde un enfoque diverso, en un intento por disociar la expresión del reproche de la irrogación del mal y, de este modo, dar cabida a procedimientos de tipo restaurativo, se destaca la posición del profesor Antony Duff.

En efecto, según éste, los teóricos restauradores tienen razón al insistir en que nuestras respuestas al crimen deben tender a la reparación, mientras que también los teóricos

¹³³ HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 43.

retributivos tienen derecho a argumentar que siempre se debe buscar que los delincuentes sufran el castigo que merecen. Sin embargo, explica Duff, ambas posturas yerran al suponer que sus planteamientos son incompatibles. Ello, pues, la restauración no sólo es compatible con la retribución, sino que incluso necesita de ésta última, puesto que el tipo de restauración que el crimen reclama –dadas las características profundas de nuestra vida social– sólo puede lograrse mediante un castigo retributivo.

Entonces, lo que el delincuente merece y recibe en este tipo de procedimiento es precisamente lo que se le exige al participar en un debate de tipo conciliatorio: la realización de una serie de actos de reparación –materiales y simbólicos– dotados de un significado comunicativo de reconocimiento, perdón y reconciliación.¹³⁴

En este caso, expresa Duff, no tenemos que distinguir el sufrimiento que el tribunal impone como castigo, por un lado, de los sufrimientos constructivos no intencionados que el delincuente atravesaría en sus acciones de restitución frente a la víctima, por otro lado. Esto porque tales acciones reparadoras son diseñadas de forma dolorosa y son en sí mismas constitutivas del castigo del infractor. De ahí que, al contrario de lo que se piensa, la reparación penal se caracterice como una práctica que incorpora flexiblemente elementos de justicia retributiva y de rehabilitación, pero que, al mismo tiempo, da cuenta también de elementos propios y originales que la dotan de un sentido único.

Ahora bien, según Duff, una vez que reconocemos que el infractor ha hecho algo malo, podemos identificar a lo menos tres tipos de reacciones “merecidas” en virtud de ese mal: el arrepentimiento del delincuente, su posible rehabilitación y, muy especialmente, la reconciliación con la víctima y la comunidad.

El arrepentimiento es, un objetivo interno de reprobación o censura. Cuando censuramos a otros por sus malas acciones, nuestra intención o esperanza como comunidad es que acepten esa censura como justificada. Pero aceptar la censura como justificada supone reconocer y aceptar que algo se hizo mal, vale decir, asumir el error por el cual se aplicó la censura penal, sumado a un reconocimiento auténtico de que se procedió mal.

Por ello, el arrepentimiento es necesariamente doloroso e incómodo, pero al tratar de inducirlo, el castigo apunta a hacer que los delincuentes sufran precisamente los dolores del arrepentimiento y el remordimiento.

¹³⁴ Cfr. DUFF, R.A. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 96.

Ahora bien, si vamos a dirigirnos a los delincuentes como agentes morales responsables, si nos comprometemos en un esfuerzo apropiado de persuasión transparente, deberíamos también buscar inducir su reforma. En efecto, reconocer y arrepentirme del mal causado es también reconocer la necesidad de evitar cometer ese mismo error en el futuro. Rechazar el delito es, por consiguiente, también comprometerme a tratar de evitar repetirlo.

De ahí que un proceso de censura o castigo destinado a inducir el arrepentimiento, también deba tener como objetivo primordial el inducir a la rehabilitación: no intentar moldear al delincuente a nuestros deseos como sociedad, sino de convencerlo de la necesidad de reformarse para su propia conveniencia.

Quizás por ello, el corolario de un arrepentimiento sincero y de una reforma coherente, sea precisamente la reconciliación del ofensor con la víctima y la sociedad. Luego, no se trata de una reconciliación apologética que tome necesariamente una determinada forma de corporeidad, sino más bien de formas de reparación que expresen un auténtico y genuino arrepentimiento del mal que se causó con el delito. De ahí que, según Duff, debiésemos ver a la mediación penal y la reparación no como una instancia expresiva sino comunicativa.

Ello, pues, la instancia expresiva se enfoca unidireccionalmente sólo en aquellos que expresan, esto es, expresamos nuestra condena por el delito del delincuente: él figura simplemente como el receptor pasivo de esa condena. Sin embargo, la comunicación es una actividad bidireccional que no requiere un receptor pasivo, sino un participante a cuyo entendimiento se apela y de quien se busca una respuesta de arrepentimiento, reforma y reconciliación. La comunicación es, por esta razón, un mejor eslogan para el acuerdo obtenido por la víctima y el ofensor como agentes racionales en una posible reparación.

En efecto, según el profesor escocés, la mediación penal se deriva de la exigencia kantiana de respetar a los individuos como agentes racionales y autónomos: pues, respetar a otro es tratarlo no sólo como un objeto cuyo comportamiento queremos controlar, sino como un sujeto que al que debemos dirigirnos mediante modos apropiados de comunicación y argumentación. La mediación penal pretende ser, por consiguiente, un proceso comunicativo que involucra múltiples objetivos.

En primer lugar, porque constituye un procedimiento diseñado para enfrentar a los delincuentes con los efectos de su ofensa, que intenta influir de manera constructiva en su comportamiento futuro, de manera de fomentar su sentido de responsabilidad y comprensión acerca de la necesidad de evitar el crimen y sus perniciosas consecuencias.

En segundo lugar, porque dicho procedimiento también otorga a la víctima y al agresor un papel central y participativo en la respuesta a su crimen, es decir, en la búsqueda de soluciones que fomentan la compensación y el restablecimiento en lugar de las represalias, lo cual conduce a que el delincuente emprenda acciones efectivas de reparación en favor de la víctima. Y, en tercer lugar, porque tal paradigma contribuye a la reintegración del delincuente a la normalidad de sus relaciones sociales, proporcionando una oportunidad para que asuma su responsabilidad y se arrepienta del injusto cometido, de forma tal de asegurar que el mal que se acuerde sea proporcional a la gravedad de la ofensa.

En suma, el procedimiento restaurativo sería tanto reformativo como reconciliatorio: si el delincuente se arrepiente de su delito, debe reconocer la necesidad de reformar su conducta futura y, de este modo, manifestar actos de reparación a través de los cuales pueda reconciliarse con sus víctimas y, por intermedio de ellas, con toda la comunidad.

Luego de reseñadas las posturas contrapuestas sobre el tema, concluimos que justicia restaurativa posee valiosos aportes que legitiman al derecho penal y especialmente a su poder sancionatorio, tanto desde una consideración preventivo general como especial de la pena.

Del mismo modo que existe una dimensión comunicativa en la pena que justifica su aplicación, los mecanismos alternativos de reparación integral y conciliación entre autor y víctima, además de restituirle a ésta última el protagonismo en el conflicto penal, impactan positivamente en la sociedad, reestableciendo la confianza en la vigencia de las normas.

Este efecto expresivo, resulta más beneficioso, por otra parte, para el sujeto que ha infringido la ley penal, con efectos de reeducación y reinserción social.

Ahora bien, la afirmación de una función expresiva de la reparación, que legitima sin dudas su carácter sancionatorio como tercera vía del derecho penal, al igual que la nueva perspectiva de la justicia restaurativa en general -más allá de los beneficios apuntados- no alcanzan a conmover el carácter selectivo del estado penal. Esto significa, que el protagonismo de la víctima es relativo y contingente a los intereses en que se enfoque el poder punitivo estatal que actúa de oficio y define, a través de criterios de política criminal, que delitos perseguirá -y a que presuntos infractores de la ley penal- en pos de un interés social -muchas veces representado falsamente por la opinión pública- y cuales relegará a las partes para que solucionen fuera de la estructura del procedimiento penal, con el argumento de reconocer su protagonismo y legitimidad.

CONCLUSION

En el presente trabajo, nos propusimos desentrañar el rol de la víctima en el proceso penal, desde los primeros momentos en que el Estado inicia la persecución del delito y las sucesivas etapas que lo componen, y finalmente, su intervención a la hora de decidir la imposición de una pena, o alguna de las soluciones alternativas a ésta.

Iniciamos tal tarea, desde una perspectiva histórica. De aquí, concluimos que, inspirada en una vocación clásica de tipo unilateral y vertical, la ciencia penal durante mucho tiempo focalizó sus esfuerzos en torno a la persona del autor y el restablecimiento de las relaciones normativas resquebrajadas por la comisión del delito. El enjuiciamiento, la condena y la pena, desde esta óptica, expresaban exclusivamente la desaprobación y el reproche público de la conducta delictuosa, razón por la cual, con el fin de hacer posible un ideal de justicia imparcial e independiente se procuró distanciar y alejar a la víctima lo más posible del escenario procesal penal.

El ofendido por el delito y sus derechos, por tanto, eran vistos como una cuestión marginal, fungible y residual no susceptibles de consideración directa en el enjuiciamiento criminal. Con todo, y pese al trasfondo liberal y garantista que se trataba de asegurar, advertimos que una redefinición del rol de la víctima en el campo procesal penal no implicaba, necesariamente, un retorno involutivo a las etapas primitivas propias de la justicia penal privada. Antes bien, consideramos que el delito genera una relación plurilateral que vincula al autor, la víctima y la sociedad, y que, además del plano vertical propio de la imposición de una pena o una medida de seguridad, puede existir una pacificación social del conflicto desde un plano interpersonal y horizontal¹³⁵.

En otras palabras, podemos hablar de la existencia de una desmarginalización de la víctima en el proceso penal, quien retoma en la actualidad un papel protagónico, como parte involucrada en el conflicto penal. Fenómeno que se da como consecuencia del reconocimiento expreso en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, que reconoce su legitimidad para estar en juicio, para intervenir en forma activa y para reclamar una reparación integral del daño causado.

¹³⁵ Cfr. SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona, Atelier, 2018, pp. 21 ss.

Pero también entendemos que el papel activo que desempeña actualmente el ofendido por el delito, obedece a un fenómeno social, en donde aparece un interés general por la materia penal, penitenciaria y la seguridad ciudadana.

Justamente las corrientes criminológicas surgidas a partir de 1960 y 1970, analizan esta tendencia y desde sus sendos fundamentos defienden -criminología del control- o rechazan -criminología crítica- la postura promocional de la víctima.

A partir de allí, haciendo eco del carácter subsidiario, fragmentario y de última *ratio* del sistema penal, se han tratado de desarrollar diversos criterios procesales de reparación material o simbólica, dando paso paulatino a la injerencia de la composición, el consenso y la autonomía de la voluntad como herramientas claves para buscar una alternativa de solución al conflicto punitivo.

Pero sería un error suponer que el actual repunte de la víctima y sus derechos en el ámbito procesal penal está ausente de riesgos. De hecho, subsiste aún el justo temor –a lo menos en el ámbito estrictamente científico– de que la imagen de la víctima concreta sea mal utilizada, esto es, sea mediatizada por eslóganes subjetivos, pasionales y populistas, encarnados, por lo demás, a través de un Derecho penal simbólico.

Conocidas son las campañas impulsadas muchas veces por sectores políticos y alentadas por los medios de comunicación, que inciden en la opinión pública, que con el estandarte de la lucha contra la inseguridad y de tolerancia cero -y también, bajo el eslogan de salvaguardar a las víctimas- han propiciado la institucionalización de una auténtica justicia represiva y autoritaria.

Existe un riesgo, desde esta perspectiva, de que la participación de las víctimas, pueda erosionar y lesionar principios garantísticos tan básicos como los de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad. De ahí que resulta imprescindible, por tanto, determinar cuál es la política-criminal que está detrás de los equivalentes funcionales que se esbozan como manifestativos de la reparación y, de este modo, se puedan analizar críticamente los postulados y directrices sobre los cuales se sustentan.

Aunque también debería quedar claro que participación no significa que la víctima deba tener siempre la razón. Es a ella, que potencialmente somos todos nosotros, a quien deben darse respuestas en primer lugar, porque esa es la única razón de ser del Estado. Los jueces, tienen el deber de seguir los trámites de los procesos haciendo valer todos los derechos en juego.

Bajo esta tesitura, las facultades reconocidas legalmente al ofendido constituido en querellante particular no ponen en peligro el equilibrio de partes en el proceso penal, en tanto sus pretensiones, sean sustanciadas con el resto de los actores del proceso y resueltas por un juez imparcial, como dijimos.

Esto resulta aplicable a las atribuciones reguladas en las medidas de coerción que recaigan sobre el imputado y en la aplicación de los criterios de oportunidad. No obstante, en este último caso, no podrá dejarse de lado la pretensión del órgano persecutorio de la acción penal, por cuanto el principio de legalidad constituye un mandato constitucional, al igual que la tutela judicial que asiste a la víctima. No advertimos en este sentido, que exista preeminencia de alguna de estas garantías, como tampoco incompatibilidad para coexistan de acuerdo a la regulación que los Códigos sustanciales y procedimentales establezcan.

Luego de analizada la injerencia del ofendido en el trámite del proceso, las discusiones y evoluciones que sus facultades han tenido, con especial referencia al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, desarrollamos su papel en la disponibilidad de la acción penal.

En este sentido, aparece una nueva perspectiva restaurativa, frente a la clásica visión retributiva como respuesta del Estado al ilícito penal. Y siempre desde la óptica del sujeto pasivo, el enfoque se dirige a una relación de pares, que solucionarán su contienda a través de soluciones alternativas a la pena (como son, la mediación, la conciliación, la reparación).

En estos casos, a las ventajas conocidas sobre el imputado -respecto a la estigmatización de su sometimiento a un proceso formal, como a la prisionización- y sobre la institución judicial -al descomprimir el cúmulo de causas a investigar y seleccionar en forma más eficiente sus recursos-, se añaden consecuencias beneficiosas para el damnificado, que recibe una respuesta concreta a su situación y sobre el daño que se le ha provocado con el delito. Consecuencias que a la postre, otorgan mayor transparencia y democratización del sistema penal.

Ahora bien, con la implementación de la justicia restaurativa, aparece un peligro en este suscitado interés por la víctima al que hicimos referencia. Como entiende David Garland se corre el riesgo de que aparezcan intereses de venganza, sobre todo impulsados por sectores políticos y la opinión pública, que distorsionen los principios y bases de esta perspectiva restaurativa de la justicia, al sostener que el castigo es un derecho de las víctimas (Garland,

2005)¹³⁶. Indudablemente, esta visión desalienta la fluida implementación de estos mecanismos en el sistema penal.

En efecto, la justicia restaurativa tiene ventajas indudables sobre la justicia tradicional, pero el contexto en que surge y el momento actual de la cuestión penal, en la cual se vuelve a pensar en el derecho penal como la primera razón de los Estados, en medio de un populismo punitivo, es una solución que en lugar de contraer el aparato de justicia penal, puede extender sus redes y por lo tanto, es indispensable que asumamos con seriedad este mecanismo civilizatorio de resolver conflictos y no lo reduzcamos simplemente a un instrumento para descongestionar el aparato judicial de aquellos casos menores y en consecuencia se reserve una justicia retributiva pura y dura para la delincuencia considerada más grave, ensanchando y endureciendo el sistema penal, cuyo disminución y hasta su supresión estuvo siempre en el horizonte cuando se buscaron respuestas restaurativas.

Es menester comprender que en lo que hace a los métodos alternativos de resolución de conflictos y el rol de la víctima nuevos debates se abren y se mantienen otros históricos.

Siguiendo este razonamiento, contestamos el interrogante planteado sobre el rol cumple la víctima en el fin preventivo de la pena. Desde este punto de análisis, la víctima en sentido potencial -la sociedad en su conjunto- reafirma su confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico con la imposición de la pena. Y en esta finalidad preventivo-general, la sanción penal contiene, como vimos, una dimensión comunicativa que también le es atribuible a la reparación integral.

Justamente la justicia restaurativa, incluye a la víctima concreta -el ofendido- en la solución del conflicto penal a la vez que restaura en la sociedad la vigencia de las normas, volviendo a su estado anterior. Validar este mecanismo desde el interior del sistema penal es lo que precisamente redefine el fin preventivo de la pena.

La posibilidad de la víctima de obtener reparación, existe en el fuero civil donde puede procurar la obtención de una indemnización. De lo que se trata aquí, es de dotar al sistema punitivo estatal de otras respuestas que no pongan en crisis la finalidad misma de la pena, sino que la complementen.

Y en la medida que los intereses de la víctima -concreta y potencial- se encuentren canalizados en el marco estatal, se obtiene un método selectivo de la pena, que no

¹³⁶ Ob. Cit. Pág. 241.

responde a presiones sociales y repuestas demagógicas, antes bien responde a una finalidad netamente expresiva. Esto es, dejar relegada la aplicación de una sanción penal en aquellos casos en los que, los bienes jurídicos puestos en crisis por el ilícito necesiten una respuesta más allá de los intereses de la parte damnificada, por resultar ello insuficiente como reacción estatal que involucra al conjunto social.

De ahí que un adecuado sistema de reacción al delito deba mitigar no sólo los inevitables antagonismos que surgen a partir de las anteriores nocividades, sino que también deba intentar conciliar y armonizar la reparación como un complemento al enjuiciamiento penal clásico. No se trata, por ende, de buscar una sustitución del sistema procesal penal o, en ciertos casos, de buscar métodos procesales que tiendan a favorecer la penalización de la pretensión resarcitoria. Por el contrario, lo que se pretende es asumir que el Derecho procesal constituye un Derecho de alternativas, que discurre por la vía de la complementariedad y la subsidiariedad en aras de contribuir precisamente a la realización de los fines propios del Derecho Penal. De este modo, allí donde la pacificación social pueda ser alcanzada por medio de sanciones menos graves, el reconocimiento de la reparación como una alternativa justa y viable para las víctimas, la sociedad y el infractor, debería ser siempre propendida, fortalecida y garantizada por parte del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. (1992). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- AROCENA, G. A. (2003). La víctima del delito, el querellante particular y la coerción personal del imputado. En J. y. CAFFERATA NORES, *En torno al querellante particular* (págs. 33-79). Córdoba, Córdoba: Advocatus.
- BIDART CAMPOS, G. J. (29 de Mayo de 1991). La legitimación del querellante. *Revista El Derecho*(7751).
- BINDER, A. (2011). *Análisis de la política criminal*. Buenos Aires: Astrea.
- BOVINO, A. (2003). La participación de la víctima en el procedimiento penal. En L. M. REYNA ALFARO, *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- CAFFERATA NORES, J. y. (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado* (Vol. I). CORDOBA, ARGENTINA: Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, J. I. (ENERO de JUNIO de 1983). El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, XXV(44).
- CAFFERATA NORES, J. (2011). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- CALFURRAPA, R. B. (2019). Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5(1), 145-190.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, R. (2017). La Justicia Restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. *JUSTICIA JURIS*(13 (1)), 122-132.
- CESANO, D. (2001). Reparación y solución de conflicto: su tratamiento en el Código Penal Argentino. En A. VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Lerner.
- COUSSIRAT, J. (2013). *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza Comentado* (Vol. I y II). Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ARGENTINA: LA LEY.
- CRIVELLI, E. Facultades recursivas del querellante de acción pública en materia de coerción penal con especial reeferencia al nuevo Código Procesal Penal de Mendoza. *LA LEY*. 1 de DICIEMBRE de 1997.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, M. (1988). *La verdad y las formas jurídicas*. Mexico, Mexico: Gedisa.

- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. SOZZO, Máximo. Barcelona: Gedisa.
- HAIRABEDIAN, M. y. (s.f.). Derecho de la víctima a una investigación eficaz: participación del querellante particular en las medidas de coerción del imputado. *Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados*.
- HIRSCH, H. J. (1992). La reparación del daño en el derecho penal material. En A. VV., *De los delitos y las víctimas*. Trad. Elena Carranza (págs. 55-90). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- HÖRNLE, T. (2003). Distribución de la pena: el papel desde una perspectiva de la víctima. En L. M. REYNA ALFARO, *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. y. (2010). *"Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social"*. Lima: ARA Editores.
- JAUCHEN, E. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005). En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada 'Justicia Restaurativa', 'Reparativa', 'Reintegrativa' o 'Restitutiva'. *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*.(33), 271-324.
- LEDESMA, Á. E. (2020). *Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del art. 59 del Código Penal*. Recuperado el 6 de noviembre de 2020, de [www.derecho.uba.edu.ar: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf](http://www.derecho.uba.edu.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf)
- LORENCES, V. (2012). *La revalorización de los derechos de la víctima. La aplicación de fórmulas de justicia restaurativa en todas las etapas del proceso penal latinoamericano*. Buenos Aires: Zavalía.
- MAIER, J. B. (1992). La víctima y el sistema penal. En AA. VV., *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires, Buenos Aires: AD-HOC.
- PANDOLFI, O. R. El derecho del imputado a un acusador penal único o a un solo discurso acusatorio del cual defenderse. *El Dial Express*. 15 de Diciembre de 2009.
- PASCUA, F. J. (2018). *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza (Vol. I)*. Mendoza, Mendoza, Argentina: ASC.

- PASTOR, D. R. (11 de septiembre de 2015). La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino. *Revista Pensamiento Penal*.
- PESSOA, N. (2013). *La nulidad en el proceso penal* (Vol. I). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- PEÑASCO, P. G. (2018). *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza* (Vol. I). San Rafael, Mendoza, Argentina: Biblioteca Popular Francisco Peñasco.
- REYNA ALFARO, L. M. (2003). *Victimología y victimodogmática: Una aproximación al Estudio de la víctima en el Derecho Penal*. Lima: Ara.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- ROXIN, C. (1999). Pena y reparación. *Conferencia pronunciada en Universidad Juárez Autónoma de México, Villa Hermosa, México el 16 de noviembre de 2000. L II*. México: ADPCP.
- SALIDO, M. B. (2006). El querellante particular. En *Temas del nuevo Código Procesal Penal de Mendoza*. Buenos Aires: Morcos.
- SEELMANN, K. (2013). *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- SILVA SANCHEZ, J. (2015). *En busca del Derecho Penal*. Buenos Aires-Montevideo: B. de F.
- SILVA SANCHEZ, J. M. (2018). *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona: Atelier.
- VAZQUEZ ROSSI, J. (2011). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni.