

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

MAESTRÍA y ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

(CONEAU – RESOL. Nros. 530/01 y 522/01).-

TESINA

ALUMNO: Dr. Raúl Alberto AUFRANC – Matrícula Nro 1324/706.-

Tema:

“ LA VÍCTIMA DEL DELITO
y PODER PUNITIVO ESTATAL”

"La Historia es la forma espiritual en que una cultura se rinde cuentas de su pasado" "Johan Huizinga "El Concepto de la Historia y otros Ensayos"

A.- INTRODUCCIÓN:

Suele señalarse que en el ámbito de la política criminal, existen en la actualidad dos grandes ámbitos de discusión: la resocialización (sobretudo su inocultable crisis) y la introducción de la víctima en el conflicto penal; esto último, claro está, con serias y trascendentales implicancias en lo sustancial y formal del sistema penal, más allá de que no sólo las ciencias penales han empezado a ocuparse del tema de la víctima de delito. En nuestra disciplina penal, indudablemente este tema pone en punto de discusión su propia naturaleza y sentido.-

Y no es casual que ello así sea: tanto el aspecto de la "resocialización" del infractor penal como el rol de la víctima en el proceso penal (o la reparación del daño sufrido por la víctima), constituyen temas centrales en la moderna criminología, por lo que precisamente deben plantearse los mismos como datos fundamentales de una actual exigencia social a la que el Estado debe necesariamente responder, pero estimando que no acudiendo -al menos en lo básico y primordial- al derecho penal. He aquí, estimo, la primer clave de un tema complejo. Una cosa es la pretensión punitiva del Estado, otra es resolver los actuales conflictos sociales y otra es desatenderse de los mismos dirigiéndose el poder político administrador de turno al simbolismo (por ende, facilismo) propio del derecho penal actual, trasuntado en un ámbito cada vez más expansivo de sus normas.-

En el terreno propio del sistema y proceso penal se ha producido en los últimos tiempos algunas innovaciones en torno al rol o intervención de las víctimas de delito, gran parte de dichas modificaciones han tendido a otorgar a las mismas -ya sea por sí solas o bien mediante su constitución como partes querellantes- un mucho mayor protagonismo

dentro del sistema penal estatal, lo que necesariamente conlleva a tenerse que analizar de manera urgente las diversas implicancias que ello puede producir no solo en torno a importantes cuestiones prácticas, enfocadas básicamente en lo procedimental, sino también otras que giran sobre la propia naturaleza, bases, razón de ser y sentido del Derecho Penal, como instrumento característico del Estado moderno.-

Sabido es, el sistema de enjuiciamiento penal adoptado por una comunidad jurídica determinada, es el reflejo de los valores sociopolíticos de esa comunidad y en tal sentido considero que el rol o papel asignado a la víctima dentro del mecanismo procedimental constituye precisamente un dato fundamental, dentro de este contexto cultural. De allí también las extensas y prácticamente inconciliables disputas doctrinarias y jurisprudenciales que reviste el tema en torno de la víctima de delito y, como reflejo, la participación de la denominada parte querellante.-

Más allá de las diversas posiciones que se pueden asumir respecto de este tema –las que ya se pueden observar en los ámbitos doctrinarios y jurisprudenciales- considero que la cuestión amerita reflexiones conjuntas de todos los operadores y estudiosos del sistema penal a fines de generar puntos de acuerdo que permitan en un futuro cercano arrojar suficiente claridad a la labor política legislativa y con ello un cuadro normativo coherente que posibilite dar al sistema la mayor razonabilidad posible en esta materia, depurándose conceptos y agotándose los fundamentos, ante las serias implicancias que pueden derivarse.-

Nuestro actual sistema penal no deja al día de hoy ser claramente fruto de la negación de la venganza, con el fin de impedirla, entonces la noción de delito, definida en términos de infracción de una norma del Estado, reemplazó la vieja idea de pecado, quedando relegado aquí a un plano inferior el daño a la víctima; así como antes el inquisidor era el único idóneo para descubrir y decidir sobre la verdad perseguida, hoy son los jueces los constructores exclusivos de la “verdad judicial”; ello

no obstante, el ilícito penal -remarco, el ilícito descripto y reprimido penalmente- continúa fundándose mucho más en el quebrantamiento de una norma represiva propia del estado moderno que en la producción concreta de un daño que victimiza a una persona. Pero, al mismo tiempo, es necesario humanizar el sistema y permitir una mayor incidencia a la cuestión de la participación ciudadana.-

Pero, si bien la necesidad de atender los intereses de la víctima del delito a través de un sistema penal menos represivo (y por lo tanto más respetuoso de los derechos de los imputados o condenados) constituye un valor a perseguir en pos de dotar de mayor racionalidad al sistema penal, no se debe incurrir en notorios excesos que desvirtuarían la finalidad del proceso penal y la existencia misma de un derecho penal liberal respetuoso de las garantías más elementales, derecho éste que si bien poco ha podido hacer respecto de la selectividad propia del sistema penal (algunos acusarían aquí que, por el contrario, dicha selectividad sería ínsita al nacimiento mismo derecho penal liberal y para ello basta en tal sentido una somera mirada a la composición de la población carcelaria), cierto es que sus notas y vigencia garantista debe ser hoy resguardada y puesta bajo luz. El fundamentalismo penal subyacente en la idea de que la pena estatal tendría (al menos potencialmente) la virtud de curar todos los males de la vida en sociedad debe ser denunciado, puesto en evidencia, para evitar la distorsión del sistema penal como ultima ratio (derecho penal mínimo) y la paradójica “revictimización” de las propias víctimas (también “seleccionadas” en el sistema penal).-

A lo largo del presente trabajo, se hará entonces referencias a nociones básicas en torno al Estado de Derecho, en cuanto marco regulador de la convivencia en sociedad políticamente organizada; al sistema punitivo estatal y al Derecho Penal, en sus notas esenciales y característica; a la naturaleza y connotación de lo público (interés público); a la situación misma de las víctimas (inmersa en determinado contexto político y cultural); y a cuestiones relacionadas con la realidad “mediatizada” y la función misma del proceso penal, tratando que todo ello

permita arribar a conclusiones más estrictas en cuanto a los derechos de las víctimas de delitos y su incidencia en las cuestiones relativas al sistema punitivo.-

"Toda reforma, penal o procesal penal, supone el ejercicio de una porción de poder; y entonces, deberemos saber quién la impulsa, para qué y desde qué valores..." Heredia José Raúl "Lectura Constitucional del Proceso Penal". -

B.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA. LA VÍCTIMA. EL ESTADO de DERECHO:

Primero y brevemente, estimo de interés acudir al significado etimológico de la palabra "víctima", en tal tarea vemos que se señala que en los primeros siglos de la lengua latina, víctima (o "victuma") eran las palabras que designaban a aquellos humanos o animales que habían sido seleccionados para morir en sacrificios ofrecidos a los dioses de ocasión; así también con la palabra "victimarius" se designaba a aquella persona cuya función era precisamente dar muerte a esos seres vivos (un sirviente de los antiguos sacerdotes gentiles y que encendía el fuego y ataba a las víctimas al ara, durante el sacrificio); con el transcurso del tiempo, la palabra víctima fue ampliando su alcance, aplicándose además a todos aquellos que sufrían agresiones, torturas, accidentes o incluso enfermedades, una evolución que no ocurrió directamente en el idioma español, sino ya en el propio latín; con anterioridad a ello, se señala que el latín pudo receptar palabras tales como "victus" o "vinctus" (alimento, vencido, encadenado). Generalmente entonces los estudiosos del origen de las palabras señalan que el vocablo víctima ha nacido para indicar la carga de los pecados de todos, para ser 'sacrificada' -de sacrum

facere ‘hacer algo sagrado’, sacrificada para expiar las culpas de los demás- para que la sociedad se vea “libre de sus culpas”.-

Ya entrando en el terreno de la víctima de un “delito” (infracciones punibles), sabido es que la definición de “víctima” ofrece numerosos inconvenientes; en tal sentido: “Se discute quién puede ser víctima: si esta condición es privativa de la persona física o no; discrepan los autores también en el momento de delimitar los agentes de la victimización o causas de ésta; si se es víctima sólo de los delitos y actos criminales o, en su caso, de otros males, accidentes o sucesos de la más variada naturaleza. Ni siquiera existe consenso en la doctrina científica sobre la posibilidad de operar con un concepto unitario de víctima, pues, a juicio de algunos, la realidad criminal lo impediría, siendo numerosas las implicaciones, criminológicas y político – criminales, que derivan de la respectivas acepciones del término víctima...con independencia de esta disputa científico – académica, existe, además, la inevitable controversia ideológica política sobre el rol y la función de la víctima...”¹.-

Este tema de definición, obviamente no es menor. Si bien hoy puede haber cierto consenso -so pena de incurrir en alguna abstracción- en definir a la víctima como el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o efectivamente puesto en peligro; pero también encontramos exageraciones verdaderamente alarmantes que disponen que podrán presentar carácter de víctima aquella persona “ofendida directa o indirectamente por un delito anterior que guarde estrecha vinculación el ahora juzgado, o quien sin serlo acredite un interés particular en la solución del caso...” (Código Procesal Penal Prov. del Chubut)²; lo antedicho impone la necesidad de hacer algo de historia. La evolución histórica, que aquí se expondrá muy brevemente, permite tener presente los diversos enfoques que se han ido sucediendo respecto al rol de las víctimas en el marco de la reacción frente a un

¹ GARCÍA – PABLOS de MOLINA, Antonio “Tratado de Criminología” Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª Ed., StaFe, 2.,009; págs. 125/126.-

² Se suele citar como “antecedente” de tales amplitudes la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución Nro. 40/34 del 29/22/1985.-

delito, teniendo desde ya presente el siguiente panorama actual: “...en el vigente contexto de la política criminal, se ha señalado cómo se ha producido un inversión de papeles en relación con las víctimas, de modo que mientras que antes, los intereses de la víctima quedaban subsumidos en los intereses públicos, ahora es al víctima la que subsume, dentro de sus propios intereses, la representación de los intereses públicos....”³.-

Sabido es, el derecho se presenta al analista como un objeto cultural, en clara relación directa con la organización política imperante en un determinado segmento histórico, por lo tanto contingente, y empapado necesariamente de las exigencias sociales de convivencia y comunidad. Las modalidades en el ejercicio del poder y la evolución en el sistema de control social indudablemente tiñen y dan forma al derecho imperante.-

En sus orígenes el derecho penal era casi absolutamente un derecho consuetudinario (hasta finales siglo VI); originariamente se identificaba a la víctima con el acusador, vale decir una “justicia penal” totalmente privada ejercida por el lesionado (clan, tribu o familia, especie de derecho – deber de un grupo ofendido por el delito, vindicta comunitaria como elemento de cierta cohesión societaria) y con una contundente finalidad reparadora o retributiva (“derecho penal de daños”). Era Derecho Penal como Derecho Privado. En lo sustancial entonces, una reacción confiada en forma ilimitada a la venganza individual o parental, lo que implicaba, claro está, ni más ni menos que un enorme espacio para el imperio de la ley del más fuerte.- Tras ello, si bien previamente esa venganza fue regulada como derecho – deber (venganza de sangre, ley de talión, etc), nace el poder estatal, concretamente, la autoridad de los monarcas, que en un primer momento histórico (siglo VI a IX) como ya se

³ BLASCO, BERNARDO del ROSAL, “¿Hacia el Derecho Penal de La Postmodernidad? Revista Electrónica.El populismo penal, la víctima como nuevo icono” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> (marzo 2011), pág. 46.- Este Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante sigue aquí a Galand quien habla del “retorno de la víctima” y a Silva Sánchez quien refiere una clara identificación de la mayoría social con la víctima del delito lo que origina consecuencias importantes en la configuración del actual derecho penal.-

dijo, ha impuesto una mayor racionalidad en la reparaciones (Ley de Talión, composiciones), encontrándose aquí el origen de ciertas “penas estatales” y sanciones económicas equitativas para tratar de sustituir la venganza justiciera de las víctimas, de por sí descontrolada y heterogénea (reestablecimiento de la paz).-

Ya en Grecia y Roma, había nacido la idea de ciertas infracciones cuya víctima era la propia comunidad.-

En el siglo XIII nace el Estado Nación y con ello la pena estatal en virtud de una nueva organización social. El desarrollo histórico fue progresando paulativamente hacia la oficialización de la justicia (prioritaria atención a la satisfacción de intereses públicos, función de garantía), más que en el daño ocasionado se pone entonces el acento en la producción de un delito, ocupando el Estado una posición central en la reacción frente al mismo, en la efectiva realización del derecho penal; el primer paso decisivo en esta dirección fue la separación entre juez y ofendido, empezándose a prohibir las decisiones privadas (duelos, ejecuciones sumarias, linchamientos); ya en la Edad Media aparece un poder central estatal (con gran influencia de la Iglesia), con marcados fines disuasorios e intimidatorios y medios claramente arbitrarios y crueles a modo “ejemplificante” (modalidad de “prevención general”: ejecuciones públicas), profundizándose aquí el alejamiento de la víctima, aunque en rigor tanto a ésta como al acusado se los sacaba de todo marco de atención y protección por parte del poder.-

El Estado moderno resultante del pacto constituyente y las consiguientes facultades delegadas, trasunta entonces un poder político centralizado que impuso una persecución penal pública o estatal (“Derecho Penal de la autoridad”), previa selección de las conductas prohibidas, la previsión de sus consecuencias a modo de sanción y el monopolio consecuente del ejercicio punitivo como reacción frente al delito, en una relación que ya deja de ser bilateral (ofendido/ofensor) para ser trilateral: juez imparcial. Durante los siglos XIII a XVIII imperó un modelo de enjuiciamiento penal de naturaleza estrictamente inquisitiva

(con génesis en el Derecho Canónico), lo que importa en lo principal o medular: la búsqueda de la verdad como fin principal y justificante de los medios más perversos carentes de toda idea de humanidad (vale recordar que suele señalarse al Estado como máscara de turno del sistema político)⁴.-

El surgimiento del derecho penal como disciplina autónoma está estrechamente ligado con el reconocimiento de ilícitos públicos y el consecuente ejercicio de la acción penal pública, básicamente en los siglos XVIII y XIX, con la Ilustración, la ley penal al tiempo que indudablemente se perfecciona, constituye la carta magna del imputado, como limitación a la irracionalidad del poder. La modernidad que sentó las bases para la racionalidad y el progresismo. La legislación penal actual se corresponde en gran medida con aquella inspirada en el proceso de codificación del derecho penal (siglo XIX) luego de la Revolución Francesa (1789), con la intención de impedir la arbitrariedad de los jueces, fijándose entonces los más importantes presupuestos formales y materiales de aplicación del Derecho Penal; nace una ciencia del derecho penal, y la idea del proceso como regulación legal y presupuesto necesario de la pena; se señala entonces que el derecho penal moderno esta construido sobre las bases del Iluminismo o la Ilustración (Beccaría: Sobre los Delitos y las Penas) y tras dichos movimientos, se construye (o más bien debe construirse) una política criminal siempre guiada por un ideal humanitario y límites cada vez más firmes en el ejercicio del control punitivo estatal. Todo ello como exigencia de un Estado de Derecho emergente de un principio político regulador de un orden social, de una convivencia.- Aquí emergen entonces las bases ideológicas del derecho penal moderno: el principio *nullum crimen, nulla*

⁴ “...recordando a Huizinga, me atrevo a afirmar, que así como la historia es la forma espiritual en que una cultura se rinde cuentas de su pasado, la historia y el conocimiento de la política en su devenir son la demostración de que lo político condiciona lo jurídico, y de que lo político está marcado indefectiblemente por la forma espiritual de la ideología, de manera tal que en el ámbito de la convivencia, la ley de mando y obediencia esta la estructura formal a través de la cual van y vienen los valores que –buenos o de los otros- dan a esa ideología sus características y construyen los sistemas políticos y también los destruyen para sustituirlos por otros, aquí que la ideología manda...” (SPOTA, Antonio; “Comentario” en “Organización Jurídico Política del Estado”, Editorial de Belgrano, BsAs, año 1981, págs. 59/60)

poena sine lege, la fundamentación racional y la humanización de la pena y la concepción del delito como algo diferente del pecado (codificación del derecho penal liberal).-

A mediados del siglo XIX observaremos la influencia del idealismo alemán: fundamento ético del sistema penal (libertad de la voluntad, límites en la legitimidad de la pena) principalmente se hacen referencias al carácter retributivo de la pena como límite y medida de la misma. Hacia fines del siglo XIX imperó el positivismo, con su idea utilitarista (acentuación del “defensismo social”), desalojando de la escena a toda la corriente del idealismo alemán (concepciones retribucionistas), desarrollándose instituciones que giran en torno a la peligrosidad del autor; para luego encontrar -en el devenir histórico- el desarrollo de ideas iushumanistas, sobretodo en la década del sesenta (inicio de las reformas modernas: resocialización y dignidad de la persona sometida a proceso o condena), aunque bien puede señalarse aquí que en la primera mitad del siglo XX prácticamente se excluye la figura del querellante particular en la gran mayoría de los ordenamientos procesales.-

A partir de la década de los años sesenta, se hace hincapié de manera eufórica en las tesis resocializadoras (prevención especial resocializadora), para luego tomar lugar un movimiento denominado neoclásico o garantista, dándose relevancia a las garantías propias del Estado de Derecho a fines de lograr dar legitimación al accionar del Derecho Penal, es decir, limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado conforme principios que atienden básicamente a la previsibilidad, la seguridad jurídica, la igualdad y la proporcionalidad. En las últimas décadas es dable observar una clara expansión del intervencionismo punitivo que pone en crisis las estructuras propias del derecho penal liberal, socavado por prácticas oportunistas, populistas y por supuestas y crónicas “emergencias”⁵ que conducen a una progresiva incriminación-

⁵ Con la denominación “derecho penal moderno” suele aludirse a novedosas regulaciones normativas penales que se extienden a nuevos ámbitos o formas de conducta diferentes de los

A partir de los desarrollos teóricos de la Criminología y de la Victimología⁶, entra en crisis la visión exclusivamente unidireccional del delito (Estado – Criminal), ingresando en escena las víctimas como objeto entonces de estudio de las ciencias criminológicas y de interés para la política criminal, ello a los fines de “remediar” el “olvido” que para la víctima había supuesto el tránsito del Derecho Penal de privado a público, de lo que se deriva, por ejemplo, la introducción de ideas y proyectos en torno a la reparación⁷ como sustituto de la pena; legislaciones nacionales e ideas político criminales comenzaron a apuntalar ese nuevo y creciente interés por la víctima. Cada vez con mayor énfasis se estimula la necesidad de que los operadores del sistema penal tengan conocimientos sobre victimología.-

Ahora bien, el derecho penal es, esencialmente, derecho público y resulta indiscutible que: “Es evidente la distinta perspectiva de los protagonistas del conflicto y la del sistema judicial, pues éste se preocupa principalmente por la reconstrucción del pasado, por conocer lo sucedido, como presupuesto para decidir la solución, repartiendo culpas y castigos; en cambio, los protagonistas del conflicto suelen estar más preocupados por el futuro, por saber como van a continuar con su vida, con el conflicto resuelto o sin resolverse”⁸.-

Más allá de la visión que pone el acento en la conflictividad social, cierto es que la ocurrencia de delitos nos lleva inexorablemente a pensar incluso más allá del sistema punitivo penal, nos

tradicionales contenidos en las leyes penales; se introducen tipos penales “sui generis” lo que conlleva de cierto modo la creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, la ampliación de los espacios de riesgos relevantes para el derecho penal, la flexibilización de las reglas clásicas de imputación y la relativización de los principios político-criminales garantistas.-

⁶ Disciplina cuyo objeto es el estudio científico de la víctima de delito, tratando de dar respuestas superadoras del conflicto y la delincuencia.-

⁷ De la idea de “reparación” nacen paulatinamente distintas figuras, como por ejemplo: el pronunciamiento en sede penal de la responsabilidad civil emergente del delito, la reparación como atenuante de la responsabilidad del imputado a fines de determinar la pena, condición para el otorgamiento de la “probation” o suspensión del proceso penal a prueba, como presupuesto del otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena, remarcándose siempre como supuesto factor en pro de la resocialización.-

⁸ MENDAÑA, Ricardo J. “La Reforma Procesal Penal y Una Nueva Relación del Ministerio Público con las Víctimas del Delito” en “Pensamiento Penal del Sur Nro. 3 – 2009”, Asociación Pensamiento Penal; Fabián J. Di Plácido Editor, Bs.As, 2.009, pág. 501.-

conduce directamente a evaluar el papel, compromiso o responsabilidad del Estado mismo, en su caracteres de Constitucional y de Derecho, es decir, de un Estado cuyo fin supremo es garantizar la libertad, con las necesarias limitaciones y fiscalizaciones del poder conforme normas jurídicas emanadas de la soberanía popular en uso de un poder constituyente para precisamente fundamentar el Estado mismo como una organización social legitimada para ejercer su poder supremo de ordenación y de imperio; vale tener presente entonces que “el fundamento obligatorio de las sanciones se confunde con el deber ser, ya que ellas surgen de la voluntad del legislador, que se expresa en una ley concreta. De manera que se puede decir que el fundamento del deber ser es la ley dictada conforme a la Constitución. Con esto, la referencia al Estado de Derecho es más que obvia”⁹, y precisamente en un Estado de Derecho una persona reviste el carácter de “víctima” solo en la medida en que una ley lo defina como tal conforme pautas razonables del principio de legalidad (lo más alejado posible de todo manejo, o más bien manipulación política de la sobredimensionada mediáticamente moral de la víctima) y siempre debemos tener presente que el estudio del proceso penal “sin descuidar la práctica, debe remontarse necesariamente hasta las consideraciones teóricas y técnicas, tanto dogmáticas como políticas, que permitan orientar el perfeccionamiento de su eficacia y comprender la esencia misma de las instituciones que le son propias”¹⁰.-

Fundamentalmente, el poder se manifiesta a través de normas (sistemas normativos), en el Estado moderno el poder es esencialmente jurídico, limitado por los controles y garantías que todo régimen constitucional establece, diferenciándose entonces el poder estatal en la circunstancia de que nadie puede sustraerse a él: idealmente manda el orden jurídico en forma global; esta posición trae aparejada una organización estatal limitada y por lo tanto “constitucional”, a diferencia de

⁹ DONNA, Edgardo Alberto “Teoría del Delito y de la Pena” tomo I; Editorial Astrea, 2ª ed act., BsAs, 1996.-

¹⁰ CLARIA OLMEDO, Jorge A, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, t I, editorial Ediar, BsAs, 1960, pág. 53.-

aquellas concepciones absolutistas y/o totalitarias que importan en definitiva una clara contraposición entre Estado y Derecho.-

Se impone tener presente aquí que el Estado de Derecho, por propia definición, impide en absoluto todo desconocimiento del principio de legalidad -nacido firmemente en 1764 con Beccaria-, el cual constituye un cimiento fundamental de todo programa político criminal, racional e igualitario, a los efectos de servir en definitiva de valla de contención a los propósitos punitivos, muchas veces desmesurados, del Estado. El Estado de Derecho busca el equilibrio institucional que propenda al respeto de los derechos subjetivos de la totalidad de ciudadanos, brindando una dosis de razonable protección. Y dentro de un Estado de Derecho, el Derecho Penal debe resaltar su papel garante de la aplicación limitada y razonable de la pena estatal.-

Un Estado de Derecho pasa a ser un mero enunciado vacío de contenido: cuando se sacrifican garantías en pos de una supuesta eficiencia, cuando cada vez más conflictos el poder político deriva irracionalmente hacia el sistema penal e incluso de manera simbólica (lo que a su vez genera mayor grado de desintegración comunitaria y mayor incapacidad para resolver los conflictos de manera real, no simbólica), cuando en lugar de procurarse y alentarse caminos alternativos a la solución punitiva (no violentos: reparaciones estatales, composicionales, etc.) se potencia y se entroniza hipócritamente el “rol de víctima” en un proceso penal, hasta el punto de manipularla -en sus sentimientos mismos inclusive- lo que da lugar a conductas y decisiones políticas del poder (inmersas en un sistema comunicacional muchas veces perverso) que ponen seriamente en peligro el estado de derecho precisamente.- Por el contrario, lo que sería dable esperar, es un poder democrático que genere expectativas ciertas (no falsas) de confianza en el derecho, lo que resultaría a su vez sociológicamente beneficioso. Un Estado de Derecho importa necesariamente racionalidad y una de las maneras de construir ésta es, precisamente, la generación de confianza, lo que importa vías comunicantes, lo cual aparece complicado si vemos el

actual estado de crisis de gobernabilidad, con serios cuestionamientos desde la ética y la honestidad. Sin confianza en un Estado de Derecho, las fragmentaciones conflictivas en la sociedad resultan crónicas e inevitables. La racionalidad y confianza que debe importar un Estado de Derecho también nos lleva al tema de las planificaciones a largos plazos (por ejemplo, proyectos serios de política criminal), al contrario de lo que ocurre con las habituales respuestas jurídicas urgentes (al menos desde el discurso).-

El Estado de Derecho y sus garantías (lejanas ya, o mas bien opuestas a los postulados clásicos del positivismo criminológico) constituyen ni más ni menos que el inicial elemento constitutivo y legitimante del Derecho Penal, y es ese Estado de Derecho el que resulta severamente dañado (junto con el sistema republicano y democrático) cuando sus instituciones se tornan ineficaces o directamente inoperantes para resolver verdaderamente los principales conflictos de una comunidad y cuando la política criminal prácticamente no tiene incidencia alguna frente a la desmesurada política traducida en expansión del derecho penal y consecuente “neopunitivismo”, en cuyas entrañas encontramos el persistente sentido mítico que se le atribuye constantemente a la pena, menoscabándose con ello la esencia racional de la ley. Ya que, siempre debemos tener presente, que en el sistema penal existen “pulsiones vindicativas”, por lo que podemos indicar que al menos una cuota de venganza siempre existe en esta materia aquí tratada y que, en definitiva, el sistema penal emerge como un instrumento que canaliza a la venganza: la cautela se impone necesariamente ante toda utilización del sistema penal y cuando una decisión política rompe los límites del derecho, la venganza se expande¹¹.-

C.- LO PROCESAL. LA PARTE QUERELLANTE – BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar”, Ed. Ediar, 1ª ed., BsAs, 2.011, pág. 501-

Existen instituciones procesales penales que en el siglo pasado dieron paulatinamente cierta intervención a las víctimas de delito dentro del desarrollo de un proceso penal¹² (más allá de la visión originaria como meros denunciadores o informantes de la policía y testigo en sede judicial), ellas son las figuras del actor civil y del querellante principalmente¹³. Suele señalarse que la cultura penal continental prácticamente ha atendido a la víctima desde la visión indemnizatoria y de manera limitada. En lo que respecta al querellante en los delitos de acción pública, el mismo constituye un “sujeto eventual” en el desarrollo del proceso penal (órgano coadyuvante y de control, a la par del Ministerio Público Fiscal como titular exclusivo de la acción penal pública) con la posibilidad básicamente de ser oída durante las actuaciones y facilitarle la petición y/o incorporación de elementos probatorios cargosos; vale decir entonces que la tendencia mayoritaria era ver en la víctima constituida en querellante (con asesoramiento letrado) una intervención accesoria (“adherente”) careciendo de derechos sustantivos sobre la resolución final del caso, siendo que el Estado continúa a cargo de la titularidad de la acción penal.-

En este punto entonces, podemos observar que existen varios fallos judiciales que dejan en claro que no puede haber juicio ni pena sin acusación fiscal en el debate oral (aunque se haya efectivizado una acusación del querellante particular). Tal es el supuesto de los fallos “Tarifeño” (28/12/89), “García” (22/12/94); “Cattonar” (13/06/95), entre otros.-

¹² Principalmente al presentarse al delito como interacción entre autor y víctima en el espectro social (Hans Von Hentig, a partir de la década del 40), validándose la intervención de la víctima como querellante en los distintos ordenamientos procesales a partir de la década del sesenta (génesis de los movimientos de reforma modernos).-

¹³ También podemos señalar como mecanismos de participación de víctimas en el contexto de un procedimiento penal: la probation (suspensión del proceso penal a prueba en nuestro ordenamiento), la mediación penal (sobre todo en el régimen penal de menores en nuestro país), y además la creación –muy interesante- de oficinas de asistencia de víctimas de delitos como centros a cargo del poder ejecutivo y con directa relación con las agencias fiscales del poder judicial (creación que es de esperar, cuenta con los recursos humanos e interdisciplinarios suficientes). Desde más antiguo también podemos observar la presencia de las víctimas como factor coadyuvante de la tarea judicial de determinación de la pena, la “actitud posterior al delito” en los casos de condenación condicional, también en materia de libertad condicional, y la solución compositiva en ciertos delitos sexuales –art. 132 del Código Penal.-

Ya he señalado que existe últimamente una tendencia de “revalorizar” la intervención de las víctimas de delitos en el proceso penal¹⁴; la jurisprudencia se ha hecho eco de tales nuevos vientos: las facultades procesales concedidas al querellante particular en su rol acusador han adquirido un renovado e inusitado impulso a partir del precedente “Santillán” de nuestra CSJN (13/8/98).-

Debemos en tal sentido reconocer que durante mucho tiempo la víctima ha sido totalmente olvidada o relegada por el Estado; fallos jurisprudenciales han tratado de “recomponer” tal situación, aunque antes de entrar en consideración de los mismos vale destacar esta conclusión de Hirsch que como resumen vale remarcar ya aquí mismo: “...se debe ser consciente de que la acción conjunta no representa una construcción mandada por la naturaleza de la cosa, sino que, únicamente, está legitimada sólo por el punto de vista orientado por una finalidad de conveniencia jurídico política...”¹⁵.-

Se indica que en el caso “Santillán”¹⁶ la C.S.J.N otorgó relevancia y efectividad a los derechos de las víctimas de los delitos de acción pública constituidas como querellantes en los respectivos procesos penal, en razón de que, en la jurisprudencia de la Corte, cuando el Agente Fiscal no pida pena tras el debate oral, si el querellante sí lo hizo el tribunal de juicio está entonces en condiciones de dictar una sentencia condenatoria, se reconoce entonces virtualidad a la acusación de la

¹⁴ “...la euforia fijada en la resocialización del autor, de los años sesenta, fue reemplazada, entretanto, por la euforia que recae sobre la víctima...los impulsos político criminales que parten de allí muestran su consecuencia en las legislaciones nacionales...” (HIRSCH, Hans Joachim “Obras Completas Derecho Penal” Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª Ed. Sta Fe, 2.007, pág 172).-

¹⁵ HIRSCH, Hans Joachim, en “Obras Completas. Derecho Penal” Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, 1º edición, Sta Fe, 2007, pág. 195.-

Resulta asimismo muy interesante en este punto el planteo de Bovino: “...mientras la víctima – sujeto ataca las bases mismas del castigo estatal, la víctima – colaboracionista las consolida, reflejando solamente la necesidad de una respuesta estratégica frente a la actual crisis del derecho penal. La pregunta que podemos formularnos es, entonces, si es posible la coexistencia de la víctima sujeto con el derecho penal estatal que conocemos. O dicho de otro modo, si es posible la coexistencia de esta víctima – sujeto con el principio de legalidad...” (BOVINO, Alberto en “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, Editores del Puerto SRL, BsAs, año 1998, pág. 85.-

¹⁶ “Santillán, Francisco A. s/recurso de casación”, Fallos 321:2021, S 1009, XXXII, Sala I, n° 29.787 CSJN (13/08/1998) LL, T 1998 E, págs. 432 y ss.- En contrario: la resolución previa en el mismo caso de la C.N.C.P (LL, T 1997 A, págs. 315 y ss)

querella en el momento del alegato del juicio oral para viabilizar por sí sola una eventual condena del imputado, cierto reconocimiento entonces a la autonomía de la acción de la parte querellante (más que “adherente”) y menoscabo al monopolio fiscal¹⁷; aunque se exige siempre una acusación como condición de legitimidad para posibilitar una sentencia condenatoria (caso Tarifeño¹⁸) pero no importa si la misma es pública (Fiscal) o privada (Querellante)¹⁹. La Corte Suprema luego, en la causa “Sabio”²⁰, mediante la remisión del voto mayoritario del Procurador Fiscal, ratificó la doctrina del fallo Santillán en orden a la autonomía del querellante particular frente al Ministerio Público Fiscal, poco tiempo antes la Corte había dejado atrás la aplicación de la doctrina; cabe recordar que en el año 2004, en “Mostaccio” la Corte había dejado atrás la breve aplicación de la doctrina de “Marcilese” retomando la del fallo “Tarifeño” en el cual se había entendido que, sin acusación fiscal (considerando por tal la que se completaba en el debate) no resultaba posible un pronunciamiento condenatorio del tribunal de juicio. Sin embargo, pese a que en el extenso fallo “Quiroga”²¹ algunos ministros habían realizado claras referencias a “Santillán”, la llana confirmación de esta doctrina aún no se había producido.-

En “Quiroga” vale destacar a favor de la participación autónoma de las víctimas (sirviendo de base incluso a desarrollos

¹⁷ En sentido crítico: menoscabo a la tarea limitadora del poder penal (punitivo): incorporación de un nuevo acusador (o varios).-

¹⁸ “Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad”, causa n° 341/87, 28/12/89, Fallo 325:2019. Con posterioridad, la C.S.J.N en votos mayoritarios señaló con carácter de suficiente acusación el mero requerimiento de elevación a juicio no mantenido por nadie tras el debate oral luego de valorada la prueba producida e incorporada en el mismo (“Marcilese, Pedro Julio y otro s/ Homicidio calificado”, causa n° 15.888/98 del 15/08/2002. Luego, la Corte Suprema volvió a la doctrina del fallo “Tarifeño” (caso “Mostaccio Julio Gabriel s/homicidio culposo” del 17 de febrero de 2.004, fallo 327:120).- Cierta jurisprudencia le “sacó el jugo” a “Santillán” interpretando –amplia y extensivamente- que el acusador particular pueden impulsar la acción autónomamente en delitos de acción pública, llevando la doctrina Santillán (entendida para la etapa del debate oral) hacia atrás, es decir a todo el procedimiento instructorio (incluso promover la acción penal pública en virtud de un derecho constitucional de las víctimas en el proceso penal: “tutela judicial efectiva”).-

¹⁹ Así también CNCrim. y Correcc. N° 21.229, “Storchi, Fernando s/homicidio culposo”, interloc. N° 5/116, rta. 8/3/04; “Mena, Pablo J y otro s/consulta 348, CPPN” interloc. 30/164, rta. 19/1006.-

²⁰ “Sabio, Edgardo Alberto, Herrero, Carlos W. s/falsedad material de documento”, causa n° 2948C, rta 11/07/2007.-

²¹ Fallos 327:5863 causa n° 4302, CSJN, 23/12/2004.-

doctrinario posteriores) el voto del Juez Maqueda: "...en antiguos precedentes la Corte negaba que el ofendido por el delito de acción pública tuviese derecho a procurar la investigación y castigo del autor del delito, al considerar que esa intención no constituía 'un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil' sino una mera concesión legal -de la ley procesal- susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos: 243:5), consecuentemente lo 'atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional' (Fallos: 252:193). Ello cambió en el caso 'Santillán' donde el Tribunal expresó 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 justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (...), derecho que tiene un alcance coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párr. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos' (...)" (Considerando 21º de su voto)....de este modo el Tribunal ratificó y amplió la exigencia constitucional de que no puede haber condena sin acusación, sin que quepa hacer distingo respecto del carácter público o privado de quien la formula. En consecuencia, el requerimiento de condena del querellante en delitos de acción pública, es idóneo por sí solo para satisfacer las formas sustanciales del juicio penal y habilitar al tribunal a dictar sentencia condenatoria, aún frente al pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal" (Considerando 22º de su voto)...la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora los principios sentados por la Comisión Interamericana (de Derechos Humanos) al interpretar el art. 25 del Pacto en cuanto a que 'el derecho a la tutela judicial efectiva' implica que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de 'garantizar el derecho a la justicia de las víctimas ...'".-

Vale señalar que recientemente la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo la imposibilidad del querellante de impulsar la instrucción de un delito de acción pública sin la intervención del Ministerio Público Fiscal²²; con cita del voto de la jueza Ángela Ledesma en el caso “Rodríguez Sordi”²³ se señaló que en el estado en que se encuentra el ordenamiento procesal nacional no resulta posible que el querellante impulse la instrucción de un delito de acción pública sin la intervención del MPF y, en consecuencia, decidieron los Camaristas confirmar el sobreseimiento dispuesto por un “juez de instrucción”.-

Criterio opuesto sostuvo, sin embargo, el año próximo pasado, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal²⁴ por votos mayoritarios de los Dres. Mitchell y Catucci (intervención autónoma de la parte querellante tanto en la etapa instructoria como en el plenario y con la continuación del fiscal –que solicitó ya el cierre por sobreseimiento- en razón de ser una parte “vital e imprescindible” del proceso penal), quedando en minoría la Dra. Ledesma; esta última juez consignó claramente que: “...si bien la víctima goza del derecho de acceso a la Justicia, en la especie se advierte que el querellante tuvo ocasión de intervenir y contradecir la decisión del juez de instrucción ante la Cámara de Apelaciones acerca de la continuación de la investigación; de modo que tuvo oportunidad de ser oído...por ello, entiendo que carece de legitimación para recurrir la decisión impugnada, habida cuenta de la doble conformidad judicial...en nuestro sistema procesal, la querella no se encuentra habilitada para continuar en el proceso sin la intervención de la vindicta pública...de hacerse lugar a la vía intentada por la querella, se obligaría al fiscal a impulsar la acción, todo lo cual implicaría una afectación a la imparcialidad del juzgador, a la defensa en juicio y a la independencia funcional del Ministerio Público...así pues, considero que

²² “P., J.F. y otro s/desestimación por inexistencia de delito”, causa n° 36.397; CNFedCrimyCorrc. Sala I, 2009-09-08.-

²³ CNCP, Sala III, c. 9137, reg. N° 834(08, rta. 30/06/2008.-

²⁴ Causa Nro. 12.502 “Mieres, Lázaro s/ Recurso de Casación” .-

el impulso de la acción penal, como se encuentra regulado en nuestro sistema vigente, corresponde al Ministerio Público Fiscal y no es posible que en los delitos de acción pública, el querellante participe sin la intervención de aquél...aceptar esta posibilidad cuando la ley no lo hace, implicaría una interpretación in malam parte que lesiona el principio consagrado en el artículo 2 del CPPN...no es posible concebir un proceso penal sin la participación y control del acusador público...”.-

Lo complejo del tema se advierte entonces en los vaivenes jurisprudenciales y en la profanidad de preguntas que debemos ya hacernos, una de ellas: queremos como sociedad a un Fiscal que, como funcionario público y parte necesaria, nos represente en un proceso judicial pero dentro de una tarea totalmente objetiva?.-

Vale indicar además que los movimientos de reforma procesal penal más “modernos” en nuestro país (por ej. Código Procesal Penal de Chubut), consagran el rol autónomo de la parte querellante, habilitándose la prosecución del proceso conforme normas que regulan un ejercicio “privado” de la acción penal o la posibilidad de iniciar el proceso por sí sola (CPP Ciudad Autónoma de Buenos Aires)²⁵.-

En varios de los fallos brevemente comentados, estamos en presencia de cierto reconocimiento a la víctima como “sustituto procesal” del Fiscal cuando éste “abandona” la acción penal o bien la ejerce a favor del imputado, esto conlleva entonces a la “autonomía” de las víctimas, un supuesto derecho de querella autónomo para posibilitar a esta parte pedir pena, garantizándole el pleno ejercicio de sus derechos de parte. Esta postura, entronizada en buena medida en el fallo antedicho, establece que la víctima tiene personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos (derecho de acceso a justicia, “tutela, judicial eficiente”, invocándose los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la C.A.D.H, art. XVIII de la DADDH, artículos 8 y 10 de la DUDH y artículos 2 .3 y 14.1 del

²⁵ Ya hace mucho, el Código de 1882 (Procedimientos Criminales para la Justicia Federal y tribunales de la Capital), admitió por primera vez la figura del querellante. Luego los Códigos llamados “modernos” iniciados por el de la provincia de Córdoba, fueron los que excluyeron al “particularmente ofendido”.-

PIDCP) ²⁶, por lo que estaría amparada por la garantía del debido proceso legal, que le aseguraría entonces un derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma, aunque la “acusación pública” se “haya bajado ya del caballo”, desconociéndose la existencia de una garantía -a favor del inculpado, claro está- de necesaria imputación del fiscal como condición de validez de una sentencia condenatoria, viendo por el contrario en la víctima al principal interesado en el proceso penal, titular del bien jurídico protegido penalmente, observando además al delito como una lesión a un derecho concreto del ofendido, restringiéndose en definitiva el “monopolio del ministerio público fiscal en el ejercicio de la acción penal pública”²⁷, reemplazándolo en definitiva por persecuciones penales privadas aunque sean inconsistentes, de antemano inclusive: “Así, los derechos humanos de la víctima interferirían con los relativos al imputado –habrían sido concebidos per jodere al imputado y a sus derechos, según una sentencia vulgar pero de increíble fuerza de definición-, de modo tal que la pretensión punitiva debe ser atendida siempre, aún cuando la ley la categorice de pública y el estado no la asuma como razonable...”²⁸.-

En definitiva, debe señalarse que la jurisprudencia a lo largo de los últimos años no ha arribado precisamente a lo que puede llamarse “punto de consenso”; por el contrario, los criterios son revisados en forma constante y no podemos observar con claridad ningún acuerdo mínimo, salvo en lo que respecta a cierta innegable tendencia en otorgar mayor legitimación activa y participación al “querellante”, multiplicándose en varias ocasiones los acusadores del imputado, flexibilizándose asimismo los criterios de admisión de “querellantes” (incluso de

²⁶ Dice un dicho anónimo: “Algunos llaman razonamiento a encontrar argumentos para seguir creyendo lo que creen”.-

²⁷ Basado ello en lo esencial en un supuesto derecho de la víctima a intervenir en el proceso penal de rango constitucional, lo cual es negado por prestigiosa doctrina nacional (Pastor, Maier, etc), siendo defendida la existencia de dicho derecho pretendidamente constitucional por autores como Cafferata Nores, Bidart Campos, Navarro Daray, etc.-

²⁸ MAIER, Maier Julio B. en “Una Tarde con la Víctima” en “Las Facultades del Querellante en el Proceso Penal: Desde Santillán a Strochi”, Namer, Sabrina (comp.), Ed. Ad Hoc, BsAs 2008, pág. 68.- Este autor refiere, como claros ejemplos de distorsión del proceso penal, los publicitados casos “Carrascosa” y “Bullacio”.-

organismos estatales) con serios riesgos innegables para la concretización de la pretendida “igualdad de armas” propia, se dice, del proceso penal actual (principio de bilateralidad)²⁹.-

D.- INCREMENTO DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA: DOCTRINA y PROCESOS PENALES ARGENTINOS:

Nuestro sistema parte del artículo 71 del Código Penal, éste determina las acciones penales que pueden iniciarse de oficio. Esta norma no consagra ninguna autonomía a un particular, respecto de tales delitos.-

Es por ello entonces que buena parte de la doctrina nacional remarca la necesaria promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal como condición constitucional (art. 120 CN) de legitimación de un proceso penal.- De aquí entonces se deriva la siguiente premisa: exigencia constitucional de la persecución penal pública (no hay juicio ni pena sin promoción de la acción penal por parte del fiscal, imposibilitándose entonces toda querella autónoma). El artículo 120 de la Constitución Nacional viene entonces a imponer -en manos del fiscal- una necesaria limitación al poder de persecución penal de la víctima.- Esta conclusión es expuesta por ejemplo por el Dr. Gustavo Vitale³⁰, quien refiere en tal sentido: “...históricamente se ha producido una transferencia del poder de persecución privado, propio de las sociedades primitivas, hacia el Estado, como es el caso de las sociedades más avanzadas o moderna, que procuran con ello evitar la venganza privada por parte del ofendido...la cláusula contenida en el citado artículo 120 constituye una

²⁹ En un proceso penal podemos encontrar múltiples acusadores frente a un único imputado: el fiscal (como “acusador público”), la víctima (“acusador privado”), otros organismos estatales (como sería el caso de la oficina anticorrupción o la fiscalía de estado), asociaciones que representan “intereses colectivos”, asociaciones de derechos humanos, actores civiles, afectados por delitos anteriores similares, los que tengan “intereses especiales”, etc.- O sea, una multitud pidiendo penas, todos ellos con “intereses” muy “especiales”, manipulando el instrumento de represión estatal más trascendente.-

³⁰ VITALE, Gustavo L. en “Proceso Penal Constitucional (Libertado durante el proceso, juicio abreviado, oportunidad y necesaria promoción fiscal de la acción) en “El Sistema Penal ante las Exigencias del Presente” Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2004, págs. 148/161.-

garantía que lo preserve del ejercicio de la venganza privada por parte de la víctima...este principio ha sido consagrado expresamente en el texto del artículo 120 de la CN...promover...quiere decir iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro...por otro lado, la inadmisibilidad de tal potestad persecutoria penal independiente (querella autónoma) se desprende de la voluntad del Congreso de la Nación de acordar poder persecutorio autónomo al agraviado sólo en los casos de los llamados delitos de acción privada...”.-

No obstante lo expuesto precedentemente, aproximadamente a partir de la década del '80 ha tomado auge en las regulaciones procesales de nuestras provincias una clara posición tendiente a reconocer a las víctimas de delitos un mayor protagonismo, básicamente como sujetos de derechos con facultades dentro del proceso penal puesto en marcha tras la comisión de un ilícito. Esta tendencia se ha volcado normativamente, en una primer etapa, en el reconocimiento de ciertos derechos a lo largo de todo el proceso penal, generalmente los siguientes: a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades; a que se respete su intimidad; al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe; a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia (medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes); a ser informada sobre los resultados de procedimientos o actos procesales, sobre las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante, sobre el estado de la causa y la situación del imputado; a aportar información durante la investigación; a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; a requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante, etc.-

En consonancia con ello, paulatinamente se han ido creando Centros de Atención y Asistencia a la Víctima de Delito, demostrándose así cierta “preocupación” desde el Estado, ello como oficinas del Poder Ejecutivo ligadas al trabajo diario del Ministerio Público Fiscal, aportando una atención más humana y solidaria.-

Los Códigos Procesales denominados más “modernos”, como por ejemplo los de las provincias del Chubut, La Pampa y de Santa Fe, y algunos proyectos de reformas latentes en diversas jurisdicciones, han establecido mecanismos de activa participación de la víctima permitiendo a ésta continuar con el ejercicio de la acción penal pública ante el desistimiento (principio de oportunidad) o posición contraria asumida por el Ministerio Público Fiscal³¹, en una suerte de privatización de la acción persecutoria, y a modo entonces de excepción al principio de persecución pública de delitos, lo que implica que la víctima (supuesta) intente lograr por sí sola la imposición al delincuente (supuesto) de las consecuencias tradicionales del derecho penal (penas)³².-

³¹ Así por ejemplo el Código Chubutense: Artículo 15. “La víctima tiene derecho a la tutela judicial, a la protección integral de su persona y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal con autonomía...”; Artículo 38: “...Si en las oportunidades procesales que correspondan, el fiscal no formaliza la acusación [artículo 291] o no requiere el dictado de una sentencia condenatoria [artículo 327], las peticiones del querellante en cualquiera de estos sentidos habilitarán a los tribunales a abrir el juicio [artículo 298], a juzgar y a condenar [artículos 329 a 345], con arreglo a lo que se dispone en este código, salvo lo dispuesto por el artículo 44...”; Artículo 45: “En caso que la víctima decidiera continuar la persecución penal, ella deberá concretar esa decisión, bajo las reglas de la querrela privada, dentro de los tres meses siguientes, computándose días inhábiles, bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado. Vencido el plazo, el sobreseimiento procede de pleno derecho En caso de requerirlo por escasez de medios, o cuando esto resultare manifiesto para el fiscal o el juez penal, la víctima será asistida mediante el patrocinio letrado de Abogados Ad-Hoc que a tales efectos designe el Procurador General...”. Por su parte el nuevo Código Santafesino: Artículo 22: “Si el Tribunal admite el criterio de oportunidad, la acción pública se tramitará conforme lo previsto para el procedimiento de querrela, cualquiera fuera el delito de que se tratase. En tal caso la querrela deberá presentarse dentro del término de sesenta (60) días hábiles desde la notificación de la resolución. La víctima tendrá el derecho y el Estado el deber de asegurarle el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular”.-

³² Vale señalar además que en el ámbito doctrinario también se ha planteado con creciente fuerza la factibilidad de que se pueda instrumentar lo que se ha dado en llamar “acción popular” como mecanismo de promover e impulsar directamente la persecución penal por parte de grupos de ciudadanos, al menos en cierta clase delitos y ante la inacción del MPF (ej.: contra la administración pública), asimismo se alientan modos compositivos o resarcitorios en donde la víctima prácticamente tiene en sus manos o decide la suerte de la existencia misma de la acción penal o bien la modalidad de sanción para el responsable.-

Estas corrientes pretenden encontrar su apoyo justificatorio en el siguiente argumento: es un mandato constitucional y de exigencia supranacional (“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”) la de adecuar los distintos ordenamientos procesales a esta nueva concepción del rol de la víctima ofendida por el delito permitiendo su incorporación a la relación procesal y brindándole la asistencia y medios que aseguren su efectiva participación y control de los actos procesales, ya que no resultaría cuestionable el carácter constitucional que asumiría esta inclusión de la víctima en el proceso penal (superándose la tradicional conformación de los sujetos procesales -juez, fiscal, imputado, defensor- agregando un nuevo sujeto en la relación procesal: la víctima del delito) a la supuesta luz de los Tratados Internacionales de derechos humanos que constituyen el bloque de constitucionalidad - en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional – que contienen previsiones respecto de los derechos de las víctimas, tales como los artículos 7º y 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 17º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 25º de la Convención Americana de derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) que aluden expresamente a una serie de derechos con que cuentan las víctimas en el proceso y que generarían los denominados “derechos humanos de las víctimas”³³.- De este plexo normativo, la corriente pro víctimas en el proceso penal defiende la existencia de un poder persecutorio autónomo de las mismas, quienes surgirían en definitiva como los detentadores del principal interés en el proceso penal y eventual pena consecuente por ser los titulares del “bien jurídico protegido” por la norma penal (lesión a un derecho real y concreto del sujeto pasivo)³⁴.-

³³ La Unión Europea, en marzo de 2.001, adoptó una decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.-

³⁴ En tal sentido, BIDART CAMPOS, Germán J. “Los Roles del Ministerio Público y de la Víctima querellante en la acusación penal” en La Ley, T. 1998, E, 432 y ss; y CAFFERATA NORES, Jose I. “¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción pena?, en La Ley T. 1998-E, 329 yss.-

Parece ser que de dicho modo se lograría dotar al Derecho Penal (en sus modos y fines) de una mayor cuota de personalismo, resaltándose, si se quiere, la incidencia del principio de la autonomía de la voluntad individual.-

Así, uno de los principales expositores de esta novedosa posición: "...Éste es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva (v. gr., artículos 1.1., 8.1 y 25, CADH) que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute...De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva, también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima. Sus alcances se analizarán a continuación...Estos conceptos parecen influidos por la idea de que el derecho penal debe ser un derecho protector que, si para algo sirve, es para prevenir daños y al suceder los daños, en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un remedio institucional redignificante como es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso..."³⁵.-

Se considera entonces, conforme a esta posición, que la víctima tendría personaría para actuar en juicio en defensa de sus derechos y con ello se encontraría protegida por la garantía del debido proceso penal, con derecho directo y autónomo a obtener una sentencia definitiva.-

Asimismo, este pensamiento insiste entonces en la incorporación de diversos actos reparatorios en el proceso penal, atendiendo al interés de la víctima en que el daño experimentado sea compensado, indemnizado o reparado.-.

Ciertamente encontramos víctimas, sobretodo en lo que hace a la realidad penal latinoamericana (con diferencias marcadas

³⁵ CAFFERATA NORES, José I. "Proceso Penal y Derechos Humanos", Editores del Puerto SRL, BsAs, 2.000, págs. 45, 46 y 53.-

respecto de lo que ocurre por ejemplo en Europa occidental), desconfiadas del sistema penal (principalmente respecto de las fuerzas policiales), clara demostración de ello es la elevada cifra negra de criminalidad (delitos no denunciados), por lo que resulta iluso sostener que la atención del Estado a las víctimas de delito se “satisface” con el incremento de facultades procesales en torno a un proceso penal en marcha.-

E.- LO PÚBLICO, EL DERECHO PENAL y EL PODER PUNITIVO:

La propia opción por la pluralidad excluye ya de entrada un cierto tipo de morales, a saber: los que rehúsan a la coexistencia con las formas personales de realización ética que no comparten y los que se niegan a argumentar racionalmente sus preferencias en caso de conflicto abierto con algunos de ellos. En una palabra: excluye a los fanáticos exterminadores y a los iluminados” Fernando Savater en “Humanismo impenitente”

No está de más destacar, la vital importancia cultural y política que revistió la atribución pública del poder punitivo. Ello en razón de su justificación racional y su utilidad social: evitar la venganza del ofendido. Vimos que uno de los datos históricos más trascendentes ha sido precisamente la asunción por parte del Estado, ya constitucional, de la titularidad exclusiva del poder punitivo. En estos tiempos, se torna necesario reafirmar el principio de que el ius puniendi, siendo éste un instrumento poderoso, debe permanecer en manos del Estado, ello bajo un control riguroso y lo más lejano posible de visiones de corte privatistas y antigarantistas.-

Ya se ha expresado que el Derecho Penal germánico se equiparaba al Derecho Privado, la “compositio” ocupaba el lugar de la pena actual, deviniendo un derecho subjetivo del particular ofendido, éste o su grupo tenían entonces un derecho de castigo hacia el ofensor, en un principio en forma prácticamente ilimitado, lo punitivo era venganza de naturaleza estrictamente privada: “El ius puniendi desempaña una función

de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella)”³⁶.-

La evolución marcó ciertas formalidades, límites y plazo ha cumplir, pero en definitiva la “compositio” ocupaba el lugar de la pena, se habla entonces de un ius puniendi -derecho subjetivo del particular- con una función de retorsión. Recién con el reforzamiento del poder público y consecuente surgimiento de los delitos públicos, el Derecho Penal se va paulatinamente separando del Civil, surgiendo en primer término la “acción popular” (miembro de un grupo que asume el rol de acusador en defensa de la colectividad), a la par que se reforzaba progresivamente el poder público y con ello el monopolio estatal sobre el ius puniendi y la eliminación de toda reacción privada ante un delito.-

A diferencia del Derecho Privado, el Derecho Penal carece de realidad concreta y utilitaria fuera de su proceso correspondiente (debido proceso penal), éste constituye la materialización, necesaria, ineludible, legal y debida del derecho del Estado a castigar, con la finalidad positiva que presupone: restablecimiento de la paz social. Desde esta importancia del proceso penal resaltada precedentemente, resulta conveniente remarcar -en homenaje a la virtualidad emergente de la prudencia- la siguiente afirmación: “...No puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre imputado y ofendido en la relación procesal penal. La faz jurídico penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado. El acusado es, por ello, aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien, en relación con ello, sólo poco está en juego. Uno tiene la impresión de que, en aquellas ideas rectoras, han sido sobrevaloradas las concepciones de los especialistas en Ciencias Sociales, quienes opinan, simplificando los puntos de vista jurídicos relevantes, que se puede conceptualizar el hecho punible y el procedimiento penal, en lo esencial,

³⁶ DEU, Teresa Armenta “Estudios sobre el Proceso Penal”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1º Ed., Sta Fe, 2.008.-

desde la perspectiva de un mero conflicto entre autor y víctima...”³⁷. Esto incluso se ve potenciado por la tendencia de los legisladores en ver en todo conflicto social -miopías mediantes- un delito objeto de represión a través del sistema penal y consecuente procedimiento penal.-

En toda pretensión penal estatal necesariamente se debe encontrar un interés social. El Derecho Penal actual es derecho público (la pena privada como vimos ya ha sido superada), la propia existencia del derecho penal estatal expresa una opción política criminal, concretamente en lo que hace a la selección y definición de determinadas conductas como delitos y la atribución al Estado del monopolio en la represión penal, es decir, de fijar una pena o medida de seguridad (me permito poner en tela de juicio éstas últimas), con finalidades de justicia y prevención general. Qué podemos entender por público?, a que se hace referencia cuando hablamos de interés público?; bien vale la pena aquí traer a colación palabras de Bobbio: “...La primacía de lo público ha asumido diversas formas, de acuerdo con las diferentes maneras bajo las cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado y la derrota histórica, aunque no definitiva, del Estado mínimo. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo

³⁷ HIRSCH, Hans Joachim, en “Obras Completas. Derecho Penal” Tomo III, Ed. Rubinza Culzoni, 1° edición, Sta Fe, 2007, pág. 178.- Más adelante vuelve este autor a remarcar: “para aquellos que ven como función primaria del procedimiento penal la superación de un conflicto existente entre autor y víctima, esto es, sobre todo, lograr un equilibrio entre autor y víctima, y, por ende, observan la conciliación entre ambos como el resultado óptimo, la participación activa general del ofendido resulta forzosa. Pues autor y víctima están uno frente a otro como partes de un proceso civil. Empero, en el procedimiento penal –moderno- se trata de la pretensión punitiva estatal que representa el interés público...el sentido del traspaso de la pretensión penal privada a la pública fue precisamente el hecho de que su existencia y su persecución debían ser independientes del ofendido. Con ello se trata, especialmente, de que sea alcanzada una objetivación del procedimiento penal. La sed de venganza y la emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal...” (págs. 192/9)

-la nación, la clase, la comunidad del pueblo- en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía. No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes...”³⁸.-

Más allá de la tendencia casi inercial al abuso de poder (con justificaciones “colectivas” simil públicas, ejercicio inmoderado del ius puniendi) que por simple experiencia podemos observar en el devenir histórico del Estado, estas ideas permiten entender en su debida medida la naturaleza pública que impera en un procedimiento penal, desde la necesidad de implementarse un sistema acusatorio pleno a fin de garantizar la presencia de jueces verdaderamente imparciales hasta la función o fundamentación de la pena estatal como corolario del debate dado con un proceso; en definitiva, un conjunto de garantías sustanciales y procesales arduamente conseguido a lo largo de una extensa evolución cultural, política y social.- Y es aquí donde encontramos entonces el poder punitivo y su problemática, vale de decir, la legitimidad del Estado para ejercer su potestad penal (poder de castigar) ante conflictos que debe resolver, remediar o paliar; sabido es que la doctrina tradicional concibe al ius puniendi como un derecho subjetivo del Estado (más allá de los bienes jurídicos a proteger en el ámbito individual y social).- Esto último nos lleva necesariamente a considerar la función del derecho penal, entendido éste básicamente en su faz liberal, no autoritaria, lo que desarrollaré brevemente más adelante.-

³⁸ BOBBIO, Norberto “Estado, Gobierno y Sociedad”, Ed. Fondo de Cultura Económica; continúa señalando este autor: Se trata de una idea aristotélica, y después de siglos, hegeliana (de un Hegel que sobre el particular cita a Aristóteles), de acuerdo con la cual la totalidad tiene fines que no pueden reducirse a la suma de los fines de los individuos que la componen y el bien de la totalidad una vez alcanzado se transforma en el bien de sus partes. Dicho de otro modo: el máximo bien de los sujetos no es efecto de la persecución, mediante el esfuerzo personal y el antagonismo, del propio bien por parte de cada cual, sino es producto de la contribución que cada uno junto con todos los demás da solidariamente al bien común, de conformidad con las reglas que toda la comunidad o el grupo dirigente que la representa (teórica o prácticamente) se ha dado a través de sus órganos, sean éstos autocráticos o democráticos.-

Suele señalarse que el poder punitivo precisamente se caracteriza por “quitarle” algo a la “víctima”, se habla entonces de “confiscación” o “expropiación” de un conflicto que en esencia atañe a víctima y responsable, tarea ésta que hace casi un milenio desarrolla el Estado a través de diversas formas políticas, muestra de ello son numerosos tipos penales creados por el legislador, algunos de los cuales lastimosamente ponen en tela de juicio la noble tarea limitadora de la concepción del bien jurídicamente protegido y permiten reconocer que abusos públicos, en manos de legisladores, se comenten últimamente a fin de saciar temporalmente discursos pseudopolíticos y mediáticos demandantes de supuestas emergencias (respuestas simbólicas con gran emotividad en su comunicación que, a su vez, construyen autoridad).-

Ahora bien, reiteramos entonces que el proceso penal cumple una función pública esencial que en definitiva debe dirigirse hacia la evitación o reducción de la violencia; en este punto vale partir de la siguiente aclaración: “...el delito (como acción contraria a un orden preestablecido) existe...también es real el sentimiento de venganza, nos encontramos ante un conflicto violento que se verifica en ambas direcciones: la ley penal debería dirigirse entonces a disminuir las consecuencias de esta doble violencia. Sin embargo, la única justificación que podría encontrarse para el derecho penal, estaría verificada si la suma de violencias consecuentes del conflicto delito – venganza, que el mismo sistema penal puede prevenir, es superior a la violencia institucional generada por las penas conminadas para aquellos delitos...”³⁹, así también remarca Hirsch, estimo que lúcidamente: “para aquellos que ven como función primaria del procedimiento penal la superación de un conflicto existente entre autor y víctima, esto es, sobre todo, lograr un equilibrio entre autor y víctima, y, por ende, observan la conciliación entre ambos como el resultado óptimo, la participación activa general del ofendido resulta forzosa. Pues autor y víctima están uno frente a otro como partes de un proceso civil. Empero, en el procedimiento penal

³⁹ BERTONI, Eduardo Andrés “El Derecho Penal mínimo y la Víctima” en la obra “De los Delitos y de las Víctimas”, E. Ad Hoc, BsAs, 1º ed. , pág. 253.-

-moderno- se trata de la pretensión punitiva estatal que representa el interés público...el sentido del traspaso de la pretensión penal privada a la pública fue precisamente el hecho de que su existencia y su persecución debían ser independientes del ofendido. Con ello se trata, especialmente, de que sea alcanzada una objetivación del procedimiento penal. La sed de venganza y la emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal...”⁴⁰. Ante esta situación debemos remarcar la necesidad de insistir en el carácter público de todo sistema penal y así también la exigencia de dotar a éste de misiones enteramente razonables⁴¹. Aquí bien ya podemos preguntarnos ¿No debiera el Estado atender las víctimas de otra manera? Es decir, el poder punitivo ciertamente peca por ignorar en mayor o menor medida a las víctimas (fija “naturalmente” su mirada en el soberano vulnerado por un ilícito), pero es que las víctimas necesitan del Estado que éste les “suministre derecho penal”?.-

En base a lo expuesto en el párrafo precedente, debemos ya señalar que los nuevos roles que se pretenden brindar a la víctima del delito en el proceso penal y las medidas alternativas (resarcimientos), nunca pueden importar afectación alguna al carácter estrictamente publicista de la respuesta penal; precisamente la respuesta penal es eso: poder punitivo y su instrumentación (el proceso penal) está exclusivamente destinado a juzgar “penalmente” al autor sospechado en virtud del interés público presente en esta materia, y por lo tanto estimo que debemos evitar que tal poder se privatice en manos de víctimas de delitos, sin perjuicio de los mecanismos alternativos de reparación los que, en la medida que atiendan realmente a intereses individuales o colectivos y consideren asimismo fines respetuosos de la prevención general, resultarán útiles y bienvenidos a efectos de evitar precisamente

⁴⁰ HIRSCH; Ob Cit. Pág. 192/193.-

⁴¹ Del mismo modo se destaca que el delito, a diferencia del ilícito civil, no tiene una estructura dual, sino que, por el contrario, tiene una necesaria referencia a terceros, a la colectividad (Montiel Fernández “Peripetias Político Criminales de la Expansión del Derecho Penal” en “¿Tiene un Futuro el Derecho Penal? Editorial Ad Hoc, 1ª ed., BsAs. 2009, pág. 159).-

la pena y su consecuente y perniciosa estigmatización; pero, siempre debemos tener presente que la pretensión punitiva se encuentra en manos del Estado, en efecto, nuestra Constitución Nacional en su artículo 120 establece que el Ministerio Público tiene la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, ello impide entonces que la víctima pueda reemplazar completamente la actuación propia y exclusiva del MPF en los delitos de acción pública⁴².-

F.- LOS ASPECTOS PENALES y el RESARCIMIENTO A LA VÍCTIMA:

Importante doctrina, ubicando aquí a Roxin, trabajó arduamente en la posibilidad de ofrecer una serie de alternativas a la pena a modo de reparación del daño emergente de la comisión delictiva. De la mano entonces del autor premencionado se comenzó a hablar de la reparación como sanción penal independiente, una herramienta más del sistema penal, es decir, como “tercera vía del derecho penal”, junto con las penas y las medidas de seguridad. De modo crítico, adelanto aquí, se señala que la reparación (del mismo modo, estimo, que la mediación) produce consecuencia indeseables si se la enmarca dentro del contexto propio del sistema penal con sus propias finalidades que toman necesariamente una importancia mayor que las de la propia de la víctima, invalidándose entonces los presuntos beneficios para los ofendidos y para la sociedad en su conjunto (sería una mala política estatal), menoscabando principalmente la instrumentación del principio de ultima

⁴² Más allá que se debe reconocer cierta tensión o conflicto de poderes entre el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial, en torno básicamente a la actividad requirente de los fiscales como presupuesto de la actuación imparcial de los magistrados; situación ésta que si bien es advertida por operadores y doctrinarios, entiendo que su debido tratamiento y dilucidación demandará en un futuro próximo esfuerzos extremos a fines de propender al mejor procedimiento penal; lo mismo ocurre con la madeja en torno a la verdadera naturaleza y finalidad del MPF –su ubicación institucional en definitiva- y el mecanismo estatal (poder ejecutivo?, poder judicial?, MPF?) de investigación del delito con la mira puesta en su mayor eficacia y eficiencia (política criminal y su diseño, atendiendo en primer lugar, entiendo yo, a pensar, repensar y reforzar como institución al MPF, vale decir, tomar una dirección contraria a la que impera en estos tiempos, en nuestro país al menos).-

ratio⁴³.- El motor de esta corriente lo constituye, creo yo, la visión inicial del derecho penal como sistema de ultima ratio y carácter fragmentario, dirigido a la protección de bienes jurídicos cuyos titulares son, al menos en un numero importante de casos, personas de carne y hueso que perciben y sufren el menoscabo merecedor de previsión represiva penal. El Estado debe una satisfacción a la víctima, pero desde el plano del sistema penal ello tiene un escollo a modo de condición sine que non: la víctima es pretendida o presuntamente tal (imperio del principio o estado de inocencia).-

Sintéticamente, encontramos posiciones que alientan la mediación y corrientes que apuntan a la reparación⁴⁴; ambas alternativas son reacciones ante el ilícito que en su carácter más atendible y razonable se instrumentan por fuera de lo penal⁴⁵, aunque muchas veces aparecen sólo como modos de finalización anticipada del proceso penal (se asusta a modo simbólico con una pena y luego se busca casi desesperadamente terminar tempranamente -antes del debate- los procedimiento penales a fines de evitar el colapso total del sistema) y en el mejor de los casos como modos de evitación misma de dicho procedimiento. Aquí entonces vemos siempre el riesgo, constatable en la práctica (juicios abreviados, “probation”), de que el “sometimiento voluntario” del inculcado sea precisa y verdaderamente voluntario (un verdadero acto libre y voluntario) ante la posibilidad latente de un proceso o una pena y la consecuente asimetría entre víctima y victimario que ello necesariamente implica y es más: la preferencia que “naturalmente” puede inclinarse ante aquel inculcado que

⁴³ Considero una especie de contradicción hablar de “sistema de justicia penal no punitivo”.- De todos modos Roxin señaló precisamente que la reparación del daño conlleva la creación de un procedimiento penal de restitución independiente del tradicionalmente conocido.-

⁴⁴ Usualmente se hace referencia a la siguiente intención: abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia “reparatoria”. Un tema conexo lo constituyen aquellos arreglos consensuales o transaccionales que importan en la mayoría de los casos (manteniéndose en el sistema penal) un reconocimiento de culpabilidad negociado (el llamado “plea bargaining” del marco penal estadounidense).-

⁴⁵ Bueno destacar lo siguiente: “...pero estas alternativas deben ir acompañadas de una intensiva preparación para la libertad, mediante la asistencia psicológica – psiquiátrica, la participación en grupos de terapia y concientización familiar, la asistencia social, la adecuación de las condiciones socio – culturales – laborales para evitar que –ante causas similar- se produzcan nuevas reacciones antisociales...” (HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO “Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal”, pág. 34).-

acepte una conciliación frente a aquél que, en un acto que puede ser malamente tildado de arrogante (sobretudo si el tema de fondo es ciertamente leve), decida someterse a un proceso penal ejerciendo por ende un derecho constitucional, sabido es, básico y fundamental (si es infractor, deberá responder, pero ello supone necesariamente un proceso legal previo).-

En torno a la mediación, una vez definida con rigurosa precisión quién puede ser considerado como “víctima” (vale remarcar, presunta, no puede soslayarse sin más el principio de inocencia, trátase del delito que se trate), la misma obviamente permitiría cierto descongestionamiento en los tribunales penales (mayor atención a los casos mas graves y/o complejos) y resulta más apta para evitar las ya conocidas situaciones de victimización y estigmatización criminalizante, y quizás la víctima podría obtener una respuesta naturalmente más rápida que la brindada en un proceso penal y en un contexto más profundo o productivo desde lo psicológico o terapéutico (el “hacerse cargo”, la armonía, el “ponerse” en el lugar del otro, con importante productividad en torno a la prevención especial), y es aquí donde necesariamente debemos una vez más insistir en las diferencias esenciales e importantísimas con “lo penal”: el proceso penal es necesariamente un acontecer solemne y litúrgico⁴⁶ alejado de todo lo impulsivo, y, es en definitiva, amenaza real de pena como función indiscutible desde el plano de la política criminal. Es dable observar aquí el peligro latente: que se menoscabe su función prácticamente justificadora, esto es, la prevención

⁴⁶ “...La fuente de legitimidad del derecho estatal como único escenario en donde se debata la Justicia es presentarse como la única opción a la violencia abierta...De allí que la solemnidad de las formas, la formalidad en el trato, el exagerado respeto con que deben dirigirse entre las partes y al juez, limitar a la parte la intervención de un abogado –que se supone un traductor legítimo, que conoce y se limita a estos códigos- sea una característica constitutiva del procedimiento legal, es decir, de la Justicia como poder formal. No sólo para recrear permanentemente su imagen de sacralidad y de autoridad iluminada, sino, también para limitar la acción de las partes al campo simbólico más controlado y estrecho posible, alejándolas del calor de la acción emocional. Como fue sintetizado por el presidente del Tribunal Oral en sus palabras al público: El procedimiento judicial tiene algo de litúrgico. Y lo litúrgico es letárgico. Debemos respetar ese letargo. Entonces, les ruego que permanezcan aletargados...” GUTIERREZ, Mariano Hernán “La Necesidad Social de Castigar”. Reclamos de Castigo y Crisis de la Justicia”, Fabián J. Di Placido Editor, BsAs, 2006, pág. 282 –referencias al juicio “Cabello”.-

general, es decir, el carácter eminentemente preventivo general que importa toda tipificación de un ilícito⁴⁷ y el necesario camino que el proceso penal supone como medio ineludible para la acreditación de una certeza positiva y consecuente aplicación de pena⁴⁸; además no siempre una respuesta más rápida es, sólo por ello, más adecuada, piénsese en este sentido que la mediación o la reparación -a diferencia del proceso penal- no ponen para nada el acento en la investigación – averiguación del hecho (en cuestión?), vale decir, si la mediación falla, luego necesariamente toma protagonismo un proceso (debate) de investigación ineludible para en definitiva determinar si efectivamente hubo una víctima y por otro lado un victimario como responsable penal o civil, bajo “pena” de considerar que del “olvido” de la víctima pasaríamos al “olvido” del presunto responsable, con toda la gravedad que una situación así importaría en el marco de un sistema penal que se precie de tal (resguardador de las garantías fundamentales emanadas del bloque constitucional).-

Si de intereses privados se habla de manera prioritaria (desconfiando de los órganos estatales “expropiadores”) bien entonces debemos concluir (y desear) que es en el ámbito civil de la administración de justicia donde deben encontrar amplísimo margen de actuación estas figuras que en definitiva operan como transacciones judiciales entre personas interesadas (extrajudiciales en ciertas situaciones). Intereses legítimos (claro está) que encontraran debida satisfacción en esos ámbitos no penales y por vías que importan un mayor respeto a la

⁴⁷ Tanto la mediación como la reparación (aún como alternativas de la pena dentro del proceso, valga la redundancia, penal) pueden llegar a ofrecer interesantes frutos en torno a la prevención especial, la cual iría siempre acompañada por lo que, indiscutiblemente, resulta ser su función primordial: satisfacción de la víctima. Pero aquí debemos recalcar: la prevención general no puede quedar al margen en ninguna situación o sistema que se desarrolle dentro del ámbito de lo penal. Y, además, no creo que la reparación específicamente civil pueda ser considerada ineficaz como instrumento disuasivo.-

⁴⁸ Imperan los reclamos sociales amplificadas y no siempre fielmente por los medios de comunicación, creándose una entidad totalmente alejada de la esencia y necesidades de lo penal, vale entonces tener presente en el análisis de resolución estatal de conflictos que: “...con el tiempo, los actores de estos reclamos sociales –variables, dinámicos, diversos, contradictorios, cambiantes- reconocen en la capacidad de freno y aletargamiento de pasiones que tiene la justicia, una autoridad moral que impide incluso los propios excesos de los que le reclaman...” GUTIERREZ, Mariano Hernán; ob.cit. pág. 280.-

legalidad, la igualdad y justicia, sin distorsionar los fines del proceso penal.-Por otra parte, se lograría remediar -al menos en algunos aspectos- la visible ausencia de numerosas instituciones, entre ellas el derecho civil, en la mesa resolutoria de numerosos problemas sociales.-

Es auspicioso que un Estado fomente e instrumente mecanismos reparatorios para víctimas de delitos, pero no cabe duda que ello debe desarrollarse en el ámbito propio del Derecho Civil, evitándose con ello que se entremezclen perniciosamente las cuestiones propias de un derecho y otro; lo que lleva en conclusión a resaltar la necesidad de defender un derecho penal de intervención mínima como última ratio lo que a su vez importa una pendiente tarea despenalizadora respecto a aquellas infracciones más irrelevantes desde el punto de vista penal (lo que permitiría buenamente brindar entonces respuestas no violentas al conflicto), las que de dicho modo encontrarán debido cauce en el ámbito resarcitorio o compensatorio civil, lo que no importa que carezcan de interés estatal, al contrario, es mucha la tarea y los recursos -humanos y económicos- que el Estado debe a esta misión. De dicha manera se evitaría la distorsión del derecho penal como un sistema de garantías que han costado siglos en conseguir, en un camino aún no agotado pero que permanentemente la mejor doctrina intenta dotar de la mayor razonabilidad posible⁴⁹. Por lo que conjuntamente con la idea, previo estudio, de apuntar a la descriminalización de ciertas conductas⁵⁰, debe necesariamente procederse a la implementación de todo un sistema de reparación (responsabilidad estatal ante damnificados por ciertos delitos, previéndose fondos estatales), auxilio e información de las víctimas:

⁴⁹ Destaca claramente en este sentido Montiel Fernández: "...el derecho penal debe conformarse con la satisfacción de la pretensión penal sobre el hecho, y relegar la reparación como sanción al derecho delictual civil...se alcanza a observar que muchas de estas propuestas más que proponer el encuentro del punto de equilibrio entre el autor y la víctima, inclinan la balanza a favor de esta última, lo que representa altos riesgos a soportar por el sistema. La reprivatización del delito traería aparejada la relativización de gran parte de las garantías materiales y formales del imputado, tras demoler los cimientos sobre los que se edificó el clásico Derecho Penal. De la misma manera, este retroceso histórico se hallaría encubierto, en palabras de Hirsch, en el retribucionismo subyacente en gran parte de las propuestas pro reparación" (MONTIEL FERNANDEZ, ob. cit. , pág. 159)

⁵⁰ La despenalización como tendencia racionalizadora del sistema penal y, más ampliamente, de la política social de un Estado.-

status que de ningún modo debe presumirse sin más, necesariamente algún modo de acreditación debe configurarse, es decir, algún proceso ciertamente legal, regular y normado siempre debe darse.-

Pero en esta materia, objeto del presente trabajo, la distinción entre ambos derechos, reitero, resulta primordial, así Carlos Creus señala clara e ilustrativamente: "...el Derecho Penal a partir del hecho desequilibrante se preocupa por evitar futuros desequilibrios, no por reconstituir el que se ha concretado...la función del proceso penal en su compuesto destino de permitir la efectivización de los fines del Derecho Penal en armonía con el aseguramiento de las garantías del justiciable, se revela concretamente en una serie de temas: la del ejercicio de la acción procesal penal por parte del poder público procurando eludir el peso tanto de la venganza privada, cuanto de sentimientos de colectividad que excedan las necesidades de la pena según sus fines, obligándonos a discurrir sobre la intervención del ofendido en el proceso cuanto sobre las posibilidades de intervención de jueces no técnicos en sus decisiones...el Derecho Penal ...no está destinado a la protección de los bienes jurídicos en interés de los individuos particularmente considerados, sino al mantenimiento de ellos en un proyecto de sociedad ordenada en paz...un régimen destinado a proteger la sociedad a costa del individuo que a aquél tiene que ser sometido...pero en un Estado de Derecho...el sistema jurídico general y el sistema penal en particular...necesita preservar la dimensión de persona del individuo que es su célula generadora...a diferencia de lo que pasa en el proceso civil, en el que las garantías constitutivas del debido proceso atienden preponderantemente a consagrar la más estricta igualdad entre las partes, en el penal forma un escudo que le permite a una de las partes (el imputado) oponerse al ejercicio del ius puniendi"⁵¹.-

Corresponde destacar que entre los principios de la política criminal ocupan un lugar primordial aquellos que rigen la tarea de selección y calificación de un hecho como delito merecedor de amenaza y

⁵¹ CREUS, Carlos "Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del Delito", Ed. Rubinzal Culzoni, StaFe, 2003, págs. 36, 40 y 142/4.--

reproche penal -y no como hecho antisocial jurídicamente no prohibido, ilícito civil o ilícito administrativo-, es entonces que la propia definición (tipificación) de cuáles son los delitos constituye competencia esencial de la política criminal (qué conductas cabe racionalmente calificar como delictivas), como ciencia que nos permita alejarnos de ese fundamentalismo penal que ve en la pena la curación de todos los males sociales actuales (fetichismo penal). Es así entonces que podemos destacar que la doctrina dominante afirma que la tarea del Derecho Penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos (sin perjuicio de la merecida evaluación e interés que estimo merece “la defraudación de una expectativa normativa” conforme opinión de Jakobs).- Claro está, la política criminal aparece aquí de manera importante, ya que la cada vez más marcada pérdida de fe en la resocialización (tras el apogeo que operó en dicho tema en la segunda mitad del siglo pasado) y el menoscabo que livianamente se hace, desde el discurso mismo, en cuanto a la vigencia de las garantías (mezcla de oportunismo y populismo que desacredita gravemente el saber jurídico), importa la necesidad de resaltar la ineludible tarea de orientar la política criminal conforme a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona (suele decirse en este sentido: más política criminal y menos derecho penal, aunque, claro está, el derecho penal es expresión de una concreta y parcial política criminal).-

En cuanto a la segunda alternativa, esto es, la reparación, vale señalar brevemente que se habla de reparaciones económicas, prestaciones personales, laborales, pedidos de disculpas e incluso reparaciones simbólicas. Su mayor utilidad, entiendo que esta dada en aquellos casos en que la misma opera directa y primogénitamente como alternativa a la puesta en marcha de un proceso penal (una vez iniciado éste, lo que cabe ver es una cada vez mayor presión para el inculpado)⁵². Esta vía, tal vez más atendible en el ámbito penal que la reseñada en los

⁵² Existen componentes reparadores previstos en algunas legislaciones cuando el MPF hace uso de criterios de oportunidad y también como requisito para acceder el imputado a la suspensión del proceso penal a prueba (art. 76 bis y ss del Código Penal).-

párrafos anteriores, presenta dificultades innegables; primeramente en este terreno debemos remarcar el peligro de que se vuelva a ver estos temas bajo un prisma totalmente moralizante⁵³, desvirtuándose la tarea de ver al delito como acontecer riesgoso derivado del hecho de vivir en sociedad y con la consecuente responsabilidad que debe asumir, ya sin hipocresías ni simbolismos represivos penales, la forma organizativa llamada Estado, creando o ampliando básicamente los fondos indemnizatorios para las víctimas y además, vale agregar aquí, apoyando los estudios e investigaciones científicas en torno a la Psicología Jurídica, la Psicopatología Forense, la Victimología y la Criminología para poder plantearse seriamente la posibilidad de efectividad de cierta justicia restaurativa, en manos entonces de instrumentadores especializados y no de operadores políticos o aquellos propios de la justicia penal. Vale recalcar esta idea central en torno al Estado y su función: "...en el ámbito asistencial se detecta un alarmante abandono de la víctima del crimen. Las prestaciones públicas le dan la espalda, la ignoran. El Estado parece cruzarse de brazos y lavarse las manos, como si el crimen no le incumbiera, como si fuera problemas de terceros. El Estado da la impresión de contemplar el crimen como problema de otros (de la víctima y del delincuente): res inter alios acta..."⁵⁴.-

Considero necesario que el Estado asuma urgentemente su mayor o menor fracaso en la prevención del delito y con ello se fomente su responsabilidad en tal terreno (acto de justicia promotor de solidaridad y cohesión), con la consecuente existencia de fondos públicos (conjuntamente con un sistema de seguros y/o indemnizaciones, fondos fiduciarios, etc.) para ofrecer a las víctimas de algunos delitos, siendo que los infractores penales -o más bien perseguidos penales-, en su gran mayoría, son insolventes. No deben ocultarse las dificultades prácticas de ello, sobretudo en el terreno financiero y que lo mismo no agota la

⁵³ La ya clásica y antigua separación dada entre pecado y delito, entre moral y derecho, vale la pena resaltarla (resguardándola) en estos tiempos de creciente disciplinamiento "mercantil" y moralizante.-

⁵⁴ GARCÍA – PABLOS de MOLINA, ob.cit, pág. 107.-

problemática de la víctima de delito; pero, estimo que constituye un paso fundamental empezar a discutir ello, lo cual, observo mucho mas sano y productivo que la incorporación impulsiva e irracional de la víctima en un proceso penal y sus consecuentes roles protagónicos de la víctima en un proceso penal, aunque no exento de ciertas manipulaciones políticas (o más bien meramente electorales)⁵⁵.-

Las víctimas también necesitan urgentemente del Estado: atención sumamente especializada (interdisciplinaria inclusive) tras la comisión del ilícito (recuperación de su integridad personal: contención, resarcimientos proporcionales; rescate -médico, psicológico- del equilibrio emocional, físico y psíquico; asesoramientos; toma de conciencia del fomento vindicativo de los medios en algunos casos funcionales, etc. Es importante la tarea que en tal sentido han desarrollado algunas ONGs, sobretudo en el terreno de la discriminación y víctimas de delitos de lesa humanidad que no han fomentado la venganza y el poder punitivo. Un ejemplo importante: ¿necesitan las víctimas de la violencia familiar facultades en torno a un proceso penal para de dicha manera lograr (en el mejor de los casos?) satisfechos sus impulsos vindicativos (lo que no es anormal, por el contrario es propio a la naturaleza humana misma), o mas bien necesitan del Estado la atención especializada e interdisciplinaria reseñada anteriormente?.-

Clara y contundentemente concluye Hirsch: "...se debe saludar que el ofendido, expulsado del campo de visión en la política criminal de los años sesenta, sea considerado nuevamente. Sin embargo, no se debería recaer, en dirección opuesta, renovadamente, en una manera de ver las cosas demasiado unilateral. No se debe tratar de ampliar las facultades del ofendido a costa de los justos derechos y garantías procesales del autor, ni de reducir el Derecho Penal a un conflicto entre autor y víctima, ni de reemplazar la pena estatal por

⁵⁵ Así, es Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional), prevé expresamente la reparación de las víctimas sin regular la incorporación de las mismas al proceso penal. Así el artículo 75 del Estatuto prevé la restitución, la indemnización y la rehabilitación para víctimas o sus causahabientes; y el artículo 79 establece que por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y de sus familias.-

prestaciones expiatorias al ofendido, ni de tornar borrosa la diferencia entre Derecho Penal y Derecho Civil resarcitorio. Cuando se observa con más precisión alguna de las tendencias aquí criticadas, surgen las vacilaciones acerca de si sus representantes, por supuesto, hablando de un mejoramiento de la posición de la víctima, en verdad no la empeora, precisamente. La pretensión de reparación existe ya según el Derecho Civil, con total independencia del Derecho Penal. Si se instituye la reparación como una consecuencia jurídica independiente del Derecho Penal no se le concede por ello a la víctima nada complementario. Empero, por sobre ello, se perjudica, cuando la reparación puede reemplazar a la pena, el justo interés de satisfacción de la víctima y se desmonta la prevención general, que surgiría regularmente de la pena, a costa de las víctimas futuras. Aquellas tendencias, entonces, terminan en el hecho de que la protección de la víctima experimenta, bajo la apelación a la dirección de la política criminal de hoy, incluso un deterioro”⁵⁶.- En este punto deben necesariamente ser puestos en crisis aquellos principios, imperantes aún hoy en el marco del derecho penal, relacionados con la legalidad (en tanto persecución penal inexorable respecto de todo ilícito) y la averiguación de la verdad llamada “real” (en tanto objeto del proceso penal que en definitiva puede reprimir soluciones consensuadas, menoscabando ejercicio de voluntades libres); de este modo se evitaría el pensamiento penal que pretende abarcar, con importante componente moralista, la posibilidad de reprimenda y solución de casi todo conflicto.-

Aquí, vale transcribir una cita si se quiere peculiar, al menos: “...una interesante observación semántica viene además en apoyo de su punto de vista: la voz civilizar tuvo, hasta 1752, en que comenzó a adquirir por extensión metafórica su significado actual, el sentido exclusivo de denotar la conversión de un proceso penal en uno civil...”⁵⁷. Asombroso e interesante, no?. Da para pensar, en tiempos de

⁵⁶ HIRSCH, Hans Ob.Cit, págs. 202/203.-

⁵⁷ HENDLER, Edmundo S. “Enjuiciamiento Penal y Conflictividad Social”, pág. 383; con cita de Braudel, Fernand en “Las Civilizaciones Actuales”, Madrid, Tecnos, 1970, p. 13

expansión del derecho penal, bien podemos preguntarnos si no asistimos a cierto “menoscabo civilizatorio”. En tal sentido, para evaluar y analizar: “En la sociedad civilizada se responde al cálculo con el cálculo; en la no civilizada se responde al sentimiento con sentimiento. Este vigor de las emociones inmediatas, sin embargo, vincula al individuo a un número limitado de comportamientos posibles: los demás son amigos o enemigos, buenos o malos...La capacidad para entender a largo plazo las cosas de la naturaleza y de los seres humanos, solamente es accesible a los individuos en la medida en que la división creciente de funciones y el entramado cotidiano en cadenas humanas cada vez más largas, acaban acostumbrándoles a esta previsión a largo plazo, a una mayor contención de las emociones...”⁵⁸.- Traigo también aquí una la conocida y gráfica descripción de la materia penal en torno del Estado de Derecho: aquí la razón jurídica no conoce de enemigos y amigos, sino sólo de culpables e inocentes.-

Desde estas dos cuestiones de gran envergadura expuestas en las dos citas anteriores, podemos hacer un salto hacia lo estrictamente “procesal” (no por ello, muy menor a lo anterior, al contrario), concretamente a un punto que merece ser resaltado dentro del conjunto de críticas o reparos a la intervención amplia de las víctimas en el proceso penal, es el referido a su carácter de “testigo”. En este punto el Código Procesal Penal de la Nación, al regular el sistema procedimental emergente de los delitos de acción privada (en una regulación recepcionada por esa gran cantidad de ordenamientos procesales provinciales que tomaron como modelo aquel ritual nacional), estableció en forma prácticamente textual que el querellante tiene las mismas facultades y obligaciones del Ministerio Público Fiscal y que puede ser “interrogado” pero no se le tomará juramento; he aquí entonces un claro ejemplo, si se quiere clásico y normativo, que en forma fundada (casi

⁵⁸ NORBERT ELIAS “El Proceso de la Civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas”, (<http://new.pensamientopenal.com.ar/articulos/proceso-civilizacion-investigaciones-sociogeneticas-psicogeneticas>, FECHA 21 Trad. De Ramón García Cotarelo /6/2011).-

ineludible) establece en definitiva que una parte no puede declarar como testigo sin más, vale decir, parte y juramento de decir verdad no se llevan muy bien que digamos, y es lógico y saludable que así sea.- Así señala lúcidamente Schünemann: "...el legislador, mejorando la posición de la víctima en el proceso, ha menoscabado su función como testigo, ha puesto en peligro el esclarecimiento de la verdad material y ha llevado todo el proceso a una situación equívoca en perjuicio del imputado...se debe decir que la ampliación de la posición del lesionado como sujeto del proceso ha conducido a la ruina de su función como testigo, y con ello, también al del papel que desempeña para llegar al descubrimiento de la verdad procesal...han dañado notablemente el equilibrio del proceso..."⁵⁹. En delitos tales como aquellos que menoscaban la integridad sexual, o también aquellos en los que resultan acusados funcionarios policiales por severidades, vejaciones o abusos funcionales, o esos delitos del orden familiar (impedimento de contacto de hijo menor con padre no conviviente, por ejemplo) en los que en definitiva tenemos casi siempre como única prueba de cargo o elemento probatorio los dichos de la propia víctima, indudablemente en estos supuestos se halla en serio riesgo la pureza si se quiere de la declaración testimonial y como consecuencia de ello la investigación y el descubrimiento de la verdad en un procedimiento penal; sabido es, conforme el principio de libertad probatoria, todo se puede probar y por cualquier medio (siempre, claro está, dentro del marco de legalidad formal y sustancial), por lo que bien puede una sentencia condenatoria basar su convicción y certeza positiva en la acreditación de la materialidad del hecho y autoría penalmente responsable en los solos dichos de la misma víctima, cuestión ésta que muchas veces vemos plasmada en fallos condenatorios de delincuentes sexuales, policías abusadores y golpeadores, familiares violentos, etc.- No hay pruebas tarifadas por lo que cada testimonio reviste su propia importancia dentro

⁵⁹ SCHUNEMANN, Bernd "Obras", Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, StaFe, 2009, págs. 491/5.-

del contexto (de análisis mayormente “psicológico”) en que se produce y los que operamos en el servicio de justicia penal bien sabemos lo que sucede cada día con la prueba testifical: enfrentarnos a los problemas prácticos de concreta credibilidad de todas y cada una de las declaraciones.- Qué pasaría entonces con la víctima constituida como parte en casi todos los procesos penales?. O es testigo de la Fiscalía como órgano naturalmente acusador o es parte constituida y persecutoria (sujeto procesal y objeto de prueba al mismo tiempo?). De mínima entonces dicho testimonio se ve seriamente menoscabado en su espontaneidad (uno de los principales elementos para poder apreciar, conforme reglas de la sana crítica racional, la prueba testimonial y su credibilidad para decidir, incluso en casos como los mencionados, la suerte misma del encausado) al resultar ser, indefectiblemente, un testimonio “de parte”, un testimonio de una parte privada (acusadora) que se va a dirigir de manera inexorable a la imposición de pena al imputado (carece de los rasgos de la objetividad del Ministerio Público Fiscal), persiguiendo y defendiendo un interés de parte.-

Y desde lo procedimental podemos bien ir tímidamente a la finalidad misma del Derecho Penal y notar que es tarea pendiente de los juristas determinar en concreto la justificación ética de la pena estatal; podemos concluir tal vez (mas allá de la enorme y rica biblioteca sobre el tema) que el Derecho Penal es precisamente eso: pena, ésta siempre es retribución a modo de reacción estatal como mandato de convivencia, pero...si hablamos de sus finalidades, aquí la cuestión -sabido es- es sumamente compleja y últimamente adquiere preponderancia en la doctrina especializada la llamada “prevención especial positiva”; llegados entonces a este punto: ¿cómo hacemos para conciliar víctimas con poder punitivo autónomo y prevención especial positiva?.-

G.- VÍCTIMAS y DERECHO PENAL MÍNIMO:

Hay una marcada tendencia en la legislación actual a la introducción de nuevos tipos penales, lo que en doctrina se ha dado en

llamar “expansión del Derecho Penal”, lo cual se traduce básicamente en la creación de nuevos bienes jurídico-penales (más delitos tipificados, cuestiones de pretendidas “emergencias”: derecho de emergencia), la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes (tenemos aquí los delitos de peligro abstracto y consecuente administrativización del derecho penal), la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía, también en el plano de las normas procesales, vemos acusadores múltiples y por una razón de simple lógica mayores posibilidades de condena en desigualdad de “armas” (desequilibrio procesal que atenta contra la legitimidad misma del Derecho Penal sustantivo); todo lo cual se opone -claro está- con los postulados de la Ilustración y del Derecho penal liberal, lo que, a su vez, restringe enormemente aquellos principios de subsidiariedad, última ratio e intervención mínima del Derecho penal. Esta nueva legislación sumada a ciertas prácticas judiciales demuestran un serio alejamiento de la realidad con el marco del Derecho Penal Mínimo expuesto por Ferrajoli⁶⁰. Esta expansión, también llamada “inflación” del derecho penal actual, repercute nítidamente en la realidad concreta de las víctimas de delito: “...esta expansión es el fracaso del conjunto del sistema de resolución de conflictos, y representa el aumento de las respuestas simbólicas por sobre las reales. Tal desarrollo no apuesta a la solución de los conflictos sino al control simbólico...Al otorgarle carácter público a conflictos privados, la víctima se fue relegando y su problema fue quedando sin solución...”⁶¹.-

⁶⁰ Inflación penal que es dable observar en los últimos años en nuestro país, siendo paradigmático en tal sentido la labor (por así decirlo) del parlamento nacional, el cual bajo la presión de los medios de comunicación y asimismo del propio poder ejecutivo a cargo del Dr. Kirchner (aquella vez ambos factores de poder actuando fluidamente de consuno) , endureció la legislación penal de manera desmesurada y notoriamente irracional, aprobando emblemáticamente la casi totalidad del paquete llamado “Petitorio Blumberg”, padre éste de una joven víctima de secuestro extorsivo seguido de muerte. Reforma que prestigiosa doctrina no ha dudado en endilgarle la destrucción de la unidad científica del Código Penal.- Se ha dado llamar “legislación placebo” a ejemplos como éstos, en una descripción sumamente ilustrativa pero que deja de lado lo verdaderamente trágico que se esconde tras ello, si ciudadanos de una república aún hemos de considerarnos.-

⁶¹ FEDEL, Daniel B. “El Recurso de Casación. Doble Conforme y Garantías Constitucionales”, Ed. Cathedra Jurídica, 1º Ed., BsAs, 2118.-009, pág. 118.-

A conflictos privados se los torna públicos y viceversa: a conflictos públicos se los torna privados (continuación de la acción pública “desistida” por el Fiscal que continúa luego en manos exclusivas de la “víctima”).-

Además de esta privatización (que es dable verificar tanto en el terreno de conflictos como en los papeles de “acusación”), la última ratio importa asignar al derecho penal una función necesariamente economizadora del uso de la violencia, ello mediante la exclusión de ciertos conflictos de su ámbito de actuación: en la práctica, desprenderse del actual neopunitivismo, más allá de dejar a salvo las utilidades que puedan derivarse de la correcta implementación de un derecho administrativo sancionador⁶².-

La recurrente, aunque no antojadiza, utilización del derecho penal ante la criminalidad moderna y si se quiere, contra lo que se denomina “delincuencia urbana”, o bien a efectos de contrarrestar la “moderna” “inseguridad” de la “población”⁶³, lleva a pensar en primer lugar que tales situaciones de cierta criminalidad actual “...son todos problemas que la fuerza pública, más que solucionarlos, los crea o fomenta...también la venganza de sangre y la justicia por mano propia fueron principios que, durante su vigencia, lograron que se vertiera poca sangre; fue recién su degeneración, a partir de los cambios que se operaron en la sociedad, la circunstancia en la que se basaron quienes defendieron la idea del monopolio de la fuerza en manos del Estado, en pos de la paz social...”⁶⁴;

⁶² Dejando a un lado los medios de control informales, así como los formales instituidos por el derecho privado, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador forman parte del conjunto de sanciones estatales de carácter público, correspondiendo al Poder Legislativo determinar qué conductas somete al ámbito administrativo y cuáles decide reservar para el represivo sistema jurídico penal (CAGNI FAZZIO, Juan Martín, Fabián Di Plácido Editor, BsAs, 2007, págs. 97/98).-

⁶³ “...perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una aparente fácil solución a los problemas sociales desplazando al plano simbólico, es decir, de la declaración de principios que tranquiliza a la opinión pública, lo que deberá resolverse en el nivel de lo instrumental, o de la protección efectiva...” (TORRES, Sergio Gabriel “Derecho Penal de Emergencia”, Ed. Ad Hoc, 1º ed., BsAs, 2008, pág. 288.-

⁶⁴ DIRK FABRICIUS “Lo Que Deja Un Derecho Penal Sin Pena” en “Cuadernos de Derecho Penal II” Tomo 2009-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2009, pág. 75.-

esta situación, en un mundo comunicacional, globalizado e informatizado, ha cambiado?, hay una nueva degeneración (regresiva) a nivel socio cultural?, han operado cambios sociales que ameritan la exaltación mediática que es dable observar respecto a la venganza y justicia por mano propia?, la sociedad actual presenta cambios que justifican la sustitución de dicho paradigma en pos del abandonado concepto del bien común?.-

Ya aquí corresponde resaltar la fragmentación del derecho penal moderno ante prácticas “espectacularizadas” e ideas características de la premodernidad: “...los operadores jurídicos no han confiscado ni arrebatado ilegítimamente el conflicto a sus genuinos propietarios. Y que la devolución de éste a los litigantes (autor y víctima) implicaría una lamentable regresión, anacrónica y peligrosa, al socaire de formulas utópicas, ingenuas, reprivatizadas, de imprevisibles consecuencia antigarantistas”⁶⁵.-

Considero que un primer paso para evitar estos efectos, sería la despenalización y consecuente vigencia de un campo administrativo sancionador para aquella criminalidad leve que no exige su castigo mediante la imposición de una pena.-

Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta han elaborado, estimo que sabiamente, los principios rectores de un Derecho Penal Mínimo. Éste último propone una serie de principios destinados en su conjunto a la configuración de la idea – guía de la mínima intervención penal. Siguiendo a estos autores podemos hablar de una doble violencia que trasunta la existencia del delito (la violencia propia del ilícito como acción contraria a cierto orden preestablecido por un lado, y por el otro la violencia propia del sentimiento de venganza) y también podemos hablar de una doble función del concepto de derechos humanos (limitando el poder penal y definiendo el objeto posible de tutela por medio del derecho penal), todo

⁶⁵ GARCÍA – PABLOS de MOLINA, ob,cit; pág. 196.-

lo cual lleva a tomar como principio rector la idea de la ley penal en su función de máxima contención de la violencia. Conforme lo ya señalado, Baratta enuncia una serie de principios (intrasistemáticos y extrasistemáticos, dentro de los primeros: de limitación formal, de limitación funcional y limitación personal). En lo que aquí nos interesa en forma primordial en base al objeto del presente trabajo, debemos reseñar brevemente los siguientes principios “intrasistemáticos”: a) el principio de la respuesta no contingente, lo que apunta críticamente al llamado derecho penal de emergencia y la administrativización, en el sentido que: “...la ley penal...no puede ser una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, como, en cambio lo es frecuentemente en la práctica. Los problemas que se debe enfrentar tienen que esta suficientemente decantados antes de poner en práctica una respuesta penal...”⁶⁶, vale decir, se exigen respuesta serias y razonables frente a problemas sociales importantes, duraderos y generales de una sociedad, b) el principio de proporcionalidad abstracta, en el sentido que solo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales útiles (proporcionalidad con el daño social causado por la transgresión), c) el principio de subsidiaridad (no basta que la pena propia del derecho penal sea idónea, debe además no ser sustituible por otros modos sancionatorios, extrapenales, de menor costo social), d) el principio del primado de la víctima, en este caso Baratta recalca textualmente “...las graves distorsiones que el sistema penal presenta cuando éste es evaluado desde el punta de vista de los intereses de la víctima...sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de

⁶⁶ BARATTA, Alessandro; “Principios del Derecho Penal Mínimo” en Doctrina Penal, Ed. Depalma, BsAs 1987, pág. 308.-

la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena...”⁶⁷.-

Dentro de los principios extrasistemáticos, vale mencionar aquí a los dos indicados por Baratta: 1) principios de descriminalización, 2) principios metodológicos para la construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales; dentro de los primeros encontramos: 1a) principio de la no intervención (rigurosa economía del control social), 2a) principio de privatización de conflictos: estrategia de reapropiación de conflictos, vale decir, sustituir parcialmente la intervención penal por formas de derecho restitutivo y acuerdo de partes, fomentándose instancias públicas y comunitarias de reconciliación, 3a) principio de politización de los conflictos (el sistema penal con su lógica generalmente reprime los conflictos –manera “reduccionista” e inadecuada-, y propicia su construcción en un ámbito técnico que los priva de sus reales connotaciones políticas dando lugar a la ya mencionada tendencia hacia una expansión tecnocrática del sistema punitivo para la tutela de un supuesto “orden” o “seguridad”), 4a) principio de preservación de las garantías formales: lo cual demanda que cuando opere el desplazamiento de ciertos conflictos fuera del ámbito penal hacia otras áreas de control social institucional o comunitario, dicho “envío” o “radicación” este rodeado de las mismas garantías que aquellas que formalmente revisten el derecho y proceso penal, lo cual demanda voluntad y fuerzas políticas consecuentes, estudios sociológicos adecuados dentro de lo que el autor mencionado llama “una política emancipadora e innovadora del derecho”. En cuando los segundos (principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales), destaca Baratta: “...implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una cultura de lo penal que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de construir los conflictos y los problemas sociales en una sociedad...el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente

⁶⁷ BARATTA, Alessandro, ob.cit. pág. 316/317.-

como un aglomerado arbitrario de objetos heterogeneos que no tiene otro elemento en común mas que el de estar sujetos a la respuesta punitiva...¿cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema, como el penal, de responder, con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de una tan vasta heterogeneidad?...se trata de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo...que atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen...”⁶⁸. En este sector de su programa, el autor menciona que el principio más importante es el de la articulación autónoma de los conflictos y necesidades reales más allá del tratamiento institucional y burocrático del sistema penal. Se propugnan instancias públicas y comunitarias de reconciliación, lo que importa la privatización de algunos de los conflictos actuales (lo que precisamente, no importa -lejos está- la privatización de esos conflictos dentro del derecho y proceso penal).-

Resulta muy difícil ligar víctimas y utilitarismo en el marco del derecho penal; tal como afirma Ferrajoli: “...el utilitarismo – precisamente porque excluye las penas inútiles no justificándolas con supuestas razones morales- es, en suma, el presupuesto de toda doctrina racional de justificación de la pena y también de los límites de la potestad punitiva del Estado. Este es el motivo por el cual dicho utilitarismo ha resultado ser un elemento constante de la tradición penalista laica y liberal...el cual echó las bases del Estado de derecho y del derecho penal moderno...todo el pensamiento penal reformador está de acuerdo en considerar que las aflicciones penales son precios necesarios para impedir daños mayores a los ciudadanos y no constituyen homenajes gratuitos a la ética o a la religión o al sentimiento de venganza...”⁶⁹. Debemos entonces preguntarnos cómo conjugar este utilitarismo con las persecuciones penales injustas e irracionales que puede derivarse, al

⁶⁸ BARATTA, Alessandro, ob cit, pags. 326/329.-

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi “El Derecho Penal Mínimo”, trad. de Roberto Bergalli en Poder y Control, Ed. P.P.U, Barcelona, nro 0, año 1986.-

menos en algunos casos, de la pretensión punitiva del ofendido en el marco de una actuación que, gravemente, puede llegar a ser muy abierta, irracional e ilimitada⁷⁰.-

La esencia de este derecho penal racional y mínimo, de ultima ratio, tendiente a la prevención general negativa, se encuentra alejada de las teorías abolicionistas y su riesgo de anarquía punitiva, por el contrario, reafirma, tal como lo expresa detalladamente Ferrajoli, la forma jurídica de la pena (como mal menor: “pena mínima necesaria”, como idea rectora nacida en el iluminismo) como técnica institucional de minimización de la reacción violenta contra la desviación socialmente intolerada, evitándose como meta las penas privadas, arbitrarias, inciertas, imprevisibles, informales, irracionales o desproporcionadas; en este punto transcribimos al mencionado autor: “...para fundamentar...los

⁷⁰ De modo contrario o al menos crítico Silva Sánchez se expresa, resaltando principalmente el mayor significado comunicativo – simbólico que posee lo penal frente a lo civil y administrativo; expresa este autor que “...la nueva Política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al Derecho penal, que ahora la acogen en tanto que reacción contra la criminalidad de los poderosos...en mi opinión, la evolución social está refutando radicalmente la opinión de algunos autores que habían caracterizado la progresiva cristalización del Estado democrático de Derecho (frente al Estado liberal o el Estado social) como un marco de «máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías» (es decir, Estado del bienestar con Derecho penal mínimo). Más bien se pone de manifiesto que la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una «contradicción in terminis». Aunque sólo fuera por un motivo: la inseguridad en cuanto a la percepción de las prestaciones (en sentido amplio: comprensivas de la ordenación del territorio, medio ambiente, consumo, orden económico; y no sólo relativas a la cuestión de las prestaciones sociales — educación, sanidad, desempleo, pensiones—) provenientes directa o indirectamente del Estado conduce a que se promueva la instrumentalización del Derecho penal para (pretendidamente) garantizarlas. El antipático Estado-Policía se convierte en el simpático Estado-Providencia y la protección radical de los intereses de las Administraciones Públicas se explica no en clave de autoritarismo —como se hacía respecto a los códigos penales de origen decimonónico— sino en clave de democracia e igualdad. Por ello, en realidad, parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo pueda generarse en el marco de un Estado mínimo...” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La Expansión del Derecho Penal”, 2º Ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 56, nota 118).-

En contestación a ello, puede leerse: “no se nos escapa que estamos proponiendo una reforma al derecho penal...reforma que se enlista en las modernas corrientes de mínima intervención o derecho penal mínimo –Ferrajoli-, y que va a encontrar como escollo lo que el profesor catalán Silva Sánchez denomina “La función de satisfacción de necesidades de psicología social”; esta función atribuida al derecho penal parte de estudios de Psicología profunda y del Psicoanálisis, y consiste en la necesidad psicológica social del castigo del delincuente...por ello, hasta que se entinenan las bondades de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en particular la mediación, serán atacados con frases como “moda académica” y otras peores...” (PRUNOTTO LABORDE, Adolfo en “Necesidad de Implementar la Mediación Penal”, artículo del libro “El Sistema Penal ante las exigencias del presente”, Rubinzal Culzoni Editores, 1º ed., Sta Fe, 2004, págs. 239/240.-

límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: mas allá del máximo bienestar posible para los no desviados, haya que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro señala un segundo fin justificador, cual es: el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas “justificacionistas” como por las abolicionistas. Se alude aquí a la mayor reacción (informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal) que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias. Creo que evitar este otro mal, del cual sería víctima el delincuente, representa el fin primario del derecho penal. Entiendo decir con ello que la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos...el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito...”⁷¹.-

H.- LO POLÍTICO Y LA VÍCTIMA

CONCLUSIONES:

Los recientes incentivos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos en torno al rol de la víctima en el sistema penal, resultan sumamente saludables si se los observa desde lo que fue su finalidad inicial⁷²: humanizar el sistema y evitar las numerosas cuestiones que llevaban a una cruel revictimización del ofendido por el delito.-

Pero, dentro de esta potenciación (siendo que el instrumental penal es una medida demostrativa de la capacidad de respuesta de las instituciones políticas) debemos alejarnos del ímpetu

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi ob cit, pág. 333. Este autor entonces habla de una doble finalidad preventiva del derecho penal: prevención en la comisión de delitos y prevención al delincuente de la venganza de la víctima. Es decir: la prevención general de los delitos y la prevención de penas arbitrarias, desmesuradas o desproporcionadas.- En este punto señala Silvestroni: “...el más débil es la víctima a la que se protege con la amenaza de penas, y el delincuente al que se protege expropiando la reacción punitiva...” (SILVESTRONI, Mariano en “Teoría Constitucional del Delito”, Editores del Puerto, BsAs, 2004, pág. 41).-

⁷² La idea de víctima, en un primer momento, se impuso en la consideración social y comunicativa, en torno a lo que fueron los movimientos de lucha por los derechos civiles de minorías víctimas de la dejadez o abuso del poder.-

punitivo y vindicativo: concretamente de la demagogia vindicativa que suele emplear el poder político, del frenesí vindicativo de la espectacularidad⁷³ propia de los medios de comunicación y del facilismo vindicativo que podemos observar en la etapa prelegislativa penal (o mas bien procesal penal) con notorias deficiencias en la técnica legislativa creadora de normas punitivas (represión siempre limitativa de los derechos de los ciudadanos).-

Lo antedicho no significa que el Derecho penal no tenga que estar al servicio de necesidades políticas, tal como se describiera aquí anteriormente. Una cosa es un Derecho Penal conciente de la necesidades políticas de una organización (estatal) en sociedad o comunidad (políticas estatales, por ejemplo política criminal sin criterios populistas o electorales), y otra cosa (a modo de crítica) es la “politización” del Derecho Penal. Y con esto último queremos hacer referencia al imperio de las reglas propias del mercado político - electoral por sobre los principios, naturaleza, estructura y finalidades propias del Derecho Penal liberal en el marco de una estricta certeza, estabilidad y limitación.-

Ya hemos señalado que se ha politizado el control del delito y que ello se efectiviza sobre una mentalidad punitiva emergente de lo que se denomina populismo penal⁷⁴, una de cuyas consecuencia es el

⁷³ En la Ilustración se produce lo que Foucault denominó (aunque desde otra visión o análisis crítico) la “desaparición del espectáculo punitivo”.-

⁷⁴ Por “populismo penal” podemos entender de manera clara y contundente lo siguiente: “...fenómeno consistente en tomar las decisiones de la política criminal sobre la base de las demandas que nacen de la experiencia cotidiana, d elas perepciones y de los sentimientos del pueblo, haciendo, entonces, que esas opiniones, o, si se prefiere, que esa opinión pública, sea la fuente del nuevo conocimiento penal y de la ley penal, sin que puedan intermediar reflexivamente, entre esa demandas (fruto de esos sentimientos y emociones) y las decisiones políticas, los expertos, cuyas opiniones, además, parecen esta ahora desacreditadas...populismo penal, posición de la víctima e implicación comunitaria o social en el diseño de las políticas penales son manifestaciones de una misma estrategia, que no tiende a democratizar y legitimar al Derecho Penal a través de u procedimiento de discusión deliberativa, sino a convertir éste en un potente instrumento de intervención social...el populismo penal es una forma de gobernar una sociedad fragmentada, diversa e individualista, a la que el gobernante le proporciona señas de identidad...esa fragmentariedad y esa pluralidad dificultan enormemente la definición del bien, de modo que, como conjunto, tendemos más a definirnos por relación al mal, en este caso, al mal que no une o agrupa...” BLASCO, BERNARDO del ROSAL Ob. cit, págs. 45, 48 y 51.-

mayor protagonismo de la víctima en el sistema penal (sobretudo en el proceso creativo de las normas y la intervención en el proceso penal).-

Podemos verificar que los movimientos a favor de los derechos de las víctimas de delitos adoptan, en una gran mayoría de casos, una postura claramente conservadora que, aprovechándose de la “virtuosidad”, alentada -a modo casi mitológico- mediaticamente de toda víctima de delito (básicamente impactando emotivamente en el acontecimiento de delitos contra la propiedad, culposos en ocasión de accidentes de tránsito, secuestros y homicidios), fomentan en definitiva un pensamiento represivo contrario al pensamiento liberal y a toda política criminal respetuosa de los derechos humanos, apelando en el menos malo de los casos a “falacias”⁷⁵; en este sentido se señala de modo práctico lo siguiente: “...las disposiciones legales referidas a la víctima pueden representar tanto el reconocimiento de sus intereses -con prescindencia del interés estatal de control- como también un perfeccionamiento del modelo punitivo que reconoce la necesidad de incorporar a la víctima (colaboracionista) para aumentar la eficiencia del sistema y relegitimar su existencia...”⁷⁶, vale decir, ocasionando en definitiva una mayor intervención de la violencia estatal en situaciones que no la justifican. De este modo algunos legisladores rápidamente (y por lo tanto irrazonable e hipócritamente, cuando no directamente con cierta dejadez, ignorancia y claro menoscabo al saber jurídico) acuden la derecho penal convirtiendo todo problema social en ilícito reprochable penalmente⁷⁷. Aunque, si tal conducta, les reporta beneficios

⁷⁵ Razonamientos lógicamente incorrectos pero psicológicamente persuasivos, aparentemente correcto pero desacertado cuando es analizado cuidadosamente (COPI Irving M., “Introducción a la lógica”, 4º edición, 1º reimpresión, Edudeba, BsAs, 2005, traducción de Néstor A. Rodríguez, pág. 81).-

⁷⁶ BOVINO, Alberto; ob.cit., págs. 113/114. Este autor contrapone la víctima “colaboracionista” de la pretensión punitiva del Estado, de la víctima “sujeto” como titular de intereses y derechos; ahora bien, Bovino se pregunta si esta “víctima sujeto” es compatible o puede coexistir con el derecho penal estatal y con el fundamental principio de legalidad. En este punto vale señalar que el baño de moral con que suele revestirse a la víctima constituye, difícil negarlo en la práctica, un elemento de presión para los jueces llamados en definitiva a decidir. Se ha dicho que raramente se le dice que no directamente a un querellante, me ha tocado inclusive presenciar alegatos de querrela dirigidos a las cámaras de televisión presentes en la sala de debate oral.-

⁷⁷ “La prensa...como empresa económica desarrollada sobre la base la sociedad capitalista...la comunicación es poder...avasallante...un ejemplo más cotidiano está representado por el

electoralistas...lamentablemente tenemos ya un problema serio entre nosotros (comunidad).-

El uso político del Derecho Penal resulta en estos días muy evidente, si bien siempre el sistema penal ha sido un transmisor claro de las características del Estado imperante, entiendo que en la actualidad se resaltó su naturaleza instrumentadora de cierta comunicación política en un ámbito en donde la criminalidad y la “seguridad” constituyen objetos mercantiles en lugar de ser materia de pensamiento, análisis y debate, mientras crece la fragmentación y desintegración urbanas (grupos excluidos del sistema, grupos autoexcluidos de la comunidad -barrios privados, seguridad comunitaria).-

De este modo nos encontramos ante problemas ciertamente complejos, así el Dr. Zaffaroni⁷⁸ refiere estos datos ilustrativos: la delincuencia urbana como proyección mediática de hechos ilícitos (fuente de desgracias), como construcción de la realidad a la que la clase política responde directamente⁷⁹, desatendiéndose de los hechos, de las causas, de su profundidad, de su complejidad, o de la realidad misma; y es en este contexto de la llamada revolución comunicacional donde cabe hablar de la “cosificación” de la víctima, ésta es utilizada, más bien manipulizada, como factor discursivo de poder (sujeto doliente, digno de compasión, desequilibrios emocionales fuente de elevados “ratings”), víctima/héroe en plena proyección pública lo que resulta tan selectivo como la

problema de la seguridad, usado en el sentido de seguridad común para bienes y personas, y despreciado su significado histórico de seguridad individual frente al poder. Allí...la sensación de inseguridad –menos alambicadamente: el miedo y la prevención personal- le ha ganado la batalla al estudio de la verdadera tasa de criminalidad, como análisis empírico – comparativo de la realidad...le ha ganado la batalla al estudio de la realidad con la finalidad de hallar soluciones...” (MAIER, Julio B. en “Crítica de la Razón Impura o Crónica de la Sinrazón Pura”, Ed. Ad Hoc, BsAs, 1º ed., 2010, págs. 105 a 107).-

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Delincuencia urbana y victimización de las víctimas” Conferencia en el XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Criminología, 23 de julio de 2008. Barcelona, España.-

⁷⁹ Se dice entonces que prácticamente la única fuente de información que tiene el ciudadano común sobre el fenómeno delictivo (magnitud, gravedad, reacción, control, etc) es la que le presentan los medios de comunicación, existiendo por ende una relación directa entre los informes sobre la delincuencia de éstos y la percepción social de la seguridad y también entre éstos y la “respuesta” de los poderes públicos.- (FORTERE, César y CESANO, José Daniel “El rol de la Victimización, las actitudes punitivas y los medios de comunicación en las reformas penales” en “Victimología 7” Hilda Marchiori, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2009, pág. 88).-

criminalización misma (víctimas histriónicas que generen identificación y refuerzan los prejuicios). En la descripción de las consecuencias de ello, Zaffaroni resulta contundente: sacrificio de la propia salud mental de la víctima (victimización como cinismo victimizante), menoscabando a toda política criminal racional y democrática, hecatombe en la legislación penal (normas incoherentes y contradictorias, desequilibrio en las penas), estructuras políticas del estado de derecho en innegable fragilidad, los mejores logros de nuestra civilización puestos en peligro.-

Los medios tienden a considerarse representantes de un todo social, los prácticamente diarios y constantes reclamos de justicia de las víctimas y su amplificación mediática ponen en jaque la libre resolución de los jueces, la crisis de la justicia que ello implica resulta ya innegable y preocupante, los elementos constitutivos del sistema de justicia penal como poder formal se encuentran bajo serios riesgos, principalmente cuando se ataca o se pone en tela de juicio (y desde un peldaño supuestamente ético) ni más ni menos que la esencia misma de la función judicial, vale decir, el propio criterio (debidamente fundado, claro está) plasmando en una resolución o dictamen por un juez o fiscal (existiendo recursos procesales para remediar toda arbitrariedad); resultando en definitiva una crisis general del saber jurídico especializado y de la integridad y autonomía del propio Poder Judicial sometido a presiones resultantes de poderes mayores (en los que para nada se habla de igualdad de partes en torno a un conflicto). Ello no obstante es dable observar una curiosa paradoja: por un lado no se “cree” en la justicia, las víctimas, grupos de víctimas y los medios habitualmente critican y desconfían fuertemente del poder formal de la justicia (sobretudo el funcionamiento de los sistemas penales) pero al mismo tiempo enarbolan el castigo estatal (casi siempre en forma desproporcionada, en lo formal y sustancial, actitudes duramente punitivas frente al delito) y recurren al servicio de justicia para convertir su reclamo en un acto de justicia

comunicante (lo que de por sí no resulta criticable, al contrario)⁸⁰; así se ha dicho clara, lúcida y contundentemente que “...la paulatina conquista del significado de justicia por parte de la lógica mediática, por sobre el aparato y la lógica judicial tienen serias consecuencias para el discurso jurídico clásico en el que el Poder Judicial debe hacer radiar sus fallos para sostener su legitimidad, y para la lógica estatal republicana en general. Si la institución estatal Justicia existe, se justifica y es necesaria porque es la diferencia de la reciprocidad, y por ello puede cortar el peligro propio de ella, porque representa un poder más allá de las pasiones de las partes, al someterse la lógica mediática y reproducir el discurso de un parte, pierde su diferenciación. Diferenciación que es indispensable para la existencia y ejercicio de un Poder Judicial”⁸¹.-

Podemos observar que el programa de Ferrajoli (derecho penal mínimo y de última ratio), brevemente reseñado más arriba, no se ha logrado efectivizar en la práctica, por el contrario cada vez hay más reacción penal, cada vez más delitos, cada vez más acusadores (legitimados hipócritamente por el Estado), cada vez más encarcelamiento, cada vez más discursos de “control del delito” o de “seguridad” volcados sobre una sociedad expectante de la transmisión mediática de los mismos⁸², en definitiva, cultura del miedo y sensación de inseguridad. Sumamos: prepotencia de finalidades punitivas sobre fines garantías; oscuranterismo simbólico (retórica pseudo política y una política criminal “emocional”) sobre racionalidad iluminadora de los problemas de la sociedad; reacción penal autónoma e ilimitada de

⁸⁰ Tendríamos entonces el siguiente panorama: por un lado víctimas desconfiadas del sistema penal (alta cifra negra: delitos que no son denunciados) y por otro lado víctimas que alientan desmesuradamente el castigo estatal a modo de penas desproporcionadas. Ante este cuadro (que a su vez demuestra la importancia del tema “víctimas” como política estatal) el sistema penal bien puede considerarse acorralado en su eficiencia.-

⁸¹ GUTIERREZ, Mariano Hernán; ob.cit., pág. 271.-

⁸² “...si tomamos como referencia que dos de cada tres encuestados en Argentina en el año 2005 no resultó víctima de delito y que el 66% de la población no se siente segura, evidentemente que no existe una relación directa entre la experiencia objetiva de victimización y la sensación subjetiva de inseguridad. Esto demuestra que la percepción de inseguridad se construye no sólo desde datos objetivos y experiencias vividas, sino también por influencia de los relatos de los medios de comunicación y datos subjetivos producto de la interacción social, entre otros factores...” (FORTERE, César y CESANO, José Daniel; ob.cit., pág. 94.-

víctimas sobre la objetividad e imparcialidad del actuar del poder penal de las fiscalías (al menos desde el deber ser). En síntesis, se podría decir: intervencionismo penal en cada vez más ámbitos sociales (política criminal securitaria “propia” de la sociedad de riesgo), reduciéndose la política estatal en meras intenciones efectistas políticas (en minúsculas) de apaciguar la opinión pública (potenciales votantes, más que ciudadanos) expandida mediáticamente, y como un factor más de presión y consecuente degradación para el sistema judicial. La sociedad civil, la solidaridad, la cohesión social: menoscabadas ⁸³.-

Señala Galand: “...toda mutualidad y solidaridad existente se alcanza a través de la identificación directa de los individuos entre sí y no con la organización política o las instituciones públicas a las que pertenecen...la nueva importancia de la figura de la “víctima”...surge...de la nueva importancia de la identificación visceral en un contexto en donde existen pocas fuentes de mutualidad...”⁸⁴.- El concepto de víctima, a modo de icono y sujeto político, ha venido entonces a ser un instrumento sumamente útil en la construcción -desde el poder- de mecanismos de identificación y cohesión para las actuales comunidades fragmentadas (nos une un mal que angustia y genera miedos: somos todos actuales y/o potenciales víctimas de un enemigo común, la delincuencia -o cierta delincuencia, más bien-) y, en nuestra materia, ya puede afirmarse que se constituye en “fuente” misma de la ley penal (como elemento al menos influyente en el proceso de creación legislativa, fuertemente influenciado por un lenguaje punitivo que refuerza desmedidamente los efectos simbólicos de la pena para neutralizar y satisfacer sentimientos de inseguridad y vindicatorios).-

⁸³ Entre los grupos de presión no institucionalizados destaca el conformado por las víctimas. Este sector, apoyado por los medios y por grupos políticos oportunistas, ha sido la fuente de numerosas reformas marcadas por su alto voltaje punitivo. (FORTERE, César y CESANO, José Daniel; ob.cit, pág. 107).-

⁸⁴ GARLAND, D. “La Cultura del Control”, Ed. Gedisa, Barcelona, año 2.005, pág. 324.- Este autor desarrolla la idea de una “cultura de control criminal” predominante en los últimos treinta años, refiriéndose al despliegue de medidas criminológicas de mero control (“actuarialismo”), algunas veces de modo netamente irracional. Se habla de una “nueva penología” que gira en torno a una “gestión” administrativista, direccionada a cálculos y niveles de riesgo (identificando “grupos de riesgos”).-

Esto no importa desconocer que la víctima tiene indudablemente un derecho a la respuesta estatal (fundamentalmente en el plano judicial civil en donde naturalmente impera el principio de la equiparación y se potenciaría la atención de los intereses disponibles de cada víctima), pero considero que ello no significa que las víctimas de delitos tengan en sus manos un poder punitivo autónomo, un derecho constitucional a la punición al decir de Maier (derecho de querrela autónomo para perseguir penalmente y exigir la imposición de pena, se habla incluso de un “derecho a castigar” sustituyente de los órganos estatales) para desarrollar solitariamente a través del derecho y proceso penal, instrumentos éstos del Estado que por propia definición deben brindar respuestas subsidiarias y que aparecen en la práctica muchas veces como desiguales, selectivos y discriminatorios. Considero entonces que se corre el riesgo de que dichos defectos queden aún más evidentes y, pero aún, legitimados, al menos desde lo normativo, claro está, incrementándose además el peligro de que la desproporción entre pena (tanto aquella prevista legislativamente como la determinada tras proceso) y delito importe ya el menoscabo absoluto de dicha garantía junto con la lesión a la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad, como así también a la integridad y objetividad en la investigación misma⁸⁵, si la misma va a quedar en manos del Ministerio Público Fiscal (al menos en teoría) vale señalar que éste siempre tiene que expedirse fundadamente, razonablemente y conforme a derecho (siga con la acusación o por el contrario se baje de la misma), entonces qué ocurre si ya no hay fiscal en el proceso penal.- Una respuesta urgente, básica y liminar sería señalar

⁸⁵ Procesalmente, los inconvenientes o paradojas son numerosísimas, así varios autores se preguntan qué pasa si la querrela renuncia, qué ocurre con las vistas en los incidentes de excarcelación o en nulidades de orden público o para decidir la aplicación de una “probation” o para abreviar un juicio; qué ocurre ni más ni menos con el control objetivo de la legalidad de los actos públicos como los propios de un proceso. El interés público notorio en estas cuestiones lleva a ni siquiera poder imaginar un proceso penal solo impulsado por una víctima, salvo que resignemos garantías que obviamente han sido conquistadas y esforzadamente normadas y luego puestas mas o menos en práctica a favor, claro está, al menos constitucionalmente, de quien resulta imputado.- Se trata, en gran medida de paradojas: coexistencia ilógica de cosas (pero el precio a pagar por semejantes imprevisiones considero que sería muy alto...que sirvan entonces las paradojas para permitir ver la concreta y real entidad de los problemas a solucionar).-

que siempre tienen que existir y operar los controles penales procesales para evitar persecuciones injustas e irracionales.-

Conforme lo ya expuesto en la presente, pueden derivarse efectos beneficiosos (pacíficos, consensuados) de aquellos métodos de mediación o reparación que operen por afuera del sistema penal⁸⁶, coadyuvando a la materialización de un derecho penal en verdad mínimo y de última ratio como instrumento estatal; ahora bien tenemos que tener presente que ello precisamente importa "...resinstalar los intereses de la víctima como instancia decisiva del conflicto lo que supone, paralelamente -y de adverso a lo que sostienen los autonomistas- restar competencias penales al Estado y derivarlas hacia otros ámbitos jurídicos o sociales..." y por otra parte ello: "...en modo alguno significa que debemos aceptar que la víctima pueda iniciar y perseguir por si sola y autónomamente un proceso penal en procura de una pena al autor y que ésta, la pena, se constituya en un derecho internacional a la condena penal..."⁸⁷, lo que en definitiva importaría consagrar ya del todo facultades extraordinarias a las víctimas en desmedro del imputado.-

De todo lo expuesto precedentemente, puede advertirse una cuestión de lógica: si existen intereses públicos, necesariamente de cierta envergadura e importancia, no puede advertirse la posibilidad cierta de que el conflicto en cuestión pueda resolverse a través de los modos alternativos de composición prescindiéndose sin más del Derecho Penal y su consecuente proceso legal; por el contrario, cuando estamos en presencia de intereses secundarios (aún públicos) aquí si operarían plenamente los modos alternativos, por fuera de un Derecho Penal que debe replegarse ante dichas cuestiones: evitar la resignación actual y propender a la futura concreción de un derecho penal sobretodo racional, de intervención mínima y de última ratio, ha efectivizarse por un Estado que se ocupe realmente de sus fines esenciales sin caer en simbolismos

⁸⁶ Aunque ante el panorama actual, es lógico aceptar que tales mecanismos al menos tengan mayor presencia en el sistema penal (como ocurre actualmente con numerosas regulaciones en materia de responsabilidad penal de menores de edad).-

⁸⁷ FEDEL, Daniel B., ob.cit. págs. 129 y 131.-

acallantes -con tintes supuestamente urgentes- del reclamo mediático en turno y sin caer en mayores espacios de prohibición penal, lo cual restringiría en definitiva nuestra propia dignidad e identidad como ciudadanos libres de una república.-

Por último vale reconocer que la justicia criminal evidencia una seria crisis de representación, emergiendo como un modelo muy poco participativo. Esto no nos conforma si pensamos no sólo en el ideal republicano sin también si observamos un componente innegable: lo penal, lo criminal y su juzgamiento, presentan -desde tiempos remotos- una fuerte raigambre en la cultura popular⁸⁸; la violencia, privada o estatal, siempre creó fascinación en el público, se disfrutaban (se exteriorizaban) los actos de imposición de penas.-

Esta situación se canaliza actualmente en nuestro país pura y exclusivamente a través de manejos generalmente poco afortunados de los medios de comunicación. Se habla de la expropiación total del conflicto a la víctima por parte del Estado, pero bien podemos preguntarnos si ahora no son los medios masivos de comunicación los que materializan (también) dicha situación (con la ausencia, en principio, de toda justificación); es así entonces que el sistema penal de garantías se dirigiría, claro está, a limitar el poder punitivo estatal y con ello evitar las estigmatizaciones propias de la pena de prisión y en su caso, bien podríamos pensar, si también la tarea limitadora debe efectivizarse respecto del poder demandante de pena de prisión alentada por los medios.-

Pero, no se trata de tener miedo ni a la opinión pública ni a la participación ciudadana, por el contrario la realidad mediática es actualmente insoslayable y es necesario reducir formas burocráticas permitiendo la participación de los ciudadanos (siempre dentro del marco de la racionalidad); pero al mismo tiempo debemos reconocer que se producen -en mayor o menor medida- alteraciones importantes de las conductas procesales (ya me expresé al respecto; impactos netamente

⁸⁸ A lo que corresponde añadir cierta función simbólica del enjuiciamiento penal en el marco del orden social.-

psicológicos inclusive y variaciones probatorias) en las situaciones emergentes de:

- la intervención de las víctimas en el proceso penal (objeto del presente trabajo)
- la filmación de los debates en su integridad (la grabación audiovisual del debate debería ya ser obligatoria, al menos en los casos criminales, dado que dota al sistema de una mayor transparencia)
- la inserción del jurado popular (me referiré brevemente a continuación)
- la intervención y presión de los medios masivos de comunicación (tarea pendiente del Poder Judicial para pensar y debatir sobre un tema ineludible)
- el reconocimiento de un poder punitivo autónomo de las víctimas (a lo que me he opuesto en la presente labor)

Vale tener presente tres cuestiones: a) el juicio penal es público (estatal) y de esencia no violenta e igualitaria, nació como un ritual (de castigo) y allí podemos encontrar otra nota esencial: b) la comunicabilidad, y ello se potencia en las sociedades actuales inmersas en una revolución comunicacional (la comunicación define a la propia sociedad actual), como así que c) el sistema judicial está en crisis y parte de la solución se encuentra en la necesidad de variar la forma de representarse ante el público. Una mayor participación ciudadana en la administración de la cosa pública judicial resulta ya necesaria (una menor “alienación” entre sistema y persona). Pero recalcamos aquí la necesidad de evitar la acentuación del fenómeno de la judicialización de las relaciones sociales, principalmente en lo que hace al empleo exacerbado del sistema punitivo formal (maximalismo penal que niega el principio garantista de intervención mínima) en los diferentes conflictos sociales, ya que el sistema penal provoca indudables victimizaciones (costo social), debiéndose limitar su respuesta cuando al misma resulte inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.-

En este sentido entonces, estimo que sería un dato fundamental a tener en cuenta la posibilidad de implementación del juicio por jurados

(arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional) a efectos de evaluarse, tras un debido debate público, las eventuales ventajas y conveniencias de tal sistema, lo que a priori podría traducirse en una mayor participación, no ya de víctimas (con los inconvenientes que se han venido reseñando a lo largo de la presente) sino de ciudadanos, quienes de este modo podrían tomar debida conciencia en la ardua tarea de juzgar penalmente a una persona acusada de la comisión de un ilícito, así por ejemplo, adquiriría real entidad en la conciencia ciudadana un dato o más bien principio fundamental: para condenar penalmente se requiere certeza positiva (en caso de duda, a favor del reo), pilar éste básico y estructural de todo sistema penal que se precie de constitucional.-

I.- A modo de CONCLUSIONES:

A continuación resumo ideas que se han ido construyendo a lo largo del presente trabajo, estimando que las mismas pueden, tal vez, lograr el objetivo aquí propuesto, que no es el descubrimiento de ninguna verdad, sino solamente ahondar en la discusión de un tema cuyas consecuencias teóricas y prácticas considero de suma importancia para su detenido examen y desarrollo por parte no solo de los operadores y estudiosos del derecho penal, sino también de la comunidad toda.-

- La democracia representativa actual debe garantizar que las discusiones que se encuentran girando en estos tiempos en torno al tema que aquí nos ocupa se dirijan a obtener ejercicios reales de pensamiento, fomentándose el verdadero poder político, el saber jurídico y las posteriores conclusiones objetivas y racionales. Con ello, se protege el Estado de Derecho y el sistema republicano democrático. La lucha contra la criminalidad nunca debe ir en desmedro del Estado de Derecho. Recobrar la confianza en el Estado de Derecho y el sistema jurídico global, importa reforzar un claro instrumento de adecuada y deseable convivencia social.-

- El control social penal debe ser visto como lo que es: un mero subsistema dentro del sistema general de control social, caracterizado lo penal por sus fines (prevención general negativa o positiva) y su instrumentación poderosa y de consecuente cuidado y cautela (las penas), por lo que el Derecho Penal debe limitarse a regular y limitar la fuerza pública que responde a ilícitos de envergadura, enmarcado en el cumplimiento estricto de aquellas garantías liberales que nacieron hace ya más de dos siglos, propias de un Estado de Derecho.-
- La posición aquí sustentada parte de la necesidad entonces de alentar la existencia de un Derecho Penal Mínimo caracterizado por tutelar solo bienes jurídicos trascendentales y únicamente sancionador de ataques graves a esos bienes, tramitando las restantes ofensas y lesiones por otras vías jurídicas o extrajurídicas.-
- El debate, entonces, debe centrarse en qué “faltas” pueden racionalmente considerarse delitos a reprimir por el costoso juicio penal y, a partir de allí, el Estado atender violaciones menores de la ley con otras vías posibles (justicia restaurativa, mediación, derecho civil, derecho administrativo sancionador, etc.), siempre respetándose las garantías e igualdad de condiciones de negociación entre personas titulares de derechos.- La directa identificación entre conflicto y delito puede acarrear numerosos peligros para la sociedad.-
- El sistema penal encuentra su razón de ser en la necesidad de minimizar la violencia arbitraria, informal y desproporcionada dentro de la sociedad, pero resulta ineficaz para atender y solucionar los conflictos sociales. A mayor desarrollo y tolerancia, necesariamente, menos violencia.- Aceptación racional de que el Sistema Penal posee necesariamente un límite en su contribución al Control Social de la delincuencia.-

- Subsidiariedad: El Derecho Penal (la más grave injerencia -claro está, siempre que sea racional- de los Estados sobre los derechos individuales) debe ocupar un lugar imperiosamente secundario dentro del sistema jurídico global (último segmento en la solución de conflictos graves) y no es el único ni el más adecuado medio para solucionar conflictos sociales, ni para prevenir delitos ni tampoco para reducir la violencia en la sociedad.- De esta manera, tal Derecho evitaría su continuo desprestigio social (menos “fama populista” y simbólica, y mayor prestigio y efectividad) y daría cuenta de un deseable realismo político que desnudaría deficiencias del sistema, ello como primer paso, para la solución de fondo de varios problemas.-
- Políticas sociales (programas de prevención de alto contenido social) y mecanismos jurídicos no penales deben ser respuestas prioritarias del Estado frente a los delitos (evitando la transformación de la Política Criminal en Política Social).- Es positivo que el movimiento de las víctimas logre generar atención y movilizar recursos para atender sus necesidades, pero al mismo tiempo no debe alentarse que el discurso político y, por ende, los recursos se dirijan sin más al desarrollo de un Estado eminentemente penal.-
- Cuantos más conflictos una sociedad derive irracionalmente hacia el sistema penal, como consecuencia de una incapacidad del poder político para dar adecuadas respuestas (populismo, supuestas “emergencias”, hipocresías electoralistas enquistadas), mayor grado de desintegración comunitaria (derecho penal que importa cierta carga de “crueldad dosificada” o en el mejor de los casos “racional”, menoscabadora en definitiva de la sociedad civil).-
- En la práctica, en lugar de un derecho penal mínimo, de última ratio, encontramos el fenómeno de expansión o inflación penal, alimentado por la importancia adquirida por los medios de comunicación en el aumento de la sensación de inseguridad en la

población y por la incidencia adquirida por las víctimas de delito como factor emotivo manipulado desde el poder político y mediático y caracterizado –generalmente- por su alta incidencia punitiva.-

- No dar predominio entonces a los castigos penales (por naturaleza y definición: subsidiarios), apostando al mayor valor integrativo social del derecho civil por sobre el penal (compensación) y otras formas o instancias (actualmente en crisis) de control estatal (derecho administrativo): la búsqueda de decisiones - resoluciones socialmente menos violentas es la fuente directa de legitimación del ejercicio de poder que importa todo sistema judicial y asimismo permite mantener el carácter civil y cohesivo de la sociedad.-
- La consideración a la víctima de un delito tiene que pasar a un primer plano en el marco estratégico de las políticas de Estado, la víctima no sólo es un informante (denunciante) y testigo con carga pública de comparecer a los estrados del tribunal actuante, sino que además el ofendido por el delito tiene un interés legítimo, una necesidad de justicia (que en el ámbito procesal se traduce a lo máximo en la producción de una sentencia justa ejerciendo facultades de control a través de recursos procesales contra la sentencia o cierre de la causa). La víctima, en primer término, es un sujeto titular de derechos (caso contrario, nos acercaremos al significado etimológico de la palabra “víctima” proveniente del latín: persona o animal destinado a un sacrificio religioso...,podemos cambiar “religioso” por “del sistema” y...las evaluaciones y conclusiones serán ciertamente fructíferas).-
- No deben contraponerse los derechos del acusado con los derechos de la víctima; la víctima de delito debe ser indudablemente instruida e informada sobre las características y fines del proceso penal, su marcha y evolución.-
- Considero necesario que el Estado asuma urgentemente su mayor o menor fracaso en la prevención del delito y con ello se fomente

su responsabilidad en tal terreno (acto de justicia promotor de solidaridad y cohesión), con la consecuente existencia de fondos públicos (conjuntamente con un sistema de seguros y/o indemnizaciones, fondos fiduciarios, etc.) para ofrecer a las víctimas de algunos delitos.-

- Las víctimas también necesitan urgentemente del Estado: atención sumamente especializada (interdisciplinaria inclusive) tras la comisión del ilícito (recuperación de su integridad personal: contención, resarcimientos proporcionales; rescate -médico, psicológico- del equilibrio emocional, físico y psíquico; asesoramientos; toma de conciencia del fomento vindicativo de los medios en algunos casos funcionales, etc. Es importante la tarea que en tal sentido han desarrollado algunas ONGs, sobretudo en el terreno de la discriminación y víctimas de delitos de lesa humanidad que no han fomentado la venganza y el poder punitivo. Un ejemplo importante: ¿necesitan las víctimas de la violencia familiar facultades en torno a un proceso penal para de dicha manera lograr (en el mejor de los casos?) satisfechos sus impulsos vindicativos (lo que no es anormal, por el contrario es propio a la naturaleza humana misma), o mas bien necesitan del Estado la atención especializada e interdisciplinaria reseñada anteriormente?.-
- Si bien la víctima de delito puede llegar a tener un mayor protagonismo en el sistema penal, esta situación en ningún caso debe traducirse en un menoscabo de los derechos del imputado o del condenado (necesidad de atención y adaptación respecto del conjunto de garantías jurídico penales del acusado).-
- Una especie de sobreexcitación de los derechos de la víctima en el marco del derecho penal y su instrumentación procedimental puede llegar a erosionar el sustrato del proceso penal del Estado de Derecho: el sistema penal se apoya en la pretensión punitiva estatal, un sistema en el que el ofendido nuevamente se erija en el

portador exclusivo de la pretensión punitiva significa una vulneración de garantías básicas propias del derecho penal liberal moderno.-

- Un Estado de Derecho pasa a ser un mero slogan: cuando se sacrifican garantías en pos de una supuesta eficiencia, cuando cada vez más conflictos el poder político deriva irracionalmente hacia el sistema penal (lo que a su vez genera mayor grado de desintegración comunitaria y mayor incapacidad para resolver los conflictos de manera real, no simbólica), cuando en lugar de procurarse y alentarse caminos alternativos a la solución punitiva (no violentos: reparaciones estatales, composicionales, etc) se potencia y se entroniza hipócritamente el “rol de víctima” hasta el punto de manipularla -en sus sentimientos mismos inclusive- lo que da lugar a conductas y decisiones políticas del poder (inmersas en un sistema comunicacional muchas veces perverso) que ponen seriamente en peligro el estado de derecho.-
- El Estado debe propender a reforzar el Ministerio Público Fiscal (conf. art. 120 CN) en lugar de legitimar, sin razones ni estudios suficientes, a terceros, ajenos al conflicto, para intervenir en un proceso penal, ocasionando serios desequilibrios en éste, echando por tierra el principio de bilateralidad propio del proceso penal (al menos en teoría).-
- La amalgama que puede darse en la víctima: parte y testigo (a veces como única prueba de cargo para decidir la suerte misma del imputado) afecta la virtualidad de la prueba testimonial, menoscabando principalmente su espontaneidad y por ende el análisis de su credibilidad y en definitiva el descubrimiento de la verdad procesal, debiendo tener un marcado protagonismo en cuanto a políticas estatales de prevención y respuesta del sistema legal en su conjunto.-

- Resulta saludable el reciente acercamiento de los sistemas de proceso penal a las enseñanzas de la Victimología en lo que hace a la disminución de los efectos de la victimización secundaria.-
- Dentro del marco de razonabilidad, debe propenderse, previos estudios serios, a la intervención ciudadana en la administración estatal de la justicia en lo penal; estimo que dicha tarea debe paulatinamente concretarse en la instrumentación de un juicio por o con jurados, como institución -ya sabida, constitucional- que permitirá brindar hacia el exterior mayor transparencia al servicio y lograr una mejor comprensión de la ciudadanía en la noble y trascendental tarea de juzgar y sentenciar, permitiendo incorporar en la ciudadanía las vitales ideas de juzgamiento, duda razonable, garantías, etc.-
- Debe evitarse toda puesta en riesgo de los logros de la justicia penal garantista y formal en manos de discursos instrumentadores de las reacciones supuestamente urgentes y universales, canalizadas por reacciones sociales en pro de tal o cual víctima de delito, muchas veces amplificadas por los medios de comunicación masiva.-
- La lógica mediática y cierto discurso de poder han impuesto (entre otros factores) una imagen determinada de la "justicia", encontrándose claramente menoscabada la esencia propia de la lógica judicial, afectándose la presencia misma de la legitimidad, entendida ésta como una herramienta fundamental para la vigencia misma del poder judicial y su manifestación en fallos, dictámenes y resoluciones, los que pese a estar fundados jurídicamente (correctamente o no, para eso se prevén los recursos) son atacados como tales, lo que implica sin más y sin exageración alguna una agresión al propio sistema republicano. Lo ya transcrito antes: Si la institución estatal Justicia existe, se justifica y es necesaria porque es la diferencia de la reciprocidad, y por ello puede cortar el peligro propio de ella, porque representa un poder

más allá de las pasiones de las partes, al someterse a la lógica mediática y reproducir el discurso de una parte, pierde su diferenciación. Diferenciación que es indispensable para la existencia y ejercicio de un Poder Judicial.-

- Si la información y la construcción de un discurso suelen indicarse como elementos fundamentales en el ámbito cultural y social actual, estimo que deben entonces apelar necesariamente a dichas herramientas aquellos bienintencionados que, desde un saber jurídico, sociológico, victimológico, etc., y con un contenido pensante objeto de debate cristalino, puedan aportar a la comunidad los datos necesarios para tratar de evitar los efectos perniciosos del actual estado del sistema de control social, del sistema penal en particular y de los mecanismos, necesariamente estatales, de resolución de conflictos, como así también del modelo político imperante basado en el estereotipo amigo – enemigo que conduce poco a poco a medios de control que se creían ya pasados (léase, superados). Vale decir, antes de acudir en inmediata, primera y directa instancia al sistema represivo penal debe propenderse a solucionar el actual descrédito que atraviesan las restantes instancias de control social para dar debida atención a los actuales y complejos problemas sociales.-

DR. RAÚL ALBERTO AUFRANC.-

INDICE:

A.- INTRODUCCIÓN	pág. 2
B.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA.	
LA VÍCTIMA. El ESTADO de DERECHO	pág. 5
C.- LO PROCESAL. LA PARTE QUERELLANTE	
BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL	pág. 14
D.- INCREMENTO DE LOS DERECHOS	
DE LA VÍCTIMA: DOCTRINA y PROCESOS PENALES ARGENTINOS	pág. 22
E.- LO PÚBLICO, EL DERECHO PENAL y EL PODER PUNITIVO	pág. 27
F.- LOS ASPECTOS PENALES y el RESARCIMIENTO A LA VÍCTIMA	pág. 33
G.- VÍCTIMAS y DERECHO PENAL MÍNIMO	pág. 45
H.- LO POLÍTICO Y LA VÍCTIMA	pág. 53
I.- CONCLUSIONES	pág. 62.-

BIBLIOGRAFÍA:

- Almeyra, Miguel "De Nuevo sobre el Querellante Particular", La Ley, 2006 C, pág. 121.-
- Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adan; "Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo", Ediciones La Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2.003.-
- Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal. Parte General" 2ª Edición, Hammurabi, Depalma Editor, BsAs, 1999.-
- Baratta, Alessandro; "Criminología y Sistema Penal", Euros Editores, BsAs, 2.004; y "Principios del Derecho Penal Mínimo" en Doctrina Penal, Ed. Depalma, BsAs 1987.-
- Bidart Campos, Germán J. "Los Roles del Ministerio Público y de la Víctima Querellante en la Acusación Penal", La Ley, t 1998-E, págs. 432 y ss.-
- Binder, Alberto; Maier, Julio; "El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Dr. David Baigún"; Editores del Puerto; BsAs, 1995.-
- Blasco, Bernardo del Rosal "¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad? El populismo penal, la víctima como nuevo icono" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> (marzo 2011).-
- Bovino, Alberto "Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo", Editores del Puerto SRL, BsAs, 1998.-
- Cafferata Nores, José I. "Proceso Penal y Derechos Humanos", Editores del Puerto SRL, BsAs, 2.000; y "Dúplica de Troya" en "Las Facultades del Querellante en el Proceso Penal: Desde Santillán a Strochi", Namer, Sabrina (comp.), Ed. Ad Hoc, BsAs 2008; y "¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción pena?", en La Ley T. 1998-E, 329 yss.-
- Cagni Fazzio, Juan Martín; "La administrativización de la coerción estatal. Desde una perspectiva de reducción del derecho penal", Editora Fabián J. Di Plácido, BsAs, 2006.-
- Castex Francisco "El Derecho a la Venganza (legal) y sus Límites", La Ley, 2006 F, pág. 644.-
- Copi Irving M., "Introducción a la lógica", 4º edición, 1º reimpresión, Edudeba, BsAs, 2005, traducción de Néstor A. Rodríguez, pág. 81.

- Creus, Carlos "Introducción a la Nueva Doctrina Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2003.-
- Deu, Teresa Armenta "Estudios sobre el Proceso Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, 1º Ed., Sta Fe, 2.008.-
- Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal Parte General", Editorial Rubinzal Culzoni, StaFe, 2006; "Teoría del Delito y de la Pena"; Editorial Astrea; BsAs, 2ª ed. act, 1.996.-
- Fainberg, Marcelo H.; "La Inseguridad Ciudadana. Violencia y Criminalidad", Ed. Ad Hoc, BsAs, 2.003.-
- Fedel, Daniel B., "El Recurso de Casación. Doble Conforme y Garantías Constitucionales", Ed. Cátedra Jurídica, Bs.As., 2009.-
- Ferrajoli, Luigi "El Derecho Penal Mínimo", trad. de Roberto Bergalli en Poder y Control, Ed. P.P.U, Barcelona, nro 0, año 1986;
- Garland, D. "La Cultura del Control", Ed. Gedisa, Barcelona, año 2.005.-
- García – Pablos de Molina, Antonio "Tratado de Criminología" Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª Ed., StaFe, 2.,009
- Gutiérrez, Hernán Mariano "La necesidad social de castigar" Editor Fabián J. Di Plácido, Bs. As., Año 2006.-
- Hirsch, Hans Joachim "Obras Completas Derecho Penal", T III, 1ª Ed., Rubinzal Culzoni Editores, StaFe, 2007.-
- Maier, Julio B. J.; "Derecho Procesal Penal", T I, "Fundamentos", Editores del Puerto, BsAs, 1.999; "Derecho Procesal Penal", T II, T II "Parte General. Sujetos Procesales", Editores del Puerto SRL, 1ª ed., BsAs, 2003; "Una Tarde con la Víctima" en "Las Facultades del Querellante en el Proceso Penal: Desde Santillán a Strochi", Namer, Sabrina (comp.), Ed. Ad Hoc, BsAs 2008.-
- Maier Julio B. Compilador: Roxin, C; Eser, A; Hirshc, H; Christie, N; Maier, J.B.J.; Bertoni, E; Bovino, A; Larrauri E.; "De los Delitos y De Las Víctimas", Ed. Ad Hoc, Bs.As, 1992.-
- Marquiori Hilda (Directora) "Victimilogía 7" Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2009.-
- Montiel Fernández "Peripetias Político Criminales de la Expansión del Derecho Penal" en "¿Tiene un Futuro el Derecho Penal? Editorial Ad Hoc, 1ª ed., BsAs. 2009.
- Piña, Roxana Gabriela; "La víctima en el sistema penal. Algunas Reflexiones en torno a la reparación como consecuencia del delito" en Revista de Derecho Penal – Rubinzal Culzoni tomo 2009 – 2, StaFe, 2.009.-
- Rusconi, Maximiliano "Derecho Penal. Parte General", Ed. Ad Hoc, BsAs, 2.007.-
- Schünemann, Bernd "Obras" Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, StaFe, 2009.-

- Silva Sánchez, J.M.; "Política criminal y nuevo derecho penal", J.M Bosch Editor, Barcelona, 1997; "La Expansión del Derecho Penal", 2º Ed., Civitas, Madrid, 2001.-
- Silvestroni, Mariano en "Teoría Constitucional del Delito", Editores del Puerto, BsAs, 2004
- Torres, Sergio Gabriel; "Derecho penal de emergencia", Ed. Ad Hoc, BsAs, 2008.-
- Vitale, Gustavo; "Proceso Penal Constitucional (Libertado durante el proceso, juicio abreviado, oportunidad y necesaria promoción fiscal de la acción) en "El Sistema Penal ante las Exigencias del Presente" Rubinza Culzoni Editores, Sta. Fe, 2004.-
- Zaffaroni, Eugenio Raúl "Delincuencia Urbana y Victimización de las Víctimas" Conferencia en el XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Criminología, 23 de julio de 2008. Barcelona, España. Fuente:www.eldial.com.-
- Zaffaroni, Maier, Vital, Elbert, Vázquez Rossi, Erbetta, León y otros en "El Sistema Penal ante las exigencias del presente. Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal", Rubinza Culzoni Editores, 1º edición, Sta. Fe, 2004.-
- Zaffaroni, Raúl Eugenio "La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar", Ed. Ediar, 1ª ed., BsAs, 2.011, pág. 501-

.