



EL ROL DE LA VICTIMA EN EL
SISTEMA PENAL:

“EL CAMINO DE LA EXPROPIACION
HACIA UNA NUEVA APROPIACION”.-

Profesor: MARULL, Francisco.-

Integrantes: Alonso, Verónica
Baldone, Matías
Ricard Richieri, Juan Pablo.-

2009

INTRODUCCION

Lo que ha simple vista pareciera una confrontación –si nos remitimos a la presentación del titulo de la presente tesis- adquiere, en el análisis general, profundizado en un contexto particular, una importancia no menor en cuanto al rol que en el sistema penal argentino juega la victima y el que a juicio de las nuevas tendencias y la realidad presente, debería jugar.

Obvio es que, cuando hablamos de “expropiación” lo hacemos en referencia a lo que en tal sentido marca la vieja tendencia en el Sistema Penal Argentino. Efectivamente, de un análisis generalizado de los Art. Del Código Penal surge- claramente- que toda vez que el Estado tome conocimiento de una situación en la que se afecten mandatos o previsiones que conlleven una pena, se prescinde de la victima, todo ello en tanto y cuanto es la misma Constitución Nacional la que asi lo establece.

Retomando el sendero de la lectura de los artículos de nuestro Código Penal, plásmese a modo de ejemplo de lo anteriormente expuesto, lo siguiente: “...*deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*” (Art. 71 C.P.), dejando sentado de manera manifiesta las acciones a las que podrá ser sometido el Funcionario Publico que así no lo ejecutare; evidenciándose- en una cuasi regla indiscutible- la carencia de valor en el proceso que se le otorga a la voluntad de la victima, lo que puede leerse con toda claridad como una expropiación en el proceso.

En nuestra turbulenta y mutante actualidad en la que la especificidad de las situaciones delictivas son tan disímiles, las nuevas tendencias reformadoras proponen e imponen un papel “activo” de la víctima en el proceso y ello se evidencia tanto a nivel internacional, nacional ó provincial; Estamos así- sin duda alguna- frente a un movimiento que

apunta a “activar” y “movilizar” el rol de la víctima encaminándolo- o por que no- impulsándolo a una “apropiación” del proceso.

Los aciertos y desaciertos que una y otra postura tiene en la ejecución del rol de la víctima son y serán- interpretamos que la cuestión así lo amerita- motivo de análisis agudos y perspicaces que darán en un futuro cercano una cariz diferente a la canalización de la interacción de la víctima. -

CAPITULO PRIMERO

Evolución Histórica-Jurídica.-

1.a-Concepto:

Antes de realizar una exposición minuciosa del tema que nos ocupa, es necesario dar una definición de “víctima” desde un punto de vista restringido y generalizado.

Jiménez de Asúa refería a la víctima “...como la persona que sufre las consecuencias de un acto, un hecho o de un accidente, pudiendo hacer extensiva dicha definición a que es víctima, la persona que también es lesionada en su cuerpo en sus bienes por otra”. (sic) 1

En esta inteligencia la víctima sufre física, psicológica y socialmente como resultado de una agresión a la que es sometida. En la materia hay un concepto generalizado internacionalmente, que entiende como “víctima” a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.-

1-Diccionario Jurídico- Tomo IV- GARRONE José Alberto.-

MENDELHSON, que lanzó la denominación “VICTIMOLOGIA” relaciona, solidamente a la “pareja penal” delincuente- víctima. Realizando una clasificación para el concepto de ésta última:

“a)-víctima inocente o ideal (nada ha hecho);

b)- víctima con culpabilidad mayor o por ignorancia;

c)-víctima voluntaria (culpabilidad igual al delincuente): “suicidio de suerte, suicidio por adhesión, eutanasia, incubo o súcubo suicida”;

d)-víctima más culpable que el delincuente: provocadora (homicidio pasionales cometidos por celos), por imprudencia (automóvil abierto que ha sido robado);

e)-víctima más culpable o únicamente culpable: (infractor culpable de homicidio por legítima defensa), simulante (propiciando el error judicial)”.- (sic) 2

1.b-Generalidades:

Al hablar de *víctima*, hoy, tanto en el Derecho Penal, o del *ofendido*, en el Derecho Procesal Penal; se trata del tema de moda de la política-criminal y, no se puede decir- sin un estudio del desarrollo evolutivo del Sistema Penal- que la víctima está por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal, ya que estuvo allí en sus comienzos cuando reinaba la *composición*, como forma de solución de los conflictos sociales. La víctima fue despojada abruptamente de ese pedestal por la

inquisición, que “expropio” todas sus facultades al crear la persecución penal pública, quitando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal. Ya no importaba aquí el daño real producido, la compensación del daño sufrido; aparecía la “*pena estatal*” como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción- en manos del Estado- que lo utiliza “*de oficio*”, sin necesidad de una queja extraña a él; el conflicto se había “*estatalizado*”.-

La víctima pasó a ser el convidado de piedra del Sistema Penal. La reparación desapareció de ese sistema, y quedó solo como objeto de la disputa entre intereses privados; el Derecho Penal no incluyó a la víctima, o a la reparación del daño, entre sus fines y tarea; y el Derecho Procesal Penal solo le reservó al ofendido un papel secundario y penoso: el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla de una “*expropiación*” de los derechos del ofendido- que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar junto a la forma política del Estado-Nación, al elegir a ese Estado como portador del monopolio legítimo de la fuerza; y en garante de las condiciones de vida pacífica elemental. Ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el derecho penal, consiguió reservar demasiados atributos de poder para la víctima. Es que el concepto “bien jurídico” establecido por la doctrina analítica del Derecho Penal, deviene en la anonimidad para la víctima, y así, el Derecho Penal se podía dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona. El conflicto se reducía a la relación *Estado-Súbdito*; en la traducción procesal persecución *Estatal-Imputado*.

Fue el *positivismo* criminológico el que resaltó la cuestión de una manera impropia cuando FERRI incluyó a la víctima y a la reparación entre

las funciones y tareas del Derecho Penal. La pena comprendía reparación de los daños y ésta era perseguida oficialmente- sin consideración al interés de la víctima. La idea se frustró al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales.

En nuestro derecho positivo con la injerencia del positivismo criminológico- según MAIER-, “...no sólo quedarón la determinación abstracta de la pena por escalas- cuyos mínimos y máximos distan bastantes entre si- y las medidas de seguridad; sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (C.P. art. 29 y s.s.), que provoco una regulación masiva de la acción civil reparatoria ejercida en el procedimiento penal por las leyes procesales locales o la tolerancia de su ejercicio en esa sede...” (sic)³; Pero es claro que el problema del daño causado y de su reparación mas, el conocimiento de la victima, juegan un papel importante para la determinación de la pena concreta (C.P. art. 41) y para la *rehabilitación* (C.P. art. 20 ter), y en materia procesal, para la admisión del ofendido como querellante en los delitos de acción privada (C.P art. 72).

Nos parece oportuno- y por que no aclaratorio- teniendo en cuenta lo expuesto up supra, que si bien en sus comienzos el Código Procesal Penal de La Pampa regulaba la figura del Actor Civil, actualmente dicho instituto fue suprimido por la Ley 1614/95 (la que ademas de suprimir la figura de mención, incorporó al Querellante particular como asi, realizo una especificación expresa de los Derechos de la víctima y el testigo). Creemos podriamos encontrarle fundamento a esta reforma, trayendo a colación la exposición de motivos del Código Procesal de Neuquén: “*Es hoy inadmisibile en matweria penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interes pecunario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que*

llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han recibido la suma en la que se consideraban perjudicados”. (sic)⁴

Retomando el tema podemos establecer que no se trata de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. A la escena del debate penal actual, la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo. Entre los primeros se cuentan la victimología, cuyos cultores han logrado construir una rama científica independiente, y diferentes escuelas que procuran cierta **“despenalización”**; la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (diversión). Encontrándonos en esta línea también a los **Abolicionistas**; autores para quienes no se trata de ingresar la reparación al derecho penal, sino de desplazarlo completamente, reemplazando a la pena por otras soluciones (la reparación) para el conflicto. Entre los factores negativos, todos cuentan el fracaso de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social terapéutico. El papel de la víctima es un problema del Derecho Penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca; y por fin de los medios de

3- De los delitos y las víctimas- capítulo “La víctima y el Sistema Penal”, cit. Pag. 188- MAIER.-

4- La víctima del delito en el Proceso Penal Latinoamericano- capítulo “Situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina”, cit. Pag. 33- Pedro J. BETOLINO.-

realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el derecho procesal-penal. Se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Debemos traer a lectura un inconveniente que pone en juego la frontera entre el derecho privado y el derecho penal, de la mano de dos reacciones características de cada uno de ellos, la *reparación* y la *pena*. Para nuestra cultura actual la separación de ámbitos de relaciones es evidente en el orden jurídico, puesto que solo podrá surgir de la manifestación a la pregunta sobre la respuesta racional al fenómeno delictual con una u otra reacción, o con ambas a la vez, y no de la solución conceptual, especulativa, que demos al dilema. Hoy según MAIER, existen modelos casi “privados” en el derecho penal (las acciones privadas) y “penales” en el derecho privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral).

Al Derecho Penal-estatal no le preocupa- o ha perdido interés- sigue diciendo MAIER, en la llamada “delincuencia de bagatela”, que procura solucionar con medios mas próximos al derecho privado; y este sobre todo en el ámbito del procedimiento judicial, reclama con acento reformista, con un subido tono oficial.

La discusión- según se desarrolle en uno u otro ámbito adquiere diversas formas que deben considerarse. La discusión principal en el derecho penal se vincula con la “reparación integral” del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos, el ingreso al catalogo de reacciones del derecho material, sea como reemplazo o suscripto de las penas tradicionales: privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización.

El tema en el derecho procesal penal, es conocido a través de la participación acordada “*al ofendido*” en el procedimiento penal o de su

“*posición*” en el, la que se reconoce en la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial juntamente con el Ministerio Público, o adhiriéndose a su postura. Se debería privilegiar la reparación a él debida- antes que la reacción penal- esto al menos en los delitos de importancia media o leves.-

En el procedimiento penal, se menciona a quien ha sufrido el daño del hecho punible, como ofendido; en el Derecho Penal se lo nombra como Víctima. Sin embargo son utilizadas como sinónimos.

La cuestión consiste en una ampliación considerable del concepto de víctima u ofendido, valido también para aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos transindividuales (colectivos o universales). Se trata- según se observa- de un tema político-criminal, que hoy a llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal que son de extrema importancia: el derecho penal en su conjunto, casi se podría decir, “era enemigo de la víctima”. En el sentido de que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito; privilegio que en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aún cuando tuviere buenas posibilidades e intenciones para ello. Hoy el movimiento reformista exige, como meta final, alcanzar una inversión de la situación, privilegiando la reparación, en todo caso individual, por sobre el interés estatal en la pena. Si el fin propuesto es mejorar la posición de la víctima no puede obviarse el reformular el Sistema Penal en su conjunto, sus fundamentos: así, los fines expropiatorios o preventivos de la pena y la función del derecho penal; la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (derecho penal y derecho privado); los fines del procedimiento penal, la relación de sujetos procesales entre si; de allí la dificultad para tomar decisiones de operación práctica, pues hasta ahora las soluciones halladas no han rendido demasiados frutos.

Adviértase también, que estas desiciones, que se tomen en el nivel del derecho penal material preceden a los instrumentos. Esta es la razón por la cual antepone a toda exposición sobre la posición jurídica del ofendido en el procedimiento penal, una reflexión de carácter político-criminal referida, fundamentalmente el derecho penal material.-

CAPITULO SEGUNDO

El Ofendido: su ubicación en el proceso.

2.a- Perspectivas desde el Derecho Penal Material:

“Algunos esperan- cuando menos vaticinan para un futuro mas o menos lejano- un privatización del Derecho penal; la reparación toma allí el lugar de la pena y desplaza no solo a esa reacción sino, en general, a la aplicación del Derecho penal; la composición privada del conflicto, en cambio, toma lugar el lugar del procedimiento penal”. (sic)⁵

En un Derecho Penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales donde conviven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido será promovido a una figura central dentro del procedimiento.

Este tipo de propuestas de un derecho penal “privatizado” son escasas y de extensión muy diferente; los *Abolicionistas* dentro de una postura minoritaria se refieren a la privatización del conflicto social, base del caso penal, como una solución integral, pretenden reemplazar al

5- Derecho Procesal Penal- Tomo II parte general Cap. XIII Pag. 579- MAIER.-

derecho penal como forma de solución de dichos conflictos para ya no confundir, reparación con reacción penal. Otros menos radicales en sus soluciones colocan cierta clase de delitos “*fuera de acción*” cuando se logra la composición entre autor y víctima, y sobreviene la reparación; una propuesta similar a la anterior pero reducida en su ámbito de aplicación: la despenalización de ciertos comportamientos. Ambas propuestas sobreponen la reparación a la pena, invirtiendo así modelo penal. La primera crítica a estas posturas advierte que la solución privada de los llamados delitos del Derecho penal o hechos punibles, deja un plus de injusto sin remediar. La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas de la irrupción del Derecho penal autoritario, y disolver el Derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales solo saldrán victoriosos los más fuertes.

Frecuentemente y en contrario sentido, se piensa también en una “*publicización*” de la reparación civil, esto es constituir a la reparación en una pena al lado de las ya existentes integrando el catálogo sancionatorio del derecho penal.

Para llegar a convertir a la reparación en una pena, sería preciso otorgarle el carácter de una intervención coactiva estatal, lo que la privaría de su característica principal: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio. Sin embargo la reparación, supuesto el reclamo de la víctima o del portador del derecho reparatorio, se convierte en coacción estatal cuando se agotan los caminos del acuerdo.

En verdad, apartando el resultado del procedimiento penal, el derecho civil conoce reglas reparatorias del daño que funcionan “*objetivamente*”, en el sentido de que su principio fundante no es el reproche del comportamiento injusto, sino el del enriquecimiento- tanto sea un aumento, como una disminución- de un patrimonio a costa de otro, sin causa legítima que lo autorice.

¿En que medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación?, constituye la verdadera pregunta a responder. No se trata en principio de que la reparación describa otra función para el derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento para cumplir los fines preventivos que se adjudica el derecho penal.

Sin embargo MAIER sostiene que manteniendo la concepción de pena estatal y del derecho penal como forma de control social directo, la reparación solo puede aspirar hacia un lugar secundario dentro del sistema, no por ello menos necesario y cada vez mas importante.

No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al statu quo ante. En verdad, esta es, teóricamente la respuesta ideal. Si el derecho quiere conservar el estado del mundo hoy existente, para lo que prohíbe ciertas acciones, lo mas adecuado es dejar que la gente o el omitente reparen la consecuencia de su obra o de la falta de acción debida, y coloquen al mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su injerencia. El mismo proceso, en sentido inverso, ocurre cuando el derecho desea que el mundo cambie, y para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado normal o manda a obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurara entonces colocar al mundo en la posición deseada; estas son proposiciones políticas racionales.

La reparación, es así, una meta racional propuesta como tarea del derecho penal, e incluso para el actual derecho positivo, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la victima para resolver el conflicto.

El ámbito de los hechos punibles de mediana gravedad, el de los delitos leves, y el de los autores que no pueden considerarse que ejercen una profesión delictiva (carrera criminal), es hoy en día, el área natural de

influencia de la reparación en el derecho penal; con esta discusión se intenta fijar ciertos límites racionales sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, y no de la abolición del sistema mismo.

2.b- Incidencia del Derecho Procesal Penal:

En el ámbito universal, ya no son defendibles aquellas perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal, bajo el prejuicio justificante de su expulsión inicial: la venganza privada o el procurarse represalias, razones que al fin y al cabo representan una suerte de retribución privada. Este prejuicio nunca ha sido demostrado- por el contrario- si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada, se puede decir que la figura de víctima “vengativa”, no existe o existe en sus justos límites: en primer lugar, la víctima tiene derecho a la disculpa del agresor, y en segundo lugar a que él le repare el daño causado por su acción, así como también tiene el derecho a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, en la búsqueda de la verdad.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento se vincula a la posición del imputado, debilitada por la incorporación de un nuevo acusador- cuando no de varios. Este argumento ha sido sostenido, pues, en la situación ideal un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, la Fiscalía, auxiliada por la policía, desbalancea las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, son necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente la balanza. Según MAIER existen solo dos soluciones básicas del problema. La primera

consiste en eliminar este incremento, solo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema como vimos, quedara allí subsistente, debido a la persecución penal oficial. Eliminar a la víctima del procedimiento, sin embargo, no es sencillo para el derecho procesal penal, pues la tarea adjudicada a este convierte en necesaria su asistencia; el derecho procesal penal a podido arrasar con sus facultades- como sujeto de derecho en el procedimiento- pero no ha podido prescindir de ella; al punto tal que la mayoría de los casos ingresan al proceso penal por su información (denuncia o querrela). En el procedimiento oficial, su papel parece opacarse con posterioridad, hasta pasar a ser un actor de reparto; empero, si se trata de un juicio empírico, serán con seguridad pocos los casos en los cuales el Estado logra conducir un procedimiento hacia su meta sin el concurso del ofendido: tanto durante la investigación preliminar, como durante el juicio, será necesaria su presencia; de allí que se haya puesto cuidado en reafirmar su obligación de comparecer y declarar.

La segunda solución consiste en tolerar dicho inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos queda claro, que aquello que rompe el equilibrio no es, la intervención privada, sino, la persecución penal oficial dotada del monopolio de la fuerza pública.

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que el ingrese al procedimiento, dado que en este punto gobierna la autonomía de la voluntad privada. Es por ello que todas las “alternativas a la justicia”, que intentan transformar la justicia estatal, por ineficiente, con mecanismos informales de superación de los conflictos, conceden a la víctima un papel central en su solución pacífica. De todos

modos de lo expuesto, resulta que el papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento.

Se desprende ya- de aquello que fue expresado- la existencia de dos caminos para incorporar a la víctima al procedimiento penal. El primero consiste en conceder poder real al ofendido sobre el caso concreto. Es el camino de la “privatización” del derecho penal, en mayor o menor grado (acción privada o instancia privada, o bien, la misma autorización estatal). El segundo camino consiste en tolerar la persecución penal pública y explicar de que manera puede insertarse la víctima en el procedimiento penal y cuales son las facultades que a ella se le debe conceder. A esos caminos se debe agregar la posibilidad, alternativa o conjunta, de incorporación de la pretensión reparatoria civil al procedimiento penal (ejercicio de la acción civil).

La admisibilidad de las acciones penales privadas es desde cualquier ángulo de observación la excepción mas profunda, y a la vez la mas pequeña en extensión, de la regla básica que gobierna la comprensión y estructura del procedimiento penal común: oficialidad = reacción directa del Estado ante la noticia criminis y apropiación del conflicto para su solución, de oficio. El derecho penal se aproxima aquí, del modo mas cercano posible sin perder su identidad, al derecho privado. Esa vía es, por ello, la mas recomendable para cumplir propósitos de “privatización” en el derecho penal.

La llamada privatización del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto del interés comprometido; se necesitaría una adecuada noticia a la víctima de la decisión estatal y en su caso, un plazo especial, respecto de la prescripción, si se lo considera

necesario, para que el ofendido exprese su voluntad de perseguir penalmente.

No se trata de reconocerle al ofendido derechos relativos a la persecución penal autónoma (acción privada) o sobre la persecución penal oficial (instancia privada), sino de auxiliar a la víctima para que logre, sin demasiados esfuerzos, una reparación que merece, según el daño causado, o la disculpa del agresor cuando solo ella es del caso.

Independientemente, otra de las soluciones propuestas es el anexar al procedimiento penal un procedimiento especial de restitución o de conciliación. Con algunas deficiencias, nuestro derecho positivo, conoce instancias conciliatorias previas, para los delitos de acción `privada; un procedimiento de este tipo debería ser incorporado incluso para ciertos procedimientos por delitos de persecución oficial siempre antes de la apertura del juicio, quizás también antes de la acusación, o como finalización de la investigación preliminar, a pedido de cualquiera de los interesados, en todo caso el procedimiento e debe llevar a cabo ante un juez excluido de integrar eventualmente, el tribunal del juicio o ante un arbitro, con el objetivo principal de impedir que el contenido material de este procedimiento influya en la sentencia. El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. –

CAPITULO TERCERO

El ofendido en el Derecho Positivo Argentino.-

3.a-Presentación del problema:

La ley penal material al mismo tiempo que impone un deber, de obrar o de abstenerse de obrar, concede solo al Estado- por intermedio de los órganos públicos que la ley (orgánica) procesal instituye y organiza para ello- la facultad de promover la persecución penal por la lesión culpable de ese deber y de perseguirla hasta la culminación de ese procedimiento.

Se ha planteado la necesidad jurídica de incluir al ofendido como acusador en procedimientos por delitos de acción pública, con base legal en el Art. 72 del C.P. donde se establece la necesidad de la instancia de la víctima para perseguir ciertos delitos de acción pública, la regla prescribe: “...no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado...”. Según la doctrina mayoritaria la ley procesal penal solo puede facultar a otras personas, para intervenir en el procedimiento penal, con ciertas limitaciones. En principio el Derecho penal Argentino no consiente, salvo excepciones precisamente establecidas por la ley, que la voluntad del ofendido, por si mismo o en conjunto con la voluntad del autor, inhiba la persecución por el Estado de un delito de acción pública, la renuncia a la acción penal y, antes bien, el perdón de la pena solo están previstos, para los delitos de acción privada.

Por lo tanto, según lo expresa MAIER “...*si no suceden cambios en la ley penal, que legitimen de manera principal al ofendido para perseguir a su ofensor por un delito de acción pública, junto con el Ministerio Público o en su reemplazo, su papel en el procedimiento se debe limitar al de un interviniente adhesivo o coadyuvante, que coopera con el Ministerio Público pero nunca lo sustituye, en casi perfecta equiparación con el tercero adherente simple, de la legislación procesal civil*”. (sic)⁶

La argumentación político-criminal denosta la participación de la víctima bajo la afirmación de la necesidad de evitar el ingreso de la venganza privada al procedimiento penal.

3.b-Voluntad privada:

Este es, el ámbito propio que la ley penal reserva a la vigencia de la autonomía de la voluntad individual; el acusador estatal y los órganos de persecución penal del Estado son desplazados de su papel de acusadores y el Estado, solo conserva el papel de monopolizador de la violencia, de la fuerza pública, en el sentido de evitar que el conflicto social producido se dirima por el ejercicio de la violencia. A ello cabría agregar el valor de la voluntad del ofendido para la aplicación de ciertas consecuencias jurídicas del hecho punible, como por ejemplo, la publicación de la sentencia o retractación en los delitos contra el honor, pena accesoria o reparación.

6-Derecho Procesal Penal- Tomo II Parte General- Cap.XIII Pag. 638-
MAIER Julio B. J.

Unos pocos delitos dependen de la instancia privada del ofendido para poder ser enjuiciado, son ellos:

- Ciertos ataques a la honestidad o contra la libertad o la capacidad de discernimiento sexual;
- Ciertos ataques contra la integridad corporal o la salud;
- El llamado impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

Según se observa la concesión al principio de la autonomía de la voluntad particular es mínima y no varía sustancialmente el sistema general.

El ofendido puede introducirse al procedimiento penal y participar en él si pretende la reparación del daño material y moral provocado por el delito que constituye su objeto. Nuestro país tiene ya una larga tradición referente a la inclusión de la cuestión civil, en el procedimiento penal, como accesoria al mismo.

La facultad de constituirse como actor civil en el procedimiento penal le corresponde, en principio, al ofendido y en su caso, a sus herederos. Si planteada la acción civil en el procedimiento penal, este no puede proseguir por un impedimento procesal queda expedita la otra vía.

La acción civil para la reparación del daño, es ejercida en el procedimiento penal: ella debe estar pendiente para ejercerla, en caso contrario deberá ser ejercida ante los jueces competentes en materia civil.

CAPITULO CUARTO

El Querellante.-

4.a- Su posición en los delitos de acción pública:

Se denomina querellante a la persona que, además del ministerio público fiscal, esta autorizada por la ley a perseguir penalmente en un procedimiento penal. Esta definición por exclusión, se vincula al hecho de que el Derecho argentino legitima a ciertos órganos estatales diferentes del ministerio publico fiscal, a intervenir en el procedimiento penal como persecutores (actores) penales, en ciertas zonas o delitos particulares del ámbito de los hechos punibles, al lado de la fiscalia y con las facultades concedidas por la ley procesal al querellante.

Ellos son, sin embargo, casos de excepción –pues el órgano de la persecución penal estatal, en los delitos de acción publica, esta siempre representado por la fiscalia-, previstos expresamente por una ley, razón por la cual pueden ser dejados de lado.

En los llamados “delitos de acción publica”, incluidos los dependientes de una instancia para su persecución, se denomina querellante –o querellante particular, o acusador particular-, en principio, a la persona, de Derecho publico o privado, portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento,

esto es, sintéticamente, al ofendido por ese hecho punible, en el lenguaje usual para Derecho procesal penal, o a la víctima del hecho punible, en el lenguaje usual para el derecho material. Tal definición básica emerge del texto de la propia ley procesal que, concede la posibilidad de perseguir penalmente a “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública...”.

El querellante en los delitos de persecución penal oficial se desempeña como acusador, al lado de la fiscalía o en conjunto con ella, pero autónomamente. En general se describe su función mediante una equiparación de facultades con las de la fiscalía, acusador nato del procedimiento común, empero, el querellante no posee las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el ministerio público fiscal o su auxiliar, la policía. Tampoco alcanzan al querellante ciertos deberes o facultades funcionales de los funcionarios de la fiscalía o policiales, como las obligaciones de obrar con objetividad y lealtad en el procedimiento o el deber que le impone el principio de legalidad, propio de la función, y la facultad de recurrir a favor del imputado.

La ley describe y circunscribe su actuación cuando explica que le corresponde “impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este código se establezcan”, facultades que definen su papel genérico con el procedimiento.

En el Derecho Positivo Argentino, el querellante puede acusar autónomamente- esto es- sin depender de la acción que decida emprenderle el Ministerio Público Fiscal al finalizar la investigación preparatoria. Si ambos acusan, requiriendo la elevación de la causa a juicio, y los requerimientos no coinciden en cuanto a los elementos que lo integran, ambas acusaciones serán, eventualmente, objeto del juicio y el imputado deberá defenderse de ambas hipótesis.

Durante el juicio publico reina el principio de igualdad de posibilidades para todos los intervinientes, razón por la cual el papel del querellante puede ser equiparado a aquel que cumple el representante del ministerio publico fiscal y sus facultades son idénticas. Sin embargo, la incomparecencia del querellante o de su representante al debate, total o parcialmente, no provoca la suspensión del juicio.

Quien desee asumir el papel del querellante en un procedimiento por delito de acción pública debe concretar su requerimiento antes de la clausura de la instrucción preliminar o de la investigación penal, se trata de un plazo de actividad, cuyo término final provoca la caducidad de la facultad concedida.

Se debe también aclarar que la omisión de querellar no perjudica para nada la acción civil restitutoria o reparatoria, mas allá de la perdida de la oportunidad de demostrar la imputación de la cual emerge el daño; y, asimismo, la acción civil, aun ejercida en el procedimiento penal, no implica la necesidad de querellar. Quien interviene en un procedimiento penal como querellante solo pierde el derecho a intervenir en el por renuncia expresa o por abandono de la querella, por su muerte y por la sentencia firme que concluye el proceso de conocimiento, pues el no esta autorizado a intervenir durante el procedimiento de ejecución. Mas allá de ello el querellante pierde también el derecho a intervenir o a proseguir como acusador en el procedimiento, en el Derecho positivo argentino, por haber renunciado a la acción civil o por hacer convenios sobre el pago del daño, cualquiera que sea la naturaleza de la transacción.

Al margen de sus responsabilidades relativas al daño material o moral producido por la actividad de querellar, propias de la ley civil, y de los hechos punibles en que puede incurrir con su querella, según el Derecho penal, la responsabilidad procesal básica del querellante se circunscribe a

las costas del procedimiento cuando resulta vencido en el o en un incidente producido durante su transcurso.

Las leyes procesales penales aclaran siempre que la asunción del papel del querellante en un procedimiento no exime del deber de testimoniar a quien interviene en el como tal.

4. b –Su posición en los delitos de acción privada:

En los delitos llamados de acción privada, quien puede querellar es el dueño exclusivo, con su voluntad, del poder de someter a alguien al procedimiento penal y a la decisión de los tribunales en un caso concreto. Por esta razón, el es también el único que puede conducir, como acusador, el procedimiento hacia la sentencia, motivo por el cual, según especificaremos mas adelante, su falta de voluntad para continuar la persecución penal, por su renuncia expresa a perseguir o por ciertas omisiones de cumplir determinados actos fundamentales del procedimiento conduce a la finalización de la persecución penal. De esta manera, el actor penal privado, en estos casos, excluye la persecución penal estatal y, con ello, la actividad de su órgano específico, el ministerio público fiscal, razón por la cual ha merecido entre nosotros el nombre de querellante exclusivo, para diferenciarlo del acusador particular que opera en los delitos de acción pública.

El ofendido por el hecho punible objeto de la querrela es quien posee la legitimación para perseguir la condena del culpable, en el mismo sentido tradicional con el cual antes lo definíamos para la querrela por delito de acción pública: portador del bien jurídico protegido por la prohibición o el mandamiento o, mejor aun, agraviado, como lo menciona la ley penal,

como portador del interés jurídico concreto que la acción o la omisión lesiona o pone en peligro.

El procedimiento por delito perseguible por acción privada es, en relación a la disciplina jurídica del procedimiento penal común como el proceso de conocimiento del Derecho privado; el procedimiento nace con la acusación del querellante (querrela) y, después de ciertos trámites específicos, desemboca en el debate oral y público, fuente de la sentencia.

La actividad del querellante finaliza normalmente con la sentencia, de condena o de absolución, y, eventualmente, después de los recursos interpuestos por el querelante o el querrellado contra la sentencia- pues- según ya advertimos- éste no interviene en la ejecución penal- salvo para evitarla al expresar su perdón y así extinguir la pena. Empero, su renuncia a la persecución penal antes de iniciado el procedimiento o durante el después de iniciado, siempre previa a la sentencia firme, extingue la acción penal y, con ello, obsta a la punibilidad del eventual delito.

Por último, el querellante asume la obligación eventual de cargar con las costas del procedimiento, en caso de resultar vencido, salvo el supuesto de excepción consistente en que el tribunal lo exima de esa condena, total o parcialmente, cuando según su apreciación fundada, haya tenido “razón plausible para litigar”.

4. c - La acción civil:

Más allá de la eficacia de los mecanismos establecidos para lograr el fin de que el autor de un hecho punible o los partícipes en el reparen los

daños sufridos por la víctima, nuestro sistema penal y sus reglas positivas reconocieron siempre a la reparación como instituto del que debía ocuparse el Derecho penal y a la acción civil *ex delicto* como posible de ser planteada en el procedimiento penal, al lado de la persecución penal oficial o privada.

La acción civil *ex delicto* ejercida en el procedimiento penal tiene carácter accesorio respecto de la persecución penal: ello significa que solo puede ser ejercida mientras esta última, considerada principal, este pendiente, esto es, es solo posible una vez iniciado el procedimiento penal (promovida la persecución penal pública o privada) y caduca con la clausura del procedimiento penal por cualquier razón, caso en el cual el actor que desee insistir puede hacerlo en sede civil.

La acción civil pierde su carácter de accesoria a la persecución penal con la sentencia, aunque ella absuelva al imputado. En efecto, la regla que impone al tribunal decidir la cuestión civil planteada, por rechazo o admisión de la demanda, aun en el caso de absolución del acusado, deja subsistente la acción civil aun en el caso de que no prosiga la persecución penal. Con ello, la cuestión civil adquiere el carácter de principal, al lado de la penal, prácticamente una vez iniciado el debate, pues la forma de decisión que corresponde frente al debate es la sentencia, absolutoria o condenatoria, aun en el caso excepcional de que no tenga sentido seguirlo sobre la cuestión penal, como ocurre, por ejemplo, ante la extinción de la acción penal durante su transcurso: principal pretende significar, en este contexto, que se deberá resolver obligatoriamente la cuestión civil, a pesar de que la persecución penal carezca ya de sentido o haya cesado prácticamente.

El actor civil no debe fundar necesariamente su demanda en el hecho punible objeto del procedimiento penal con todos sus elementos y excluyendo a otros, importantes para la decisión de la cuestión civil; le basta con fundar su demanda en el mismo hecho histórico (acontecimiento)

y en el carácter de ilícito civil de ese hecho, o puede fundarla, alternativamente, en ambas características, la de ser un hecho ilícito penal y civil, pues lo determinante para la condena a consecuencias de Derecho privado no es, precisamente, que el comportamiento del autor constituya un hecho punible, sino, antes bien, que las reglas del Derecho privado tornen al demandado responsable por el daño producido y, como consecuencia, lo obliguen a reparar. Para unir la acción civil resarcitoria a la persecución penal solo es necesario que el comportamiento concreto que provoco la persecución penal sea históricamente único respecto del que pone en juego la acción civil, pero ello no implica que todos los elementos de una y otra persecución judicial sean necesariamente idénticos.

El contenido de la pretensión ejercida mediante la acción civil *ex delicto*, es: la reivindicación o restitución de la cosa obtenida por el delito en poder del autor del mismo; la reparación del daño provocado por el delito, que a su vez comprende: la reparación natural o reposición de las cosas a su estado anterior, o a opción del damnificado, una indemnización equivalente en dinero, aquella ganancia de que fue privado el damnificado por el hecho punible, denominado “perdidas e intereses”, y el agravio moral ocasionado a la víctima.

CAPITULO QUINTO

Derechos de las victimas

5. a- Incidencia del tema:

La tendencia político-criminal que ha conseguido devolverle a la victima su papel de protagonista del hecho punible, insiste en lograr reglas que le aseguren una posición de privilegio en la consideración del hecho punible, pero, sobre todo, en el procedimiento estatal de persecución penal, incluso por fuera de sus posibilidades de intervenir en él.

Tal tendencia es multifacética y no implica, por el momento, un movimiento único dirigido a un fin determinado: en ocasiones se manifiesta en reacción frente al autor, en otras oportunidades en derechos frente al Estado y aun en otras, en privilegiar la reacción del autor, favorable al interés de la victima, frente a la actuación del sistema penal.

El hecho trágico de la desaparición de personas en nuestra vida social e institucional- hoy convertido en delito internacional- ha conducido a la jurisprudencia argentina a admitir el derecho de las víctimas o, mejor dicho, de sus familiares; a conocer la “verdad” acerca del hecho punible presunto- del destino final del cuerpo de las personas privadas de libertad- en principio, por órganos del propio Estado. Así como de requerir para ello la investigación judicial pertinente, aun cuando resulte imposible la persecución penal de autores y partícipes, de hecho o por decisión estatal.

La proposición máxima frente al Estado consiste en que él sea responsable, ante al fracaso de su deber genérico de brindar seguridad a los

habitantes, del deber de reparar inmediatamente el daño sufrido, sin perjuicio de que el Estado pueda regresar contra el autor. Este, sin embargo, ha dado una respuesta de menor compromiso final, pero igualmente valiosa, cuando ha reconocido, al menos, corresponsabilidad (fracaso de los mecanismos de prevención) derivada de su deber de brindar seguridad común, por el acaecimiento de hechos punibles; en Argentina podemos mencionar la experiencia del Centro de asistencia a la víctima del delito, creado por la provincia de Córdoba.

Una clasificación correcta de los derechos de la víctima debería ser, según MAIER, en: derechos relativos a la información (como los de ser notificado de los actos principales del procedimiento, aquellos que los concluyen o clausuran), derechos de intervención (como el de tomar la palabra al final del debate, si esta presente en el), y derechos de protección (como el de ser interrogado en su residencia cuando por su edad, su condición física o psíquica no le permitan racionalmente concurrir al tribunal).

CONCLUSION.-

Si bien a lo largo de la historia como hemos expuesto, el derecho penal y la política-criminal, le han “expropiado” las riendas del proceso a la víctima; actualmente somos partícipes de un resurgimiento de este rol, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales poseen jerarquía constitucional frente a lo dispuesto por el Art. 75 Inc. 22 de la C.N., mencionando previsiones tales como los art. 7 y 8 de la Declaración Universal de los derechos humanos; Art. 17 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); que aluden a una serie de derechos con que cuentan las víctimas en el proceso y que generan los denominados “*Derechos de las víctimas*”.

Esta tendencia de inclusión del sujeto “víctima” en el proceso también se haya presente en las últimas reformas procesales de muchos códigos; siendo de interés mencionar el proyecto de reforma del código procesal penal para la Provincia de Corrientes, el cual en su art. 96 establece la calidad de víctima; así como el C.P.P.N. en sus Art. 79, 80 y 81.-

Una muestra clara de esta tendencia es el Fallo (268-266) dado por la C.S.J.N. en el caso “Santillán” (13/08/98), que establece; “...la exigencia de acusación como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formule, razón por lo cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación...”

Estamos, entonces, frente a un tema de moda pero, incuestionablemente de difícil solución. Para el lego que observara o leyera la problemática del rol de la víctima la opinión apuntaría,

obviamente, a concluir sobre la injusticia del sistema, a la carencia absoluta de derechos de quienes resultaren “victimas” en cualquier proceso penal cayendo así en estos u otros despropósitos por el estilo, producto de una lectura pendular del tema.

No desconocemos en modo alguno la expropiación que el Estado ha efectuado del papel que juega la victima en el proceso como así también que debe, imperiosamente, atender a esta cuestión apuntando directamente al equilibrio de la balanza facilitando a la victima la “apropiación” del proceso.

En ese sentido coincidimos con MAIER, en su razonamiento sobre la reforma del sistema penal en su conjunto, en un todo, puesto que no puede-tampoco- dejarse librado todo el proceso a la victima so pena de caer en una situación que, aun cuando a simple vista pareciere la contracara de lo que se busca, tendría efectos tan contraproducentes, inadecuados y mas que injustos, como aquella; esto es correríamos el riesgo de que el mas fuerte domine al mas débil, caminando así, aun desde otro punto de partida, hacia el lado opuesto del fin buscado: **la reparación del injusto.**

Así podemos afirmar, que actualmente somos partícipes de un cambio de “expropiación” a “apropiación” de la victima del proceso; atento a lo establecido ut supra referente a los tratados internacionales suscriptos por nuestro estado nacional. A nuestro entender, ese cambio deberá darse en forma paulatina y- si bien aun debemos esperar por ello- no puede adeudársele por mucho tiempo mas a la victima. En ese punto no se plantearia la problemática ni la pregunta como “versus”, sino debería apuntarse a un cambio real si, pero que se enmarque en lo que conlleve a la mejor y mayor aplicación de la justicia para quien resulta victima.-

INDICE

- Introducción..... Pág. 1

- Capitulo 1º- Evolución Histórica-Jurídica..... Pág. 3
 - 1.a- Concepto..... Pág. 3
 - 2.b- Generalidades..... Pág. 4

- Capitulo 2º- El ofendido..... Pág. 11
 - 2.a- Perspectivas desde el Derecho penal material..... Pág. 11
 - 2.b- Incidencia en el Derecho Procesal Penal..... Pág. 14

- Capitulo 3º- El ofendido en el Derecho Positivo Agr..... Pág. 18
 - 3.a- Presentación del problema..... Pág. 18
 - 3.b- Voluntad privada..... Pág. 19

- Capitulo 4º- El querellante..... Pág. 21
 - 4.a- Su posición en los delitos de acción Publica..... Pág. 21
 - 4.b- Su posición en los delitos de acción Privada..... Pág. 24
 - 4.c- La acción civil..... Pág. 25

- Capitulo 5º- Derechos de la victima..... Pág. 28

5.a- Incidencia del tema..... Pág. 28

- Conclusión..... Pág. 30

BIBLIOGRAFIA

- **“Derecho Procesal Penal”**- Julio B. J. MAIER (*Ediciones del Puerto*- TOMO II Parte Especial- Sujetos Procesales. Cáp. IV/2004.-
- **“De los delitos y las victimas”**- (*AD-HOC 1992*). Pág. 183/ La victima y el sistema Penal, Julio B. J. MAIER.-
- **“Diccionario Jurídico”**- José Alberto GARROME (Tomo IV: Victima).
- Página Web del Doctor Carlos PARMA (CarlosParma.com.ar).
- MEZA Sonia Miriam- Trabajo realizado para la Comisión de Derecho Procesal; TEMA: **“EL ROL DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL. NATURALEZA DE SU INTERVENCIOIN”**.
- **“Las contradicciones del Derecho Penal”**- Ricardo Manuel ROJAS (Edición Diciembre 2000).
- Jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION: **“CASO SANTILLAN FRANCISCO”** (13 de Agosto de 1998)- FALLO 268:266.
- **CONGRESO NACIONAL SOBRE EL ROL DE LA VICTIMA**, La Plata- 7 al 9 de Octubre 2004

TEMARIO: “LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL Y SU FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL. LA NECESIDAD DE UNA REGULACION PROCESAL DEFINIDA”.

Centro de Justicia Restitutiva-cejur-inecip.

AUTORES: Adrián LABALE – Silvina PAZ – Mariano MUZIO.-

- “La víctima del delito en el Proceso Penal Latinoamericano” (*Editores RUBINZAL-CULZONI 2003*)- Pedro J. BERTOLINO.-