

# ESTUDIOS

## La víctima y el sistema penal\*

Julio B. J. MAIER

### 1. PANORAMA HISTORICO-JURIDICO Y GENERALIDADES

1. Cuando hoy se habla de la *víctima*, en el Derecho penal, o del *ofendido*, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una *nueva ola* político-criminal, sino, además, de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí: «nueva ola»), y, más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado<sup>1</sup>. Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal<sup>2</sup>. La víctima fue desalojada de ese

pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos<sup>3</sup>; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, 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 —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había «estatalizado»: de allí que se hable, pleonásticamente, de una «criminalización del Derecho penal», antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente o mejor aún, del «nacimiento» de la pena<sup>4</sup>.

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal<sup>5</sup>. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto

\* El artículo fue concebido como colaboración para una revista argentina de Derecho penal. Es por ello que, a pesar del valor universal de su discurso, ejemplifica ordinariamente con citas de la doctrina, legislación y jurisprudencia argentina, como quien lo escribe pertenece también al ámbito de vigencia de ese orden jurídico, las expresiones coloquiales («nuestro», «nuestros», «CP» por Código Penal argentino, «CPP nacional» por Código de Procedimientos en lo criminal para la justicia nacional y federal, etc.) se refieren ordinariamente a ese mismo contexto. Cuando no es así, se expresa el ámbito de vigencia por el nombre del país o, en ocasiones, de la provincia argentina a la que pertenece la cita. He agregado al texto argentino —para esta versión— el Código Procesal Penal de Costa Rica, porque pertenece a la región y es hijo del movimiento reformista que comenzó en la provincia de Córdoba (Arg.), en el año 1939.

Quiero advertir una vez más, como al principio de esta aclaración, que el contenido de ideas es universal, pues el artículo no se refiere a la descripción de un derecho positivo determinado. Y es preciso aclarar, además, que él pudo ser escrito gracias a la invitación que me formulara la *Alexander von Humboldt Stiftung* (Fundación Alejandro de Humboldt), de la República Federal de Alemania, y el profesor doctor Claus Roxin, de la *Ludwig-Maximilian Universität München* (Universidad Ludovico Maximiliano de Munich), del mismo país, durante los meses de septiembre-noviembre 1990, a quienes agradezco una vez más el apoyo que me brindaron y continúan brindándome, hecho que además explica la principal bibliografía consultada.

<sup>1</sup> Se puede leer en Hirsch, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en *Gedachtnissch-*

*rift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 699, contrario al movimiento, su caracterización como una *euforia* de la política criminal hacia el ofendido, que contrarresta la de años anteriores a favor del autor (resocialización). Sobre esta última nota adjetivante existen dudas fundadas, que el texto pondrá de manifiesto

<sup>2</sup> Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino [DPPa]*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1 b, # 5. B, pp. 23 y siguientes.

<sup>3</sup> Cf. Rieß, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag, Ed. C. H. Beck, München, 1989, pp. 9 y s. (número marginal 1); específicamente para la teoría procesal penal, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», n.º 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1981, p. 1148. Desde otro punto de vista, Christie, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, de Caso, Mariluz, 1.ª edición en castellano, primera reimpresión), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, pp. 126 y s., donde cita un artículo suyo sobre esta problemática: *Conflicts as property*, 1977, que no he podido conseguir (leer, además, pp. 128 y ss.)

<sup>4</sup> Cf. Maier, Julio B. J., *DPPa*, cit., t. 1, b, # 5. D, pp. 47 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., ps. 1151 y siguiente.

<sup>5</sup> Se debe advertir que también el imputado fue empujado desde su papel de protagonista al de simple objeto de la investigación penal.

de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* —o a la reparación del daño— entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, 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 erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza, y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aun más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto «bien jurídico», establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, 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 y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social<sup>6</sup>. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima<sup>7</sup>. La idea se frustró, al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir —otra vez— los in-

tereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó 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<sup>8</sup>. Pero, además, es claro que el problema del daño causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la *determinación de la pena concreta* (CP, 41) y para la *rehabilitación* (CP, 20 ter), y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador conjunto) en los delitos de acción pública (CPP nacional, 170; ver, también, CP, 72, II).

No se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. Y 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 cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente<sup>9</sup>, y diferentes escuelas que procuran cierta *despenalización*, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (*diversión*) y hasta los mismos *abolicionistas*, autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, reemplazando a la pena por otras soluciones —entre ellas, la reparación— para el conflicto, mecanismos culturalmente distantes del Derecho penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho penal alguno sobre esta última opción<sup>10</sup>. Entre los

<sup>6</sup> Cf. Jung, cit., *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152.

<sup>7</sup> Cf. Garófalo, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, pp. 60 y ss.; Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s/año, t. 2.º, p. 199 y n.º 88, II, pp. 275 y siguientes.

Este es el origen del artículo 29, del CP argentino que inicialmente (proyectos 1891, 1906 y 1917), por influencia del positivismo criminológico, quiso terminar con la distinción entre pena (pública) y reparación (interés privado), mandando al juez penal ordenar la reparación integral en la condena penal, también como función estatal (pública) que no precisa de la iniciativa privada (de oficio): cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Córdoba, Córdoba, 1982, primera parte, tit. II, cap. II, pp. 29 y ss., Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba, 1965, cap. 1, 2 y 3, pp. 11 y siguientes; Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, cap. 7 y 10, pp. 212 y ss.

<sup>8</sup> Recuérdese que la tendencia originaria fue contraria, hecho del que es testigo el CPP nacional y la mutilación del capítulo dedicado a ello por su proyectista, doctor Manuel Obarrio.

<sup>9</sup> Cf., panorámicamente y con detalles bibliográficos, Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2.ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, # 52, pp. 465 y ss.; la afirmación de que la *Victimología* ha impulsado desde hace años la transformación, en el sentido expresado, del sistema penal, es hoy un lugar común: cf., por todos, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1147, con indicaciones bibliográficas específicas (nota 2); y

Weigend, Thomas, *Victimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», W. de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1984, n.º 96, pp. 761 y ss., quien da a conocer las distintas direcciones, algo caóticas, según las cuales trabaja la victimología, sus logros prácticos y, en especial, la principal bibliografía en inglés

<sup>10</sup> Cf. Roxin, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Schöch, Heinz, Ed. W. Fink, Munich, 1987, p. 41; Hulsman, Louk y Bemat de Cellis, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Peines perdues. *Le système pénal en question*, de Politoff, Sergio) [*Sistema penal*], Ed. Anel, Barcelona, 1984; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, cit. Un excelente resumen sobre los puntos de partida de esta corriente de opinión (subjetivación y particularización del conocimiento de la realidad, destacando precisamente las notas concretas del caso por encima de su conceptualización), más valioso aun porque se logra también por comparación con la tendencia de la *criminología crítica*, emparentada a ella desde el punto de vista de la crítica del sistema penal como expresión del poder y del control social del Estado capitalista, en la tesis de maestría de Gieszen, Hans P.J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones-problema. Un estudio en Buena Vista, Maracaibo*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, enero de 1989. Introducción y cap. I, pp. 1 y ss., allí se verá bien marcada la tendencia del abolicionismo a criticar la «alineación» del conflicto por parte del sistema penal, mediante el mecanismo de «robárselo a las partes», y su

factores negativos, todos cuentan el fracaso —en gran medida— de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico<sup>11</sup>.

II. Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal. Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del Derecho penal<sup>12</sup>, y, en otros, desde el punto de vista del Derecho procesal penal<sup>13</sup>, preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica. Es por ello, precisamente, que aquí comenzamos de la manera indicada en el título: se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Más allá de ello, se trata también de un problema que, como veremos, 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 preparación y la pena. Tal resultado, que alerta nuestro sentimiento jurídico conceptual, pues para nuestra cultura actual la separación —y hasta estricta— de ambos ámbitos de relaciones es autoevidente en nuestro orden jurídico, no debe alarmar, puesto que sólo podrá emerger de la contestación a la pregunta sobre la racionalidad de responder al fenómeno delictual con una u otra reacción, o con ambas a la vez (en su caso, en qué medida y por cuáles medios), y no de la solución conceptual, especulativa, que demos al problema. De todos modos, hoy 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). Más allá de ello, el Derecho penal-estatal ha perdido interés en la llamada *delincuencia de bagatela*, que procura solucionar con medios próximos al Derecho privado (enmienda reparatoria a favor de la víctima, conciliación, ejercicio privado de la acción o instancia privada), y el Derecho privado, sobre todo en el ámbito del procedimiento judicial, reclama, con acento reformista, un subido tono oficial.

Es conveniente, también, señalar aquí las diversas formas que adquiere la discusión, según se de-

sarrolle, preferentemente, en uno u otro ámbito, e indicar, asimismo, cómo los problemas que se presentan en uno de estos ámbitos son reflejados, cual un espejo, en el otro. 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 catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

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 él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, más allá, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público, de ampliar el ámbito de los delitos que él persigue, autónomamente, ensanchando el marco de valor de la autonomía de su voluntad, de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal, y, por fin, de la creación de ciertos institutos procesales (suspensión del procedimiento a prueba) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos en los delitos de importancia media y leves.

En el procedimiento penal, por lo demás, se menciona a quien ha sufrido el daño del hecho punible como *ofendido*; en el Derecho penal, en cambio, se lo nombra como *víctima*. Ambas denominaciones son, sin embargo, utilizadas como sinónimos.

Además, la cuestión consiste, tanto dentro del campo del Derecho penal como del Derecho procesal penal, en una ampliación considerable del concepto de víctima u ofendido, válido también para aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos transindividuales (colectivos o universales). Las asociaciones intermedias, constituidas

orientación hacia la solución particularizada del caso por composición entre sus protagonistas (algunos más de aquellos principales, víctima y victimario), sistema de procedimiento —no pena— que denominan «manejo de situaciones-problema». Conviene leer también la rescensión de este último libro de Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en *No hay derecho*, Buenos Aires, 1990, año I, n.º 1, pp. 4 y ss.; para advertir cómo esa es una verdad relativa. «La forma principal de reapropiación [del conflicto social con connotaciones penales] no puede sino realizarse a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, entendido no sólo en forma pecuniaria. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del acto desviado, o bien satisfacciones acordadas entre los distintos sujetos coenvueltos en la acción desviada (como el trabajo gratuito en favor de la víctima, o

de la comunidad, o del barrio, o en favor de propósitos socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto».

<sup>11</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 699 y ss., observa repetidamente a este movimiento político-criminal como provocado por una política criminal también unilateral: la *ideología del tratamiento*.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pp. 37 y siguientes.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Eser, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1989, pp. 723, y ss.; Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag, Ed. Beck, Munich, 1984.

precisamente para la defensa de ciertos bienes jurídicos, o cuyo objeto coincide con la defensa de algunos de ellos, constituyen, en este ámbito, el principal foco de atención.

III. Según se puede observar, se trata principalmente de un tema político-criminal, que hoy ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, casi se podría decir, era «enemigo de la víctima», al menos en el sentido de que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello; hoy el movimiento reformista exige, en cambio, como meta final a alcanzar, una inversión de la situación, tal que se privilegie la reparación, en todo caso individual, por referida al caso concreto, por sobre el interés estatal en la pena. Precisamente, cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aun los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios 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 los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente, pues hasta ahora las soluciones, en la práctica, no han rendido demasiados frutos<sup>14</sup>.

Para ello se indica e intenta varios caminos. Uno tiene la impresión clara de que en este tema no es posible hallar soluciones si no se trabaja, a la vez, con los dos sectores jurídicos que conforman básicamente el sistema penal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal, como, en realidad, sucede con todos los temas cuando reclaman ser operativos. Pero en este problema, sin embargo, se advierte también que las decisiones que se tome en el nivel del Derecho penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales<sup>15</sup>. Esta es la razón por la cual precede a toda la exposición sobre la posición jurídica del ofendido en el procedimiento penal, una reflexión de carácter poli-

tico-criminal referida, fundamentalmente, al Derecho penal material.

No se pretenda hallar aquí más que una indicación de los problemas y ciertas reflexiones provisionales sobre ellos. El tema debe ser trabajado, sobre todo entre nosotros, que no hemos ingresado aún al debate<sup>16</sup>. Aquí sólo se pretende, en principio, informar sobre la existencia del problema y su discusión, con ello dar impulso inicial a la reflexión sobre él y, en la medida de lo posible, informar sobre la literatura jurídica que nos ha sido posible consultar.

## 2. LA DISCUSION EN EL DERECHO PENAL MATERIAL<sup>17</sup>

### a) Privatización del Derecho penal

Algunos esperan, cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano, una *privatización* del Derecho penal<sup>18</sup>: la *reparación* toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción, sino, en general, a la aplicación del Derecho penal; la *composición* privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal. Son tocantes las ideas del profesor Maihofer, según el informe de Weigend: aquél se preguntaba «...cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. El señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. 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 viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado

<sup>14</sup> Consciente de chocar con estos problemas fundamentales, Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 767.

<sup>15</sup> Así, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 706.

<sup>16</sup> Cf. entre nosotros, Jimenez de Asúa, Luis, *Estudios de Derecho penal y criminología* («La llamada victimología»), Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1961, pp. 22 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1982, pp. 251 y ss., la reseña sobre victimología en Latinoamérica, por cierto pobre, en Carmen Antony, *La victimología en América Latina*, en *Llanud*, año 5, números 13-14, Costa Rica, 1982, pp. 62 y ss., recientemente, sobre la importancia de la victimología en el movimiento de transformación y ampliación del ob-

jeto de la criminología, García-Pablos de Molina, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en «Doctrina Penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 633 y siguiente.

<sup>17</sup> Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pp. 37 y ss., quien presenta esquemáticamente las soluciones posibles para quien mira positivamente el instituto de la reparación en el Derecho penal.

<sup>18</sup> Cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 747. Yo mismo soy de la idea de que esto ocurrirá dentro de ciertos límites, más aun si el tiempo no se cuenta según nuestra existencia personal, en todo caso efímera, sino históricamente. En contra Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., C. I, p. 46 (n.º al margen 60).

en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal».<sup>19</sup>

Por supuesto, las propuestas en este sentido, de un Derecho penal *privatizado*, son escasas, en primer lugar, y, después, de extensión muy diferente. Sólo unos pocos se refieren a la privatización del conflicto social base del caso penal como una solución integral, precisamente los *abolicionistas*, que pretenden reemplazar el Derecho penal totalmente como forma de solución de los conflictos sociales y, por tanto, no confunden reparación con reacción penal, sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal<sup>20</sup>. Otros, menos radicales en sus soluciones, más pendientes de nuestro tiempo y de lo posible culturalmente, colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobreviene la reparación; la propuesta, desde el punto de vista teórico, es idéntica a la anterior, aunque reducida en su ámbito de aplicación: la *despenalización* de ciertos comportamientos<sup>21</sup>. También esta propuesta se desarrolla para evitar el ingreso en funciones, la aplicación, del Derecho penal. Ambas propuestas tienen de común que logran invertir el modelo: en lugar de que la pena, preferida a la reparación, torne a esta última imposible por su ejecución, colocan a la reparación *delante* de la pena.

Las protestas contra ese modo de proceder no son difíciles de imaginar. Todas tocan puntos neurálgicos del origen del Derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales llamados delitos del Derecho penal, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquel que determinó su ingreso específico al campo del Derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto, que intentó responder no sólo al in-

terés privado. De ella se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, que no deberá pagar *sobreprecio* por el delito cometido<sup>22</sup>. La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho penal autoritario, y disolver el Derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes que «quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo»<sup>23</sup>.

## b) Oficialización del derecho reparatorio

Frecuentemente se piensa también al revés, en una *publicización* de la reparación civil, esto es, en constituir a la reparación en una pena o sanción del Derecho penal, al lado de las penas ya existentes, integrando el catálogo sancionatorio del Derecho penal<sup>24</sup>. Este camino fue el que recorrió el impulso del positivismo criminológico, según fue dicho, impulso que, en nuestro país, sólo fue frenado por quienes pusieron de relieve la independencia básica de las acciones penal y civil, conforme al CC, 1096 y cc.<sup>25</sup>

Precisamente, contra esta independencia chocan quienes se proponen una reforma de tal magnitud. Y la oposición es grande, conceptual, pues proviene de uno de los fundamentos del orden jurídico actual, en nuestra organización social, base para la existencia del Derecho privado patrimonial: el derecho de propiedad (privada) y sus reflejos, el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo. En la práctica, esta razón es la que hizo fracasar los impulsos positivistas en nuestro país: la im-

<sup>19</sup> Weigend, Thomas. *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1981 in Bielefeld) [Tagungsbericht]*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», n.º 93, Ed. W. de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1981, pp. 1283 y ss., quien da a conocer la opinión general del profesor Maihofer (traducción propia).

Se puede agregar que la idea allí desarrollada no es una originalidad del autor sobre el cual se informa o de cierta parte de la doctrina alemana: la fuerza extraordinaria del movimiento hacia la víctima del sistema penal en el Derecho americano del Norte (parcialmente: en el Derecho anglosajón), con todas sus derivaciones e implicaciones, hasta el punto de exigir enmiendas constitucionales para consagrar los denominados *derechos de las víctimas de delitos*, en Stark, James and Goldstein, Howard W., *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-Nueva York-Londres-Sydney-Auckland, 1985; en especial sobre el derecho a ser protagonista principal del procedimiento penal, a *particular en el sistema judicial en materia penal*, cap. II, pp. 19 y ss.

<sup>20</sup> Cf. también, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 41, quien observa con razón «que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es distinta esencialmente de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho penal» (trad. propia). Cf. Hulsman y Bernat de Ceils, *Sistema penal*, cit., en especial números 29 y 30, pp. 76 y ss., números 51 y ss., pp. 116 y ss., y Christie, *Los límites del dolor*, cit., XI, específicamente pp. 128 y ss., para quienes esa sentencia es autoevidente.

<sup>21</sup> Roxin, *ibidem*, pp. 43 y s., menciona aquí dos ejemplos. # 167 del nuevo Código Penal austríaco, en tanto ampliando el ámbito del desestimiento de la tentativa, como causa de exclusión de la punibilidad, permite prescindir de la pena, en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, siempre que la reparación o, por lo menos, el compromiso compensatorio, se

lleve a cabo antes de que la autoridad conozca el delito; la propuesta alternativa sobre una ley sobre el hurto en tiendas, en la República Federal de Alemania, permitía, bajo ciertas condiciones, prescindir de la pena y de la persecución por el pago de una reparación (enmienda a la víctima) elevada (el doble del precio comercial de la cosa).

<sup>22</sup> Escuché de Sebastián Soler la anécdota de que un ciudadano romano que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la Vía Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Cf. la objeción en: Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 710 y siguiente.

<sup>23</sup> Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 44.

<sup>24</sup> Los autores de Derecho civil han pensado así de la reparación del daño moral, a la que han considerado directamente una pena pecuniaria a favor del lesionado por el hecho (enmienda) o, cuando menos, han descubierto en ella ingredientes sancionatorios: cf., con abundante bibliografía extranjera, Llamblas, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil - Obligaciones [Tratado]*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, cap. X, números 255 y ss., pp. 329 y ss. También los procesalistas civiles postulan, casi al unísono, una recreación autoritaria del Derecho procesal civil, en desmedro del principio dispositivo (autonomía de la voluntad), movimiento con algunas características similares: cf., en la legislación argentina, Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, ps. 115 y siguientes.

<sup>25</sup> Cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, cit., primera parte, tít. I, 3, pp. 25 y ss., tít. II, cap. I, pp. 23 y ss., y cap. II, pp. 34 y ss.; Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, cit., cap. I, pp. 7 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, números 6 y 7, pp. 28 y ss., cap. 7.º, números 9 y 10, pp. 211 y siguientes.

posibilidad de obligar a la víctima a aceptar las acciones reparatorias del autor, más simplemente, a tomar dinero del autor, y, más allá de ello, la necesidad de que la víctima exprese su voluntad en el sentido de pretender la reparación. Según se observa, una solución como la propuesta acerca de otra manera los extremos, Derecho penal y Derecho privado, en tanto, al menos para el ámbito del derecho reparatorio proveniente de un delito penal, amenazamos con disolver la pretensión civil en una sanción penal, justamente el punto extremo inverso al examinado anteriormente. Los penalistas no debieran insistir, e mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del Derecho autoritario.

Se ha observado que para convertir la reparación en una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de su característica principal y de su ventaja fundamental frente a la pena: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio<sup>26</sup>. Este es, sin embargo, un argumento político de efecto, pues 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. El problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coacción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la *publicización* de la pretensión resarcitoria —si aún le conviene ese nombre (mejor: estatalización)—, se trae a juego otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía. El Derecho autoritario crece. De tal manera, el problema es siempre el mismo: la pregunta acerca de si estamos dispuestos a superar la división trazada entre el Derecho privado y el Derecho penal, una vez que este último apareció en escena como pura reglamentación del poder estatal.

También se trata de un argumento aparente, opositor a la *publicización* de la reparación, aquel que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como el *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad de aplicación que suponen tales principios<sup>27</sup>. En verdad, con prescindencia del 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, an-

tes bien, el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro, sin causa legítima que lo autorice. Así se funda, por ejemplo, la necesidad de reparar de quien, en un estado de necesidad justificante (CP, 34, inc. 3), daña la cosa de otro para evitar una lesión mayor, referente a un bien jurídico del que es portador<sup>28</sup>. Las reglas de Derecho privado permitirían, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad<sup>29</sup>. Si estas no son derogadas, el ofendido podrá acudir a ellas para lograr aquello que la enmienda, esto es, la pena de reparación a su favor, no logró. Y no se diga que existe *bis in idem*, porque el ofendido no puso de manifiesto su pretensión resarcitoria, fundada en el daño sufrido, no demandó, según las reglas de Derecho privado lo autorizan, y, por ello, nadie decidió sobre esa pretensión legítima; y, si lo hizo, esto es, si demandó, por ejemplo en el procedimiento penal, entonces es correcta la aplicación de la fuerza de clausura de la *cosa juzgada*.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciables pena estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación, como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, constituye la verdadera pregunta a responder.

### c) Reparación y funciones del Derecho penal

A esta última pregunta intentan responder, positivamente, quienes integran la reparación del daño a algún fin mentado por la pena estatal<sup>30</sup>; y también, negativamente, la crítica a esa posición.

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho penal. Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, que puede cumplir, incluso con mayor

<sup>26</sup> Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 45.

<sup>27</sup> Cf. *ibidem*, p. 44; reproche de Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 721.

<sup>28</sup> Quien con mi abrigo apaga el incendio de su casa; o aquél «a cuyo favor» se apaga el incendio, a pesar de no haber intervenido en la acción de salvamento.

<sup>29</sup> Siempre tuve la sospecha de que la compensación de daños, incluso la proveniente de un delito, penal o meramente civil, se vinculaba con una *regla distributiva*, tal como la teoría del enriquecimiento sin causa legítima, y no con el reproche al autor de un comportamiento antijurídico de lesión de un bien jurídico. Otro ejemplo se puede hallar en el Derecho público: el Estado respon-

de por los daños que ocasione en el ejercicio de su actividad legítima (cf., esquemáticamente, Cassagne, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, El Derecho, Buenos Aires, 1982, t. 99, pp. 937 y ss., en especial pp. 940, 942 y ss.; *idem* *Derecho administrativo* (2.ª edición), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. I, lit 2.º, cap. III, pp. 269 y ss.; si sólo esbozo el problema es por la escasez de conocimientos sobre él.

<sup>30</sup> Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., XIII, y ss., pp. 45 y ss., cuya idea será tratada en el texto; más detalles bibliográficos en la República Federal de Alemania, en ese artículo

propiedad, la pena pecuniaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *prevención integral*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción —y que, en esos casos, debe cumplir la reparación—, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del Derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

No es posible aquí extender la explicación sobre los fines de la pena. En concreto, la reparación —antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible— reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Empero, quienes piensan así presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente, obligación de castigar en el caso particular y, además, como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del Derecho penal exige esta última solución<sup>31</sup>.

No es de extrañar que desde este punto de vista se pueda incluir el trabajo de provecho para la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria) para la solución de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinserirse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón que esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece es-

tar avalada por ciertos estudios empíricos<sup>32</sup>. Es fácil deducir que la crítica sólo puede tener carácter especulativo. Aquella que cree hallar oculto un regreso a la idea retributiva de la pena<sup>33</sup> es tan injusta o tan cierta como la afirmación de que, tras de los fines utilitarios atribuidos a la pena, se esconde la retribución o, peor aún, la mera justificación de la utilización coactiva del poder político<sup>34</sup>. De la misma manera, la crítica principal, que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, me parece a mí fundada en una afirmación absolutamente dogmática<sup>35</sup>, tan cierta, o incierta, tan justa o injusta, como la opinión criticada: a propósito de que «el Derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas»<sup>36</sup>, satisfacer a la víctima no es función del Derecho penal, sino del derecho privado. Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un delito... hasta que se integre a ellos, no puede ser función del Derecho penal... hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel estado que debió tener sin la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al estado que tenía antes de cometido el delito o procurar que arribe a otro estado, según los deseos del orden jurídico. Si esta proposición política es racional, la pregunta sigue siendo la misma: ¿en qué medida y cómo puede el Derecho penal, con sus medios y formas de proceder, cumplir esa función, arribar a esa meta?

#### d) Decantación de la discusión y propuestas concretas

1. Me parece evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del Derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación. Al menos por un tiempo que supera nuestro tiempo existencial y que alcanzará dimensiones históricas imprevisibles para un ser humano, conviviremos con el Derecho penal y con sus formas de expresión. El presupuesto para que existan cambios visibles históricamente es una nueva forma de organización social, posiblemente, una forma que coloque el ejercicio del poder político próximo a los ciudadanos que lo crean y conforman, participativa y más igualitaria en la distribución del poder que la actual.

Es probable que, hasta que aquello suceda, tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de

<sup>31</sup> Roxin, *ibidem*, p. 50

<sup>32</sup> Roxin, *ibidem*, XII, p. 49.

<sup>33</sup> Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafvorfahrenrecht*, pp. 709 y siguiente.

<sup>34</sup> Cf. Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en *Poder y control*, Ed. Promo-

ciones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, pp. 77 y ss

<sup>35</sup> Weigend, *Tagungsbericht*, cit., p. 1283, informa acerca de la misma opinión de Albin Eser.

<sup>36</sup> Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafvorfahrenrecht*, p. 709.

encarar el conflicto, observan que ello conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del conflicto social en uno que sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos, en gran medida<sup>37</sup>.

Empero, a decir verdad, el Derecho penal (estatal), cualquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia, a los más débiles<sup>38</sup>, y hasta se ha caracterizado, en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, y no casualmente, de la contrapartida de aquello que sucede en Derecho privado: quienes acá no acceden a la administración de justicia son *accedidos* a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia.

Ahora se puede observar cómo el movimiento a favor de la víctima no representa aquello que, quienes se oponen a su ingreso en el Derecho penal, predicán de él: una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor, mejor dicho, a favorecer al autor<sup>39</sup>. Ese movimiento y las reformas que pretende se enmarcan, precisamente, dentro del mismo ritmo político-criminal que procura humanizar el Derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio liso y llano del poder estatal y, menos aun, con quienes, en definitiva, detentan el poder político<sup>40</sup>. Basta observar las soluciones propuestas que siempre colocan a la reparación en lugar de la pena o como determinante de su

abreviación (*diversión*), para arribar a esa conclusión.

Por el momento, si se mantiene la concepción de la pena estatal y del Derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema<sup>41</sup>. Secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante.

II. No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, expropiando otra vez derechos de la víctima y transformando un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico.

Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del Derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el Derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido, pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.

III. No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal<sup>42</sup>. Si el Derecho quiere conservar el estado del mundo hoy existente y, para ello, prohíbe ciertas acciones que lo transforman o manda otras acciones para impedir su transformación, lo más adecuado es dejar que el agente o el omitente reparen la consecuencia de su obra o de su falta de acción, colocando el mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su injerencia activa u omisiva ilegítima. El mismo proceso, aunque al revés, se repite cuando el Derecho desea que el mundo cambie y, para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado normal o manda obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurará entonces, como solución ideal, colocar

<sup>37</sup> Cf. Berizonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987, cap. I, en especial n.º 5, pp. 5 y ss.; Cappelletti, Mauro y Garth, Briant, *El acceso a la justicia*, Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983, pp. 39 y siguientes.

<sup>38</sup> Cf. Sack, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en *Kriminologisches Journal*, 1971, p. 397; detalles con bibliografía, en Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, # 41, 5, pp. 341 y siguientes.

<sup>39</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., II, pp. 699 y ss. En contra, en el sentido de este texto, Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, p. 1176; en el mismo sentido, el resumen de las palabras de Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegung zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, p. 768 «La víctima debe agradecer, y no en último término, su (re)descubrimiento al esfuerzo por la exorcización del criminal.»

<sup>40</sup> Me parecen casi onomatopéyicas las palabras de Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión de la 4.ª edición, Leipzig, 1922), Ed. Scientia, Aalen, 1965, t. I, # 41, p. 288, para defender la separación estricta entre pena y resarcimiento del daño. «la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño «la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda» (traducción propia). Conviene la lectura de todo el párrafo para advertir las diferencias entre pena y reparación, utilizada como sinónimo de consecuencia civil del injusto, en el sistema jurídico actual.

Existen contramovimientos y ellos tampoco se dirigen exacta-

mente al núcleo de la cuestión, ni cristalizan en él, sino en instrumentos auxiliares: me refiero, por ejemplo, al reclamo de seguridad para los bienes jurídicos, fundamentalmente referido a ciertos delitos contra la propiedad, que cristaliza de una manera absurda, paranoica y apocalíptica, en el aumento casi sin límites de la reacción estatal, y de una manera más inteligente para alcanzar el fin propuesto, en la creación de policías particulares, que procuran seguridad a los más fuertes, quienes terminarán utilizando el Derecho penal en su provecho.

Creo ver en el Derecho privado, como espectador, movimientos similares: por un lado, la pretensión de que los menos favorecidos accedan al servicio de justicia estatal; por el otro, la creación de servicios de justicia privados por parte del poder económico, para resolver los conflictos de intereses de los portadores de ese poder, especialmente de las compañías multinacionales, que por distintas razones, algunas de ellas prácticas, muy concretas y reales (falta de eficiencia, de predictibilidad, demora insostenible, carestía), no se somete a la justicia estatal, ni a sus reglas, procurándose un mejor servicio, según sus posibilidades económicas.

<sup>41</sup> Por ello son coherentes los *abolicionistas*, que quieren destruir esa concepción, antes de imponer otras soluciones al conflicto, como la reparación (ver nota 10)

<sup>42</sup> Cf. Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino* (4ª edición, 8ª reimpresión total), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, pp. 2 y s.; *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código penal*, en *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 53 y ss.



el mundo en la posición deseada, impedida por su acción o no lograda por su omisión, ambas antijurídicas. No todo quedará igual, porque se habrá perdido, seguramente, el tiempo, y esta variable significa demasiado para nosotros, existentes durante un lapso muy limitado.

Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales, si se parte de la afirmación, por lo demás común, de que esas eran las posiciones establecidas por la legislación como valiosas, razón de ser de las normas de conducta creadas.

La *reparación*, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema penal vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso, con mayor antigüedad, pero resulta, nuevamente, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

IV. El ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico-penal generalizado, se aparta de aquellos delitos graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio grave de la violencia física o la amenaza de ella). Son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, conservan viva la idea retributiva del castigo, aun integrando criterios preventivo-generales o especiales, y, por ende, también ese *plus* lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. También el agente juega un papel negativo en la determinación del campo de acción de la reparación, pues su insistencia en la comisión de hechos punibles eleva considerablemente el sentimiento de necesidad de seguridad por parte de la comunidad jurídica y, como consecuencia, la insatisfacción de la generalidad con el esfuerzo reparatorio del agente como mejor modo de solución del conflicto. Por esta razón, el ámbito de los delitos de mediana gravedad y el de los delitos leves, y el de los autores que, al menos, no pueden ser considerados como ejerciendo una profesión delictiva

(carrera criminal), es, hoy en día, el área natural de influencia de la reparación en el Derecho penal. Estos marcos y la argumentación que los sostiene sólo pretenden fijar ciertos límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, pues aquí sólo se trata de eso, del *ingreso de la reparación al sistema* y no de la abolición del sistema mismo. Por supuesto, esos marcos son discutibles, sobre todo particularizadamente, como ocurre, por ejemplo, con la violación. Se trata, en fin, de no dificultar las cosas para la meta propuesta, estableciendo ciertos límites racionales para la discusión.

Si tenemos en cuenta estas limitaciones, lo primero que cabe exigir es que la pena no dificulte más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Para ello es preciso colocar a la *reparación delante de la pena*, sobre todo, antes de la pena de multa, cuando, como en el Derecho penal moderno, ella está extendida como posibilidad punitiva de numerosos hechos punibles<sup>43</sup>. La *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo para la reforma del Derecho material. El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio para el pago de la multa, pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, entre nosotros, para el comienzo de la inhabilitación profesional. El segundo camino es, principalmente, un incentivo para la reparación, en tanto ella, llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. La mayor o menor incidencia de la reparación en la pena y la forma según la cual se realiza la compensación son tareas de determinación en detalle, que debe cumplir el Derecho positivo, imposibles de abarcar aquí.

Este —llamado por nosotros— segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí sólo enunciaremos: a) reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal. Todas las vías de acceso al pro-

<sup>43</sup> Cf. Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*,

cit., p. 39 (número marginal 46).

pósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena. También aquí la elaboración legislativa determina en detalle el alcance del propósito<sup>44</sup>.

Se puede observar con facilidad que todos los criterios expresados no son manifestación de la coacción jurídica, en sentido propio, esto es, dependen, en principio, de la voluntad del agente y, en menor medida, de la víctima. Ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal. Tal manera de introducir la reparación al sistema penal cumple con el postulado político de respetar la autonomía de la voluntad, tanto del agente como de la víctima, para que ellos, en lo posible, compongan el conflicto y, además, privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas. Para el autor ha variado el punto de vista del Derecho penal sobre la pena, indisponible por naturaleza y aquí disponible para él en su cumplimiento, en un margen pequeño pero apreciable para el juego de su voluntad; la víctima conserva su derecho de perseguir privadamente, si no acepta la composición privada.

V. Es importante también el concepto de reparación. El demanda debates monográficos<sup>45</sup>. Empero, en lo que aquí nos interesa, basta indicar el concepto básico y sus derivados. Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (sustitución al *statu quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (p. ej., la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compen-

sación por *resarcimiento económico del daño (indemnización)*. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original<sup>46</sup>. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado.

Pero aún es posible pensar en el interés social dañado por ciertos delitos, aquellos que lesionan bienes jurídicos, colectivos o universales, y en su reparación por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado<sup>47</sup>, de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad.

VI. Unido íntimamente a este debate queda también el concepto de *víctima*. De la víctima en sentido tradicional, la persona, no necesariamente de Derecho privado, que sufre el daño directo que provoca el delito, se desprende hoy el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos). Colocar al Estado como portador de estos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece. Esto explica la irrupción, en este rubro, de las *asociaciones intermedias*, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado<sup>48</sup>.

### 3. EL PROBLEMA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

#### a) Presentación

I. En el ámbito universal, ya no son defendibles las 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 procu-

<sup>44</sup> Se cita como ejemplo de solución privada y autónoma para el conflicto social en el que reside un caso penal y, por ello, también como ejemplo de reemplazo de pena por reparación, el # 167 del CP Austria, que prevé como causa de exclusión de la pena la reparación de los daños por el agente o, cuando menos, la asunción contractual de la obligación de reparar, antes de que las autoridades de la persecución penal hayan tomado conocimiento del hecho, en numerosos casos de delitos contra la propiedad. He aquí un criterio legislativo concreto que, a pesar de realizar el propósito de privilegiar la reparación, mezcla criterios valorativos diversos (la clase de delito y cierto respeto del criterio de legalidad en la persecución penal, convertido aquí en criterio temporal para la aplicación del beneficio). A favor y en contra de la regla austriaca, Floxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafrechtzwecke*, cit., VI, p. 43, y Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit, p. 710.

Puede verse como ejemplo las soluciones legislativas propuestas en el Pr. CPP Guatemala, 11 y ss. y Pr. Ley de reformas mínimas CP Guatemala, para la suspensión del procedimiento a prueba y la condena condicional: característico de esas propues-

tas es el impulsar la conciliación con la víctima o la reparación del daño causado, en el modo o en la medida posible para el autor, como condición para que proceda la alternativa para la persecución penal y la pena.

<sup>45</sup> Cf., como ejemplo entre nosotros, Orgaz, Alfredo / Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

<sup>46</sup> El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo.

<sup>47</sup> Piénsese en los delitos contra el medio ambiente, la «reparación» del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación.

<sup>48</sup> Esta solución en el Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4, que se ocupa, por primera vez entre nosotros, de definir el concepto «víctima», anticipando el papel importante que le acordará en el sistema penal; sigue, así, al Pr. CPP modelo para Iberoamérica, 78 y su nota (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989 y Maier, *DPPa*, cit., t. 1, a, pp. 289 y ss.), aunque modificando su sistema y algo su contenido, que resultan ambos perfeccionados. Ver también en esa línea el nuevo CPP Italia (1989), 91.

rarse represalias, al fin y al cabo una suerte de *retribución privada*, idea que, transformada en interés público, con otro estilo argumentativo, explicó y explica aún hoy, parcialmente, la pena estatal<sup>49</sup>. Este, por lo demás, es un prejuicio nunca demostrado; por lo contrario, si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada (sobre la base de un procedimiento conciliatorio-arbitral previo a proponer la acusación y como exigencia para ella), en la única investigación empírica que conozco<sup>50</sup>, se puede decir que la figura de la víctima *vengativa*, al menos excluyendo los delitos de mayor gravedad y mediando el procedimiento judicial, no existe o existe en sus justos límites: la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él le repare el daño causado por su acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara, y según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además, es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento.

Como, según se ha visto, tampoco existe hoy la necesidad de crear una frontera estricta entre el Derecho privado y el Derecho penal, entre reparación y pena, de modo que una u otra, o ambas en conjunto, pueden ser medios eficientes de control social, de justa retribución o servir como instrumentos preventivos suficientes, según el caso y según se quiera, carece de sentido excluir a la víctima del procedimiento penal.

Lamentablemente, los dos argumentos mencionados son todavía utilizados entre nosotros, la mayoría de las veces para impedir, con cierto efecto, reformas necesarias. El primer argumento, relativo a la introducción de la venganza en el procedimiento penal, fue utilizado en nuestro país hace más de cincuenta años para defender el punto de vista que expulsaba a la víctima del procedimiento penal oficial, expulsión que materializaron los códigos —llamados

entre nosotros— modernos<sup>51</sup>. Ese resultado podía ser justificado en aquella época, de incorporación de las reformas decimonónicas. Hoy se utiliza el argumento de manera conservadora, para volver a expulsar a la víctima de un procedimiento penal —el federal— que le concede algún protagonismo y para evitar la creación de nuevos caminos participativos<sup>52</sup>.

El segundo argumento —estricta separación entre Derecho civil y penal, entre reparación y pena—, sigue vigente en el Derecho positivo de nuestro país, a pesar de que, en el CP vigente, artículo 29, hay motivos para expresar dudas originarias. El argumento sirvió para intentar impedir —sin idoneidad alguna— el ingreso de la cuestión civil al procedimiento penal<sup>53</sup>. Pero la inidoneidad del legislador para realizar su propósito, aquellas dudas y la influencia decimonónica francesa, a través de los códigos italianos de 1913 y 1930, condujeron a una regulación adecuada del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal<sup>54</sup>. No se trata, en principio, de derribar por completo la separación, sino de crear cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento, se vincula a la posición en él del imputado, debilitado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, en casos específicos<sup>55</sup>. Este es un argumento de peso, pues, en la situación ideal para la crítica, un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores, que, incluso, disponen de asesoramiento jurídico adecuado, del cual él, quizás, no dispone. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, el ministerio público, auxiliado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, desbalanceaba las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, eran necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos ju-

<sup>49</sup> Roxin, Claus, en su trabajo sobre *La reparación del daño en el sistema de los fines de la pena (Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke)*, cit., IX, p. 47, admite que «muchos elementos de la teoría de la retribución regresan transformados en las teorías preventivas predominantes», cf., en sentido contrario, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, cap. 4, IV y V, pp. 201 y ss., quien, decidido partidario de la pena *expiación* o *retribución* (teorías absolutas), admite el juego de fines preventivos, dentro del marco de la culpabilidad.

<sup>50</sup> Bierbauer, Falke, Koch, *Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedsmannsinstitution*, en Bierbauer y otros (al cuidado de), en *Zugang zum Recht*, 1978, pp. 141-148, según la cita de Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1158, notas 39-41: más del 50 por 100 de los casos y hasta el 68 por 100, en alguna circunscripción son solucionados por conciliación; pero se sabe también que un porcentaje similar de los restantes arriban a una conciliación informal y, además, que sólo se persigue penalmente, llevando adelante el procedimiento restante, la mitad de los casos en los cuales la conciliación fracasó.

<sup>51</sup> Cf. *Exposición de motivos*, CPP Córdoba (1939), Edición oficial, Córdoba, 1941, pp. 26 (4º) y 36 y s., opinión de sus proyectistas, Soler, Sebastián y Velez Mariconde, Alfredo; Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado*, cit., n.º 559 y ss., pp. 347 y ss. Esa corriente de opinión afectó también al CPP Costa Rica, que excluyó a la víctima de cualquier papel como acusador en el procedimiento penal.

<sup>52</sup> Cf. la opinión de Lavene (h), Ricardo, y Frank, Jorge L. en *Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de Ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código procesal penal de la Nación*, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989, I, ps. 27 y 28, y t. II, s. y 44; en el mismo debate, pero a la inversa, proponiendo mayores facultades: D'Albora, Francisco J.; Federación Argentina de Colegios de Abogados; Llerena, Patricia, t. I, ps. 27 y 28, y t. II, p. 76.

<sup>53</sup> El proyecto del CPP Nacional, de Manuel Obarrio, contenía la regulación de la acción civil, ejercida en el procedimiento penal. Durante su tratamiento legislativo, acudiendo al argumento separatista, se pensó esta posibilidad como inconveniente: manos inidóneas, que siempre existen, se dieron a la tarea de suprimir el capítulo referido al ejercicio de la acción civil, sin reparar en reglas fundamentales existentes en otros capítulos del procedimiento (CPP nacional, 411 y cc., 425 y cc., 463, 495, regla cuarta, inc. 4, 496, inc. 1 [actualmente, inc. 2] y 557), que permiten hoy plantear la acción civil, junto con la acusación privada, para ser decidida en la sentencia. Cf. Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*, cit., cap. III, 4, I, pp. 85 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, n.º 6, ps. 29 y siguiente.

<sup>54</sup> Cf. sobre ello la opinión extranjera, favorable al Pr. CPP Nación (1986), de Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734, proyecto que, a pesar de ciertas innovaciones de detalle, procede de ese movimiento.

<sup>55</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 714 y siguiente.

ricamente, la balanza<sup>56</sup>. Por encima de las exageraciones circunstanciales, colocadas allí como modo de indicar el problema y, por otra parte, sólo solucionables en los casos concretos y con remedios concretos, dentro del ámbito discrecional que la ley procesal concede para lograr un proceso justo, el problema es real y existe, aún sin la intervención del ofendido en el procedimiento, según se ha visto; la intervención posible de ofendido magnifica el problema, ya existente.

II. Únicamente existen dos soluciones básicas del problema. La primera consiste en eliminar este incremento, sólo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema, como vimos, quedará 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 al procedimiento penal convierte en necesidad su asistencia; el Derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades, como sujeto de derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella. Se conoce que el comienzo del procedimiento oficial torna imprescindible su presencia: casi el 90 por 100 de los casos ingresan al sistema penal por su información (denuncia o querrela)<sup>57</sup>. 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 refirmar su obligación de comparecer y declarar (ver 3, f, II).

La segunda solución consiste en tolerar el inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos quedó claro, aun sin expresarlo, que aquello que rompe el equilibrio no es precisamente la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal privada, donde se enfrentan víctima y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos estudiando, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteo de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios partícipes, frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella), y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de personería para perseguir, en caso de varios acusadores).

Nuestro problema sólo tiene solución (abstracta) por la vía de la ponderación de los intereses en jue-

go y, posiblemente, por la vía de la posibilidad de evitar graves dificultades para el imputado mediante algunos mecanismos jurídicos y prácticos. Por de pronto, hemos reconocido que el problema real lo plantea la persecución penal oficial; si ella no está en discusión, por razones político-culturales que aquí no viene al caso discutir, los remedios contra esta desproporción de fuerzas, malos o buenos, ya han sido estudiados (ver nota 56). Si el valor de la intervención de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca para la correcta defensa del imputado o si esas dificultades son a tal punto evitables, que el valor adjudicado a la intervención de la víctima las torna tolerables, resulta el único punto a discutir.

III. La división jurídica de un conflicto social en dos —o más— partes, una atendida por el Derecho privado y otra atendida por el Derecho penal, es, además de analítica, una ficción. Tal ficción se funda en el hecho de que el Derecho estatal reconoce que, mirado el conflicto social desde el atalaya de los daños reales que produce —o desde los daños inmateriales pero que recaen sobre una persona real, en el sentido de reconocida por el Derecho como existencia individual— rige para él el principio de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado, por la absoluta disponibilidad del patrimonio o la propiedad; en cambio, observado ese mismo conflicto social con los ojos del Estado, algunos de ellos ponen en peligro de tal manera la convivencia pacífica y la estructura del Estado, que merecen ser perseguidos oficialmente, inclusive sin consideración a la voluntad de la víctima real, pues el Estado, según se dice, juega el papel de protector de las condiciones elementales de la vida en común. Este es, según se observa, un motivo fundado en argumentos meramente políticos; esos argumentos reclaman, hoy en zonas diferenciadas y delimitadas de la vida en común, el control social directo de los ciudadanos que integran el Estado, de súbditos o subordinados, por parte del Estado, centro de imputación abstracta de un poder jurídico supraordinado a las personas que viven a su alcance o bajo su dominio (territorio, nacionalidad, etc.). Esta es, también la razón, según la cual no todo injusto es punible: algunos de ellos sólo merecen reacción estatal, en tanto reaccione quien lo sufre y demande la intervención del Estado, precisamente porque, por sí mismos, no ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia social bajo una ideología determinada (injustos civiles o penales privados). Empero, el conflicto social como tal, el injusto jurídico, es único y toca, en primer lugar, los intereses reales de la víctima, jurídicamente reconocidos.

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 él ingrese al proce-

<sup>56</sup> Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. 1, vol. b, # 6, D, 3, pp. 347 y siguientes.

<sup>57</sup> Las verificaciones empíricas son similares, en otros países, sobre todo en aquellos de sistema penal similar (persecución penal pública como regla) cf., p. ej., Kaiser, *Kriminologie*, cit., # 41,

1, p. 331 (91 a 98 por 100 de los procesos penales iniciados por denuncia; en 73 a 86 por 100 de los casos, denunciante y víctima son la misma persona, se conoce resultados idénticos en el ámbito internacional). Resultado = la víctima es imprescindible aún para el sistema de control social directo

dimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas —el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales— resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible<sup>58</sup>. Es por ello que todas las «Alternativas a la Justicia» o «Alternativas al Derecho o a las formas jurídicas», 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<sup>59</sup>. De todos modos, como ya observamos, 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.

Reconocer esta realidad en la regulación del procedimiento penal, permitiendo la participación de la víctima, tiene así carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político, sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución, o mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica.

Un segundo argumento aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El Estado protector de todos, de la generalidad, si ésa fuera una realidad describable, como se postula, sólo procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.

Incluso este argumento que concede al ofendido, como principal interesado, funciones de *contrapeso* y *control externo* del ministerio público y la policía, principalmente —también del aparato judicial en su conjunto—, es utilizable para justificar la ampliación del concepto de ofendido en relación a los bienes jurídicos colectivos o universales, la participación en el procedimiento penal de asociaciones intermedias, dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o cuyo objeto los alcanza o también la existen-

cia de alguna posibilidad de participación popular en el papel de acusador<sup>60</sup>.

Ambos argumentos justifican también que el ofendido pueda participar en el procedimiento por el sólo hecho de ser el portador —o el legitimado para la protección— del bien jurídico real —concreto o del caso— que la ley penal pretende resguardar, aun cuando el hecho punible no lo haya dañado. Nos referimos, en general, a la tentativa y a los delitos de peligro, incluso a los de mera actividad que, mirados desde la acción típica, no provocan resultado (típico) alguno, y prescindimos de toda alusión al daño moral o inmaterial, que —se sostiene— siempre está presente (CC, 1078). En efecto, aun en esos casos la solución integral reclama la satisfacción de la necesidad de represalia de la víctima, si ella existe —que puede llegar por vía de la *solución conciliatoria* y la *disculpa* del agente—, a más del interés por el llamado «daño moral»; por otra parte, la participación del ofendido en el procedimiento penal cumple, como en los casos de lesión real del bien jurídico, e idénticamente, la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal.

IV. Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos.

Uno de estos excesos se produce por la intervención de varios ofendidos en el procedimiento. He allí el remedio de la *unificación procesal de los litis consortes*, bajo una *única representación* (CPP nacional, 201), para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado. Se debe advertir que el problema, llevado al caso correcto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso.

El mismo defecto tiende a corregir la concepción de la participación del ofendido, en el procedimiento oficial, como *acusador adhesivo*<sup>61</sup>. Ella supone que el ofendido toma parte en el procedimiento antes bien como colaborador y control externo del ministerio público, que como sujeto procesal absolutamente independiente. Por ello, no se permite, en esa concepción, que el ofendido persiga penalmente en forma autónoma: se impide que él acuse o recurra la sentencia —o cualquier auto que ponga fin a la acción o impida que ella continúe— autónomamente; sus quejas contra la actuación del ministerio público provocan o bien el control jurisdiccional (por ejemplo, cuando acusa contra la opinión del ministerio

<sup>58</sup> Cf. Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152, desde el punto de vista de la psicología social.

<sup>59</sup> Cf. Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pp. 772 y ss.

<sup>60</sup> Cf. CPP modelo Iberoamérica, 78 (nota) (en Editoria Hamurabi, Buenos Aires, 1989, y Maier, *DPPa*, cit., t. 1, vol. a,

p. 350); Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4; nuevo CPP Italia (1989), 91.

<sup>61</sup> Esta fue la propuesta del Pr. CPP Nación (1986), artículos 78, 269 y 339, y es la que domina en el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 78, 269 y 339; ver también, Pr. CPP Guatemala, 96, 289 y 360.

público), o bien el control por la vía jerárquica del propio ministerio público (recurso de casación interpuesto cuando el ministerio público no lo intenta). Si se persiste en un procedimiento penal oficial, cuyo principio básico es la persecución penal pública, resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido. Si, en cambio, se piensa lo contrario, es mejor autorizar al ofendido para que persiga por la vía de la acción privada<sup>62</sup>.

Resta aún hallar remedio a la situación concreta de desventaja para el imputado respecto de la defensa técnica, cuando se enfrenta a un acusador privado, poderoso en medios. Se debe advertir, sin embargo, que este problema es más general y no depende de la admisión de la participación del ofendido en el procedimiento, tanto es así que la cuestión acerca de la defensa técnica adecuada —y con ello no queremos nombrar sólo al defensor jurista— subsiste, aun eliminando esa participación; que la principal desventaja teórica, también en el sentido de la asistencia técnica, proviene del hecho de que el imputado enfrenta al Estado, que posee no sólo un órgano específico, capacitado en materia jurídico-penal, sino, además, gabinetes técnicos que lo asesoran en otras materias científicas o técnicas; que la cuestión se presenta, y con la misma intensidad, en sentido inverso, pues la víctima, que no cuenta con medios suficientes, necesita también asistencia técnica, sobre todo frente a imputados poderosos. Sentadas estas premisas, parece claro que la solución del problema es resorte del Derecho de organización judicial, en tanto él se ocupa de la asistencia técnica a quienes no pueden acceder a ella, y no depende de mayores o menores facultades concedidas al ofendido por las reglas de procedimiento.

V. 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 penal, sobre la autocomposición privada del conflicto o sobre la búsqueda de una solución autónoma. 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 qué manera puede insertarse la víctima en el procedimiento penal y cuáles son las facultades que a ella se le debe conceder. Por lo demás, se puede emprender uno y otro camino, conjuntamente, conforme a diferencias fundables según la clase del delito, su gravedad, el bien jurídico comprometido y la incidencia del procedimiento como motivo de agravación de los efectos dañinos producidos por la infracción.

Estos dos caminos son, en realidad, tema del Derecho penal material, sobre todo entre nosotros, debido a la división constitucional de la competencia legislativa (Derecho material competencia del Congre-

so de la nación y Derecho formal competencia de los parlamentos locales: CN, 67, inc. 11, y 104 y ss.), pues —y no en último término— la elección significa establecer condiciones bajo las cuales una acción es punible, por la vía de fijar condiciones para su perseguibilidad. Sin embargo, la decisión por una de esas vías será tratada aquí dentro del procedimiento penal, por su importancia y efectos prevalecientes en él. La elección representa, en efecto, el cambio más radical que se puede pensar en la conformación y estructura fundamental del procedimiento penal.

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).

Completa esta visión panorámica sobre el ámbito de regulación jurídico-procesal alrededor del ofendido, la protección de la víctima que no participa en el procedimiento como sujeto procesal activo, sino que es llamada a él con fines de información (testigo).

VI. No debe faltar, en esta introducción, la referencia de que nuestro Derecho positivo conoce ya todos los caminos posibles para la intervención del ofendido en el procedimiento penal.

El CP, 72, 73 y siguientes (CPP Costa Rica, 6), conoce los «delitos dependientes de instancia privada» y los «delitos de acción privada». Con ello, en mayor o menor grado, respectivamente, concede poder al ofendido sobre la persecución penal. Los códigos procesales argentinos, por ello, han debido adaptar un procedimiento especial a esta realidad jurídica, en el caso de los delitos de acción privada.

El CPP nacional, aquellos pocos provinciales que hoy lo siguen y alguno de los llamados modernos (La Rioja), debido a la influencia del Derecho español antiguo, conserva al *querellante*, llamado *conjunto* o *acusador particular* por la doctrina<sup>63</sup>, que está facultado a perseguir, junto al ministerio público, pero de manera completamente autónoma, los delitos de acción pública. En cambio, los llamados códigos modernos, en general, eliminaron la intervención del ofendido como acusador en el procedimiento penal oficial.

Por último, la pretensión civil reparatoria, planteada en el procedimiento penal, es conocida, entre nosotros, por todas las legislaciones procesales penales y desde antiguo. Pero los códigos llamados modernos, bajo la influencia del Derecho francés a través de la legislación italiana, han perfeccionado la incorporación de la *cuestión civil* al procedimiento penal.

No encontramos en nuestra legislación positiva, preceptos de protección a la víctima que no participe en el procedimiento, sino que interviene en él esporádicamente, como informante y de manera coactiva.

VII. No está de más repetir, a esta altura del discurso, la necesaria coordinación de fines y metas entre el Derecho penal material y el Derecho proce-

<sup>62</sup> Esa solución propuesta por el Pr CPP Guatemala, 17

<sup>63</sup> El primer nombre en Claria Olmedo, *Tratado*, cit., t. II, n.º 546 y ss., pp. 322 y ss., y n.º 558, pp. 343 y ss., y el segundo,

p. ej., en Oderigo, Mano, *Derecho procesal penal*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 230 y ss

sal penal. Cada uno con sus mecanismos propios puede auxiliar a la incorporación del interés (objetivo: bien jurídico) que perturba el delito, a la escena del sistema penal. Seguirá, en adelante, una sucinta enumeración de las posibilidades actuales del Derecho procesal penal, como realizador del Derecho penal sustantivo.

**b) El caso penal como conflicto privado prevaeciente y la aplicación de la autonomía de la voluntad en el procedimiento penal**

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

Empero, dentro de la organización estatal actual, esa vía se reduce considerablemente, pues corresponde a la naturaleza del Estado-nación, con un poder político central alejado del ciudadano, un Derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial (control social directo para las condiciones elementales de la vida social pacífica, dentro del sistema). Si se tiene en cuenta tal limitación, justificada bajo la perspectiva de que el delito representa un daño social, por sobre el daño individual que pueda causar, la entrega de gran parte del poder penal a manos privadas siempre será una excepción en este sistema y esta excepción deberá ser fundada en argumentos serios, que justifiquen, racionalmente, esa transmisión del poder. La absoluta supremacía del interés privado sobre el interés público, en tanto este último no se manifiesta —el daño social queda oculto—, conforme a la naturaleza del delito, sino a través de la ofensa privada, sentida como tal, según sucede en los actuales delitos de acción privada, es uno de esos argumentos. La excepción deja espacio para los delitos de escasa significación —bagatela—, existentes en casi todos los tipos penales, sobre todo en los delitos contra la propiedad (¡muy evidente!), por la imposibilidad del legislador de definir los comportamientos sin abarcar algunos insignificantes o de menor importancia, pues, en esos casos, también se puede afirmar que el daño social no es, por sí mismo, evidente o considerable, y sólo entra en consideración cuando lo expresa el portador del bien jurídico concreto dañado<sup>64</sup>. También aquí la valoración procesal es oportuna, pues

el procedimiento llevado a cabo, sobre todo por su publicidad, puede perjudicar aún más el interés dañado por el hecho punible, razón por la cual se preferirá evitarlo cuando el ofendido, por esa causa, no autoriza su realización, consideración que justifica casi todos nuestros delitos dependientes de instancia (CP, 72: *strepitum fori*); se agrega aquí, por lo general, que esos delitos, aún graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior. Inclusive el mismo interés estatal puede anteponerse a la persecución pública, como sucede con el secreto oficial violado, que sufriría aún un desmedro mayor, si se lleva a cabo la persecución penal, argumento que fundaría la necesidad de una autorización para perseguir del órgano estatal competente.

II. Sobre todo cuando delitos graves, por excepción, son ponderados a la luz de los criterios anteriores y el interés privado reclama atención por sobre el interés público, se preferirá admitir la *instancia privada* como solución, pues expresado el interés privado en la persecución penal, el interés público se libera de sus trabas y reclama la persecución del delito, conforme a su gravedad.

Es recomendable, sin embargo, prever la *retracción* de la instancia, pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada<sup>65</sup>.

La *autorización estatal* se debe tratar a semejanza de la instancia privada, analógicamente<sup>66</sup>.

III. Es recomendable una revisión cuidadosa de toda la parte especial del CP y de las leyes penales especiales, que tenga por base la ponderación enunciada, para agregar el catálogo de los delitos perseguibles privadamente, o necesitados de la instancia privada o de la autorización estatal, aquellos que sean justificados por los criterios anticipados. Tal incorporación puede ser específica, para un delito particular, por ejemplo, las lesiones o el homicidio culposos y las lesiones leves dolosas, o mediante una cláusula general, por ejemplo, delitos contra la propiedad cuyo daño no supere una suma determinada de dinero. Al mismo tiempo, al menos para la instancia privada y la autorización estatal, se debe alcanzar definiciones formales claras, con información exhaustiva previa al titular o titulares de la facultad, cuando ellos son conocidos y ubicables.

IV. La llamada *privatización* del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto (no de la ponderación abstracta, según se trató anteriormente) del interés compro-

<sup>64</sup> Weigend, *Kiktirmologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 776 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit.,

ps. 1160 y siguiente.

<sup>65</sup> Véase esa solución en el Pr. CPP Guatemala, 24.

<sup>66</sup> En contra: Pr. CPP Guatemala, *ibidem*.

metido o preferentemente comprometido. Nosotros mismos hemos recomendado el ingreso al Derecho penal argentino del principio de oportunidad, como modo de selección de los casos que son incluidos en el sistema penal (son perseguidos penalmente)<sup>67</sup>. Precisamente, cuando el Estado renuncia a perseguir hechos punibles cuya persecución, en principio, le es debida, por falta de interés público, y se expresa el interés privado en perseguir penalmente, es viable la transformación de la persecución penal pública, permitiendo la privada, a expresarse por intermedio del procedimiento regulado para este tipo de acción. Las formas procesales para que ello ocurra son relativamente sencillas: se necesitaría sólo una adecuada noticia a la víctima de la decisión estatal y, en su caso, un plazo especial, respecto del de la prescripción, si se lo considera necesario, para que el ofendido exprese su voluntad de perseguir penalmente. Se debe advertir, sin embargo, que no todos los casos de oportunidad son adecuados para la transformación: no lo son, por ejemplo, aquéllos en los cuales el Estado tiene un interés especial en la falta de persecución penal<sup>68</sup>.

La solución inversa, sólo instancia o acción privada allí donde el ministerio público no afirme interés por perseguir oficialmente, dentro de un catálogo limitado de delitos, es también posible, pero a mi juicio, inadecuada políticamente; con ella se logra que, en verdad, la voluntad privada desaparezca como condición de la actuación de la ley penal, pues basta la decisión del ministerio público, en el caso concreto, que afirma un interés público, para hacer desaparecer la condición<sup>69</sup>. Se observa que la solución es contraria a la concesión de poder a las personas privadas sobre el sistema penal y, por ello, retrógrada, según el punto de vista aquí aceptado, en general.

### c) Ampliación del valor de la autonomía de la voluntad en la solución de casos penales; la reparación en el procedimiento

I. No se trata ahora de reconocerle al ofendido derechos relativos a la persecución penal autónoma (acción privada) o sobre la persecución penal oficial (instancia privada), sino, antes bien, 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 sólo ella es del caso. La idea central que gobierna este capítulo y sus soluciones es, entonces, la reparación del injusto, la restitución al *statu quo ante* o al que debería tener si él no se hubiera cometido, tal como la estudiamos en el Derecho material. Al mismo tiempo, se trata, también, de solucionar ciertos casos pena-

les con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal. Por lo demás, la utilización de la autonomía de la voluntad, como principio para la solución de conflictos sociales, es de tanto o más valor, si reparamos en que el principio no se aplica aquí para conceder a alguien derechos de persecución (coactivos) sobre otro, sino, por lo contrario, para ofrecer o pactar, espontáneamente, al menos voluntariamente, una solución racional del caso.

Por supuesto, rige aquí también la máxima limitativa que, al menos en el actual estado del problema, sólo permitirá aplicar estas soluciones fuera de la zona de los delitos graves, esto es, preferentemente, en la zona de la criminalidad leve y media.

II. La *suspensión del procedimiento a prueba*, solución ya anunciada, será, posiblemente, el mecanismo más efectivo en el sentido expresado. El consiste en abrir un compás de espera, durante un plazo que fije la ley o el tribunal, dentro de una escala que permite la ley, para perseguir la aplicación de la ley penal, plazo durante el cual se suspenderá el trámite del procedimiento bajo la admonición de cumplir ciertas instrucciones o indicaciones del tribunal; una de esas instrucciones puede consistir en la reparación del delito, en la medida de lo posible o simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado; al vencimiento del plazo, pasible de prolongación dentro del máximo legal ante la inobservancia grave de una indicación del tribunal, si él ha cumplido satisfactoriamente las instrucciones, la pretensión penal se extingue y el procedimiento se sobreesee, a su favor, por esa causa; en caso contrario y, sobre todo, si el imputado comete un nuevo delito, la persecución penal continúa<sup>70</sup>.

Precisamente por ello, porque la persecución penal puede continuar después de un tiempo, se exige, normalmente, que se trate de casos en los cuales el imputado ha confesado su delito o, por lo menos, aceptado los hechos imputados por el acusador, sin perjuicio de, eventualmente, incorporar otros que lo favorezcan o discutir el significado jurídico de los hechos<sup>71</sup>. La condición se justifica por la pérdida de elementos de prueba a raíz del transcurso del tiempo, mengua que no puede recaer sobre el acusador, ni sobre la víctima, pues, de lo contrario, haría fracasar la institución; el imputado, en cambio, debe correr él mismo el riesgo de no probar los hechos que lo favorecen y asegurar de antemano esa situación (incluso requiriendo al acusador público o al juez la realización de ciertos actos que permitan asegurar los medios de prueba para el futuro, como condición de su consentimiento). Otras condiciones

<sup>67</sup> Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. I, b. p. 223 y # 8, C. 3, pp. 555 y ss.; ver también Pr. CPP Nación (1986), 230 y ley complementaria de reformas al CP, 71 bis; Pr. CPP modelo Iberoamericana, 230, Pr. CPP Guatemala, 249.

<sup>68</sup> Cf. las soluciones en el Pr. CPP Guatemala, 17.

<sup>69</sup> CP, 72, inc. 2. Esa es la solución alemana respecto de los delitos que requieren instancia cf. Zielinski, Diethart, *Stranfantrag Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen*, en *Gedachtnisschrift*

*fur Hilde Kaufmann*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1986, pp. 884 y s.; Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 765, en especial nota 20.

<sup>70</sup> Ver la solución en el Pr. CPP Nación (1986), 231 y ley complementaria de reformas al CP, 28 bis; Pr. CPP modelo Iberoamericana, 231, Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

<sup>71</sup> En este último sentido, los proyectos citados inmediatamente antes.



se refieren, ordinariamente, a la gravedad del delito, o de la pena que se espera en concreto o a la forma de su ejecución (condicional).

III. Independientemente o en conexión con esta solución, se propone anexas al procedimiento penal un *procedimiento especial de restitución o de conciliación*<sup>72</sup>. Con algunas deficiencias, nuestro Derecho positivo —y también el Derecho comparado<sup>73</sup>— conoce instancias conciliatorias previas, para los delitos de acción privada. Un procedimiento de este tipo debería ser incorporado, aun 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 (ofendido o imputado), o por decisión de las autoridades de la persecución penal oficial (ministerio público) o del propio tribunal; el procedimiento, en todo caso, se debe llevar a cabo ante un juez excluido de integrar, eventualmente, el tribunal del juicio o ante un árbitro, con el objetivo principal de impedir que el contenido material de este procedimiento influya en la sentencia<sup>74</sup>. El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. Cualquiera de ambos puede, libremente, negarse a colaborar o a tomar parte en este procedimiento.

Ordinariamente se fijan algunas condiciones iniciales para la procedencia de este procedimiento. En primer lugar, juega aquí su papel la reducción de la solución reparatoria a los delitos leves o de mediana gravedad, y la exclusión absoluta de los delitos graves; hasta se postula que esta solución conviene sólo para aquellos casos en los cuales se espera, en concreto, la condenación condicional o la suspensión condicional de la pena<sup>75</sup>. También se exige, como requisito de idoneidad para la aplicación del procedimiento, que el imputado haya confesado el delito. Con ello se pretende resolver el reproche fundado en que la realización de este procedimiento significa, prácticamente, una confesión para el procedimiento posterior (juicio), en caso de fracaso<sup>76</sup>.

Como meta del procedimiento se postula por cierto, en principio, la conciliación entre imputado y ofendido y la reparación del daño eventualmente provocado, solución que, o bien evita la pena, con o sin condena, o la disminuye considerablemente. Si fracasa la conciliación, o el imputado no puede, por alguna razón práctica, reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo sincero por alcanzar esta solución podría ser certificado por quien preside el arbitraje,

para ser hecho valer a la hora de decidir el caso, sobre todo, al decidir sobre la pena.

De aquí depende otra de las objeciones principales contra este procedimiento: el agente queda al arbitrio de los deseos de conciliación de la víctima, hasta de la extorsión ejercida por esa vía y por el ofendido<sup>77</sup>. La objeción, que sólo se referiría, seguramente a casos marginales, y no a la generalidad, es posible de remediar, en gran medida, con una regulación que no haga depender de la voluntad de la víctima, sino de la del agente, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o de disminuir la gravedad de esta última; un texto así se encuentra para la *suspensión a prueba del procedimiento* en los proyectos aquí citados anteriormente: «...el acusado hubiere reparado el daño convenientemente, afianzare suficientemente esa reparación, demostrase la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiese formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba»<sup>78</sup>.

#### d) El ofendido en los delitos de persecución oficial

I. Esta es la segunda de las vías de participación plena del ofendido en el procedimiento penal. Es, como se sabe, conocida por nosotros sin más limitaciones que aquellos delitos que toleran una víctima individual, en el procedimiento penal federal, y rechazada por el movimiento que conformó los llamados códigos modernos. Este es, según también se vio, un aspecto digno de reflexión y de reforma en la legislación procesal penal argentina futura, y, supuesta la necesidad de permitir el ingreso del ofendido al procedimiento penal oficial, antes discutida, existen dos modos principales de incorporarlo: concederle derechos autónomos para acusar —por ello llamado *querellante conjunto*—, al lado del ministerio público, o permitirle su intervención sólo en la medida en la que colabore con la persecución penal oficial y la controle —por ello llamado *querellante adhesivo*—. Esta última forma supone cierta accesoriedad de la persecución penal del ofendido, que depende, en último término, de la persecución penal oficial. Tal accesoriedad, vista desde el ángulo de observación afirmativo, supone siempre la dependencia de la acción pública, como condición del ejercicio de la acción privada —por cierto, en los delitos de acción pública—, cualquiera que sea el grado de autonomía procesal que se decida para la actuación del acusador adhesivo. En razón de ello es que, des-

<sup>72</sup> Cf. Schöch, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Ed. C.H. Beck, Munich-Frankfurt, 1984 (año 4.º), III, 6, pp. 390 y s.; Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 52; Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VIII, 2, pp. 719 y siguiente.

<sup>73</sup> Ver OPP República Federal de Alemania, # 380.

<sup>74</sup> Los proyectos arriba citados usan el procedimiento intermedio para estos fines, específicamente, y para decidir acerca de la suspensión del procedimiento a prueba; y ese procedimiento, que en sí está pensado para admitir o rechazar la apertura del juicio (procedimiento principal), se lleva a cabo por jueces que no participarán luego en el debate y la sentencia

<sup>75</sup> Esta previsión en los proyectos argentinos citados, por reflejo de su referencia a la suspensión del procedimiento a prueba

<sup>76</sup> Schöch, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 390. Para los proyectos citados no se requiere tanto: basta la conformidad del imputado con una imputación formal, con él o los hechos allí descritos, sin perjuicio de que, de proseguir el procedimiento, el acusado pueda incorporar otros hechos favorables a él o discutir el significado jurídico de la imputación

<sup>77</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 720.

<sup>78</sup> Cf. Pr. CPP Nación (1986), 231, y Ley Complementaria de Reformas al CP, 28 bis, Pr. CPP modelo Iberoamérica 231; Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

de el punto de vista negativo, al acusador adhesivo no se le permite básicamente requerir la apertura del juicio (acusar) o recurrir la decisión final, autónomamente. Tales actos, cuando son producidos por el querellante adhesivo en presencia de un comportamiento procesal contrario del ministerio público (requiere el sobreseimiento o el archivo, u omite recurrir) o, cuando menos, de un comportamiento similar del acusador oficial, pero menos comprensivo respecto del objeto del procedimiento (omite alguna circunstancia de valor jurídico o limita su recurso), desencadenan mecanismos de control judiciales (en el mismo procedimiento y por autoridades jurisdiccionales) o jerárquicos (dentro de la organización del ministerio público) sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. La decisión de admitir la *querrela conjunta* de parte del ofendido, supone plena autonomía de actuación, no tan sólo formal, sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal); ejercida también por él, sin limitación alguna.

En el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 269 y 339, se propone de manera principal la solución de la *querrela por adhesión*; ver también Pr. CPP Nación (1986), 269 y 339, y Pr. CPP Guatemala, 289 y 360. El querellante adhesivo sólo puede adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado u omite alguna circunstancia, para que ella sea ampliada convenientemente, u objetar el sobreseimiento o clausura del procedimiento pedidos por el ministerio público, requiriendo que se lo obligue a acusar. El tribunal competente para el procedimiento intermedio efectúa el control de legalidad de los requerimientos conclusivos de la instrucción preliminar, efectuados por el ministerio público, y decide en el caso. El recurso de casación contra la sentencia o contra un auto que pone fin a la acción, o impide que ella continúe, interpuesto por el querellante adhesivo, desemboca en un control interno del ministerio público, cuando se opone a la falta de recurso del acusador oficial o aquel recurso es más amplio que el de este último. La diferencia de criterio se justifica por la naturaleza esencialmente *dispositiva* de los recursos.

El actual CPP nacional, 170 y cc., aunque con lagunas, es un paradigma de la *querrela conjunta* en los delitos de acción pública y así ha sido interpretado. Única excepción y parcial: la legitimación para interponer recurso extraordinario ante la CSN, facultad que, por regla, la Corte no le reconoce al querellante conjunto (*Fallos CSN*, t. 260, p. 114 y otros allí cits.).

Si, como hemos visto, el sistema penal no sufrirá cambios fundamentales en un futuro inmediato, esto es, si él conserva la pena estatal y la persecución penal pública, la solución de la *querrela adhesiva* es

la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la supuesta víctima en el procedimiento penal represente un menoscabo (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos, una carga demasiado pesada para él. La primera afirmación se justifica, pues, permitir en ese sistema plena autonomía a la acusación privada significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por tanto, la decisión legislativa —presupuesta como tomada de antemano por el legislador— de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el ministerio público. Acusar o recurrir la sentencia autónomamente significa precisamente asumir la persecución penal de manera principal, no accesoria. Decimos que la solución defendida es más adecuada al Estado de Derecho, pues, mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que crea un doble acusador, más aun cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad, y mantener el precario equilibrio procesal logrado, a duras penas, entre la persecución penal pública y la defensa del imputado, según ya tuvimos oportunidad de observar.

II. A mantener y a asegurar mejor este equilibrio, y, concomitantemente, a una colaboración más profunda y eficiente de la víctima con el ministerio público, se puede arribar por una vía distinta, recomendable de explorar en el futuro inmediato. Si la supuesta víctima, legitimada para querellar conjunta o adhesivamente, se halla en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna del ministerio público, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del ministerio público, incluso prestando las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización<sup>79</sup>. Esta forma de colaboración sí significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal. Y con beneficios, pues, en primer lugar, existen víctimas seguramente más idóneas para perseguir, en el caso concreto, que la organización del ministerio público (supóngase una entidad económica o financiera defraudada), como de ordinario ocurrirá con las asociaciones creadas, precisamente, para la persecución de ciertos delitos o para la protección de ciertos bienes jurídicos<sup>80</sup>; y, en segundo lugar, porque permitirá ali-

<sup>79</sup> Esta solución en el Pr. CPP Guatemala, 17 y 294, párr. III.

<sup>80</sup> Se puede pensar en las asociaciones creadas para proteger el medio ambiente o los animales, comunes en nuestro país. Empero, seguramente la prueba más irrefutable de lo que venimos diciendo la han proporcionado, con cualquier aquiescencia o crítica posible, las asociaciones creadas a raíz de la violencia militar desde el poder político, para proteger los derechos huma-

nos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible tan siquiera la persecución penal mínima que en nuestro país se llevó a cabo respecto de los hechos punibles aberrantes, cometidos desde el ejercicio del poder político y público. A esas asociaciones se debe, asimismo, el éxito en el descubrimiento o desarrollo en nuestro país de nuevas técnicas de investigación, que no sólo sirvieron para la persecución penal, en sentido estricto, sino precisamente

viar la carga de trabajo del ministerio público, que dedicará los esfuerzos ahorrados a perseguir otros casos con más eficiencia.

La institución supone el control de la víctima autorizada por la organización del ministerio público, esto es, por alguna oficina o algún funcionario de esa organización, para evitar iniquidades o arbitrariedades en el ejercicio del poder de perseguir penalmente y para sujetar al acusador privado, en lo posible y recomendable, a la legalidad y objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedará así ligada accidentalmente a la organización del ministerio público (así como el jurado queda ligado a la organización judicial, para el caso concreto: juez accidental), y, por tanto, vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función. La colisión entre los intereses de la víctima y los del ministerio público se soluciona fácilmente; en tanto la víctima no desee cumplir una instrucción o el ministerio público estime que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir o una instrucción determinada, por decisión de uno u otro, cada uno de ellos retorna a su papel ordinario: el ministerio público retoma la persecución penal oficial y la víctima vuelve a su papel de querrelante; por ejemplo, si la víctima quiere recurrir una sentencia que el ministerio público considera justa, o viceversa.

Esta sería una manera, y una de las más indicadas, de participación ciudadana en el ejercicio del poder, una manera de acercar al ciudadano al ejercicio real del poder político, de tornarlo responsable por su ejercicio, de mayor necesidad en nuestro ámbito, puesto que se trata, como en el caso de los jurados, de la administración de justicia.

#### e) El ofendido como actor civil; la solución de la cuestión civil en el procedimiento penal

El ofendido —y algunos sustitutos que lo representan o que están legitimados para obrar independientemente en esa posición— puede aprovechar el procedimiento penal —de persecución oficial o privada— para plantear en él, por iniciativa propia, su pretensión reparatoria. Acerca de la regulación jurídica de este *procedimiento de adhesión*, como se lo designa en Alemania (OPP República Federal de Alemania, 403 a 406 c), no es necesario explayarse, porque éste no es el lugar adecuado y porque, en lo que a política jurídica se refiere, no hay duda

de que existen sistemas internos adecuados de regulación del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal<sup>81</sup>. Por lo demás, la literatura jurídica sobre el tema es —a raíz de la posición legislativa lograda— buena, aunque escasa y, parcialmente, ya cargada de años<sup>82</sup>, y contamos con traducciones suficientes de sistemas con prestigio universal<sup>83</sup>. El sistema comprende a la demanda tanto del daño material como moral. Los únicos consejos son: primero, uno negativo, no dar paso atrás alguno y, al menos, conservar el sistema, quizás con pequeñas correcciones que aquí no vienen al caso discutir; y, después, corregir la organización judicial, de manera que la delegación de la acción civil sea un método eficiente de *asistencia y acceso a la justicia* para las víctimas de escasos recursos.

El sistema comprende también a otros interesados en la reparación del daño material y moral, como el *tercero civilmente responsable*, según la ley civil, quien puede intervenir voluntariamente en el procedimiento, aunque no haya sido ejercida en él la acción civil por la víctima o por quien esté legitimado para hacerlo. Esto demuestra el buen origen ideológico de la legislación, pues permite afirmar que todas las facultades, tanto las de la víctima como las concedidas a otras personas, son derechos de defensa de intereses reconocidos por la ley, en un procedimiento judicial, que trata el tema íntegramente.

#### f) La víctima y el procedimiento en general

I. La participación del supuesto ofendido como sujeto del procedimiento penal, en cualquiera de los papeles que hemos visto y defendido, parte del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente en materia relativa a su propio interés particular. La víctima puede así, por propia decisión, omitir participar en el procedimiento; más aún, así sucede cuando la víctima omite —objetivamente— participar aun sin tomar una decisión consciente acerca de esa omisión, pues, o bien no conoce la existencia del procedimiento (oficial), o bien desconoce sus facultades, datos importantes de considerar precisamente ahora.

Para subsanar esos inconvenientes es que se aconseja que en una serie de oportunidades procesales, el supuesto ofendido sea informado acerca de la existencia del procedimiento penal, de su estado y de las facultades que puede ejercer en él. Sobre todo, estas reglas resultan particularmente necesari-

también para intentar un regreso al *statu quo ante* (me refiero a la identidad de personas «desaparecidas», en especial de niños cuyos padres fueron asesinados y, por ello, entregadas las cráteras a padres adoptivos, de buena o de mala fe, en algunos casos).

<sup>81</sup> Cf. la opinión extranjera, en Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734

<sup>82</sup> Cf. fundamentalmente, Velez Mariconde, Alfredo, *La acción resarcitoria*, edición del autor, Córdoba, 1965; Nuñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal* (2ª edición, reedición actualizada de *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, 1948), Ed. Córdoba, Córdoba, 1982; Orgaz, Alfredo-Soler, Sebastian, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960-1968, t. I, números 235

y ss., pp. 319 y ss., t. II, n.º 604 y ss., pp. 437 y ss., t. IV, n.º 1164 y ss., pp. 58 y ss. Recientemente: Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

Es bueno aclarar que a esta posición se llegó a través del CPP Córdoba (1939), producto académico que incorporó lo mejor de los ejemplos que brindaba el Derecho comparado. El CPP Costa Rica, 9 y ss., y 56 y ss., es también tributario de esa corriente legislativa.

<sup>83</sup> Acerca del prestigio universal del sistema denominado como el de la *actio civile*, cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., pp. 739, 741 y 742 (Italia, Francia, España, Grecia); y, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VII, 2, pp. 715 y ss.

rias durante la instrucción preliminar, cuando se clausura o archiva el procedimiento —o cuando se pretende clausurarlo o archivarlo—, a fin de que el ofendido pueda decidir si interviene en él y/o recurrir las resoluciones indicadas o inclusive la propia asunción de la persecución penal, cuando ello es posible (transformación de la acción pública en privada: 3, b, IV)<sup>84</sup>.

II. Cualquiera pensaría, ante ello, que la víctima se puede liberar del procedimiento penal por propia voluntad. Sin embargo, no es así: el sistema penal moderno le *expropió* a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como informante<sup>85</sup>. La víctima está *obligada* a comparecer en el procedimiento para informar como testigo (CPP Buenos Aires, 145; CPP Córdoba, 242, 93, 397; CPP Salta, 244, 87 y 412; CPP Mendoza, 244, 88 y 416; CPP La Rioja, 279, 90 y 415; CPP Catamarca, 209, 213 y 344; CPP Santiago del Estero, 205, 57 y 332; CPP La Pampa, 244, 82 y 343; CPP Jujuy, 223, 234, 88 y 379; CPP Corrientes, 241, 93 y 410; CPP Entre Ríos, 240, 95 y 390; CPP Chaco, 226, 84 y 367; CPP Santa Fe, 246 y 250 [ver también CPP Costa Rica, 225, 226 y 68]; regla contraria inusual: CPP nacional, 276, inc. 10) e, inclusive, obligada a relatar la verdad y a no omitir nada sobre el objeto de su interrogatorio, en principio (CP, 275, en relación a aquellas reglas). En estos casos, la tendencia moderna —en países de nuestra área cultural— impulsa más y más un sistema de *protección a la víctima testigo* (a veces privado), que comienza por quitarle el miedo por su comparecencia en el procedimiento judicial, por orientarla de su comportamiento y brindarle la ayuda necesaria (*Kindergarten*, desplazamiento, espera agradable, indemnización por el tiempo perdido, etc.), continúa por la protección contra agresiones resultantes de su posición en el procedimiento y por evitar daños mayores (permisión de ser acompañada con una persona de confianza, durante las declaraciones, exclusión de la publicidad, etc.) y termina por su asistencia jurídica; hoy se reconoce el derecho de la víctima a concurrir al procedimiento en compañía de un abogado que la asista<sup>86</sup>. Dejamos de lado las ayudas compensatorias por parte del Estado, en casos de hechos punibles graves, con ejercicio de violencia, porque excede el propósito de este trabajo<sup>87</sup>.

III. Otras veces resulta necesario escuchar a la supuesta víctima antes de tomar ciertas decisiones.

<sup>84</sup> Cf. Pr. CPP Guatemala, 154, 270, 286 y 302, con las diferentes oportunidades y el alcance de la información, pasible de mejoras

<sup>85</sup> La verificación empírica de que más del 90 por 100 de las persecuciones penales comienza por la denuncia de la víctima, demuestra que ella es el principal vehículo de información del procedimiento penal y, en especial, de los órganos de persecución penal.

<sup>86</sup> Sobre todo esto, Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., II, 7, e, N.º marg. 167 y ss., pp. 112 y siguientes.

<sup>87</sup> Resumen del problema, sobre todo para el Derecho americano del norte, en Stark and Goldstein, *The rights of crime victims*, cit., III, pp. 102 y siguientes.

Ya el CP argentino, artículo 41, inc. 2.º, *in fine*, indicó el camino, un camino que es aconsejable para las leyes procesales penales. Por ejemplo, antes de clausurar la persecución penal oficial (sobreser o archivar), sobre todo cuando se permite la utilización de criterios de oportunidad, ante esa posibilidad, convendría escuchar a la víctima para no omitir algún grave interés comprometido; algo similar ocurre también por razones de equilibrio de influencias sobre la decisión del conflicto, con la posibilidad de que la víctima pueda ser oída antes de cerrar el debate y pasar a deliberar y votar la sentencia, como es oído el imputado, a pesar de no haber participado, como sujeto en el procedimiento penal<sup>88</sup>.

### g) La víctima y la organización judicial

No es un secreto que, al menos entre nosotros, se carece de un sistema organizado como servicio público de auxilio a la víctima<sup>89</sup>. Tan no lo es que la deficiencia se nota también en materia de Derecho privado donde el estudio de la cuestión constituye uno de los problemas políticos principales (acceso a la justicia) de la actualidad, también en el ámbito universal<sup>90</sup>. Sin posibilidad de demostración empírica alguna, creo que es en este ámbito —y no en el de creación de mayores facultades normativas— en aquél en el cual se puede progresar más rápidamente con relación a las víctimas de delitos, en las circunstancias históricas actuales. Un buen paso en este sentido incorporaría la posibilidad real de asistencia —al menos jurídica— para un elevado número de víctimas, y cualquier paso cuantitativo en este terreno significa, para las circunstancias actuales (escaso aprovechamiento de las posibilidades que brinda el sistema por las propias víctimas), una evolución cualitativa. Precisamente una de las críticas más expandida contra la incorporación de los intereses de la víctima al sistema penal, cierta empíricamente y, por ello más eficiente, utilizada sagazmente por aquellos que no consienten la incorporación, consiste en resaltar la inoperancia del sistema, su escasa utilización cuando existen facultades acordadas por las reglas jurídicas a la víctima<sup>91</sup>.

Si se ligan ciertos progresos normativos con la reparación y un mejor desarrollo procesal de las facultades de la víctima en el procedimiento penal, con un acceso adecuado de la víctima al mundo judicial, la mayoría de las veces inescrutable de antemano y motivo de temor para la víctima (curioso: idéntico temor al del imputado; reflejo: temor ciudadano ante

<sup>88</sup> Cf. Pr. CPP Guatemala, 339.

<sup>89</sup> Sólo conozco el que ha comenzado a funcionar en Córdoba, gracias a los desvelos de la doctora Hilda Marchiori; y, sin especificidad alguna —al contrario, a veces excluyendo la asistencia en materia penal—, los consultorios jurídicos de las universidades o de los mismos poderes judiciales, escasos, pequeños y con recursos humanos y materiales pobres.

<sup>90</sup> Cf. Cappelletti, Mauro y Briant, Garth, *El acceso a la justicia* (trad. por Amaral, Samuel), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983; entre nosotros: Berzonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987.

<sup>91</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VI, f, p. 712.

los tribunales de justicia), se podrían esperar resultados convincentes.

Entre nosotros ya han sido dados algunos primeros pasos. Uno de ellos es la llamada *delegación de la acción civil*, instrumento teórico para corregir el acceso de la víctima a la justicia penal y para lograr que se le repare el daño. Faltaría crear un sistema de asistencia real, eficiente, al cual la víctima se pueda dirigir en busca de auxilio.

Una vía recomendable resulta del camino esbozado por el proyecto de transformación de la justicia penal, Pr. LOJ (Ley Orgánica de los Tribunales Penales, el ministerio público y el servicio de defensa oficial), libro cuarto, título III. Con motivo de la necesaria organización de la defensa oficial, se pensó también en la defensa de los intereses de la víctima sin posibilidades reales de ejercer sus derechos. El Servicio Oficial de Defensa, creado a partir de la organización de los Colegios de Abogados (Federación Argentina de Colegios de Abogados), debía cumplir no sólo la tarea de lograr adecuada defensa para el imputado, sino también socorrer a la víctima<sup>92</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

A mí me parece que de la información aquí contenida y de las argumentaciones que sostienen los distintos puntos de vista y propuestas concretas, se pueden extraer las enseñanzas siguientes, a manera de síntesis de la tendencia político-criminal actual. Por supuesto —y el lector lo habrá observado—, quien escribe se halla comprometido con la idea básica que sugiere la tendencia: la nueva incorporación de la víctima del delito al sistema penal.

a) Este es el primer intento directo desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta<sup>93</sup>, por dismantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí, pero el primero que desde el nacimiento del Derecho penal que gira alrededor de la pena estatal, toca su fundamento. El intento responde más allá de los problemas que crea la realización del modelo a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos —o estaremos— suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios —al menos—, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados. El intento supone por ello, en su horizonte negativo, que el Estado abandona —en la medida del intento— primero su papel

tuitivo de la paz entre los hombres congregados y, en segundo lugar, a la herramienta del Derecho penal y de la pena como medio directo de control social de sus súbditos, para, a lo sumo, pasar a desempeñar por intermedio de sus organismos de administración de justicia un servicio (público) a ciudadanos que intervienen activamente en el ejercicio del poder, sugerido por cualquier organización social —que participan del ejercicio del control pacífico de sus conciudadanos—, y disponen de él.

b) Más allá de esta visión teórica, principista, en el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendentes a que esas soluciones se realicen prácticamente en una medida considerable. Se debe reconocer que, mientras perdure la forma de organización política que conocemos como Estado nación, esto es, mientras se mantenga el alejamiento del poder político central de los ciudadanos que conforman ese poder y lo legitiman, tal realidad política será una valla difícilmente superable para este tipo de soluciones. El cabildo, la organización política local, la justicia de barrio o vecinal, como se postuló<sup>94</sup>, con la proximidad del ciudadano al ejercicio del poder, conforma el caldo de cultivo más idóneo para este tipo de soluciones<sup>95</sup>. Por ello, resulta previsible que, a pesar de la generalidad argumental que sostiene a esta tendencia y de los remedios elaborados para un uso generalizado, debemos satisfacernos con pequeños logros y con una subutilización —empírica— de las posibilidades creadas legalmente. Este último no es un argumento de principio que deba evitar el esfuerzo. Por lo contrario, el esfuerzo debe perseverar para hallar algunas soluciones viables en el futuro inmediato, sin perjuicio de desarrollar su forma argumental y sus soluciones abstractas.

c) La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla:

- I) en el Derecho contravencional;
- II) en el ámbito de los delitos más leves y de mediana gravedad;
- III) en ciertos delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima, si no se procede de esa manera, costos que no están en relación con el daño social estimado, y sobre los cuales sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado, íntimo, del interés protegido;

IV) en el ámbito de la determinación de la pena.

d) La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen en el sistema penal actual el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades.

Dentro de ese marco, son recomendables ciertos mecanismos de ayuda para estas soluciones, que

<sup>92</sup> Cf. Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata n.º 2 de «Doctrina penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

<sup>93</sup> Según incluso el tiempo histórico de realización que cada proponente ha tenido en cuenta: si no se tratara del futuro inme-

diato, generacional, p. ej., nosotros estaríamos cerca de la posición de Malhofer, citado en el texto (ver 2, a).

<sup>94</sup> Cf. Hulsman-Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit., pp. 119 y siguientes.

<sup>95</sup> No sería utópico pensar en soluciones similares para el Derecho contravencional.

representan en todo caso, una renuncia total o parcial al ejercicio del poder penal por parte del Estado. La solución conciliatoria o reparatoria, su compensación por otras prestaciones y el esfuerzo del agente por componer el conflicto para la víctima, en la medida de sus posibilidades, debería ser condición del perfeccionamiento de toda remisión, total o parcial, de la pena o de la misma condena (condena condicional, suspensión a prueba de la pena, remisión del resto de la pena o libertad condicional) y hasta de la renuncia del Estado a la misma persecución penal (suspensión del procedimiento a prueba).

e) Se puede ampliar de diferentes maneras el ámbito en el cual desempeña un papel la autonomía de la voluntad privada en la persecución penal:

I) incorporando otros delitos a la persecución penal privada o la necesidad de la instancia o de la autorización estatal para su persecución oficial;

II) permitiendo la retractación de la instancia o de la autorización estatal;

III) permitiendo que la víctima asuma la persecución penal, por vía del procedimiento por delito de acción privada, cuando el Estado por algunas razones de *oportunidad*, niegue el interés público comprometido y, por ello deje de perseguir penalmente.

f) La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal y, de hecho, su intervención ha sido necesaria en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconozcan derechos igualitarios de participación. La supuesta víctima (ofendido) puede intervenir en el procedimiento penal cumpliendo eventualmente tres papeles posibles:

I) acusador, excluyendo toda persecución oficial, en los delitos de acción privada o conjuntamente con el ministerio público o en colaboración con él en los delitos de persecución penal oficial;

II) actor civil, pretendiendo la reparación del daño causado por el delito, según reglas del Derecho civil;

III) testigo, informante sobre el tema del procedimiento penal. El reconocimiento jurídico de estos tres papeles debe ser tarea del ordenamiento jurídico, principalmente de la ley procesal, al regular las facultades que diferentes personas ejercen durante el procedimiento.

g) Fuera de los casos reconocidos por la ley para la persecución penal privada, si se mantiene el sistema de persecución penal oficial, conviene más, tanto a la esencia del sistema, como al resguardo de los derechos defensivos del imputado, que el

ofendido no participe en el procedimiento como otro acusador autónomo (*acusador conjunto*), sino, antes bien, es preferible concederle el papel de un colaborador del ministerio público, ejerciendo tareas de control y complementación (*acusador adhesivo*).

Inclusive, el supuesto ofendido podría formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público en tanto por su idoneidad para cumplir ese papel, se le confíe, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Tal representación supone una inversión relativa de su papel, pues se someterá al control y supervisión del ministerio público.

h) Es satisfactorio, como ejemplo, la evolución normativa del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal argentino.

i) Aunque no participe en el procedimiento penal oficial, el supuesto ofendido tiene derecho:

I) a controlar la legalidad de los actos y resoluciones que impliquen clausura o archivo de la persecución penal;

II) a asistencia para su comparecencia en el procedimiento, sobre todo a la asistencia jurídica y al asesoramiento de un abogado durante su informe;

III) a que se escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura de la persecución penal.

j) El Derecho de protección a la víctima debe avanzar, sobre todo, en la creación de un servicio, parecido al de la defensa oficial o, quizás, aprovechándolo que sirva a la asistencia de las víctimas cuyos recursos económicos no son suficientes para ejercer los derechos que les competen. Lograr un resultado cuantitativo en este ámbito provocará, seguramente, cambios cualitativos del sistema.

k) Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen precisamente para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos; ello es importante, sobre todo, en presencia de ataques sufridos por bienes jurídicos colectivos o universales.

l) No resulta posible tolerar en el actual estado de la política criminal, paso atrás alguno en esta materia. El punto más conservador de la escala debe estar constituido por el sistema vigente; un regreso, como plantea por ejemplo el Pr. CPP aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación, respecto de la legislación nacional vigente, debería descartarse sin más<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> Allí se postula una nueva desaparición de la víctima del procedimiento oficial, frente a la participación que tiene acordada en la ley vigente. Quienes se oponen al movimiento en favor de la víctima y a las nuevas soluciones propuestas dejan bien en claro

su conformidad con las facultades que se les acuerdan actualmente, en general suficientes para ellos, y hasta postulan alguna nueva posibilidad: cf Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 699 y siguientes