

# Los conflictos del Derecho Penal material y Procesal Penal acerca del lugar del ofendido

**ELÍAS GERMÁN GRAFEUILLE**



**Juris online**

*información jurídica integral desde 1952*

[www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com)



© Copyright by  
EDITORIAL LIBRERÍA JURIS  
de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario  
Telefax 0341-4267301/2  
República Argentina  
editorial@editorialjuris.com  
www.editorialjuris.com

Edición junio 2020

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.  
Derechos reservados.  
Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina  
*Printed in Argentina*

edición rústica.

ISBN 978-950-817-428-4



Grafeuille, Elías Germán  
*Los conflictos del Derecho penal material y procesal penal acerca del lugar del ofendido* / Elías  
Germán Grafeuille. - 1a ed. - Rosario : Juris, 2020.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga  
ISBN 978-950-817-428-4

1. Derecho Penal. 2. Víctimas. I. Título.  
CDD 345.03

## ELÍAS GERMÁN GRAFEUILLE

Abogado (UNC), Procurador (UNC), Magíster en Drogadependencia (UNC), Diplomado en Delitos de Crimen Organizado (UBA), Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UCA), y Maestrando en Derecho Penal (UNL). Autor y coautor de libros, autor de varios artículos doctrinarios, miembro de Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, disertante en varios seminarios de capacitación, Director de la Diplomatura en Drogadependencia en el Grupo Congreso, Jefe de Despacho del Juzgado Federal de Bell Ville.

## ÍNDICE GENERAL

A. Presentación .....	7
B. Régimen del perjudicado .....	12
B.1. Los derechos del ofendido como persona interviniente .....	15
B.2. La norma y su reconocimiento .....	20
B.3. Descripción del ofendido.....	26
C. El damnificado y su marco ante el Derecho Penal.....	31
C.1. El permiso de acceso a la acción penal.....	32
C.2. El modo en que procede la satisfacción de la víctima .....	34
C.3 La compensación y la aplicación en el Derecho Penal .....	37
D. La articulación entre la víctima y el proceso penal .....	40
D.1. El consentimiento en el marco del ordenamiento de forma .....	43
D.1. El proceso y la reparación como fin.....	46
D.2. Función del perjudicado penal en la indisponibilidad de actuar.....	48

E. Evaluación del ordenamiento.....	50
E.1. El rol previo y post ley 27.372 de la víctima.....	52
E.2. Luces y sombras de la reforma.....	58
F. Examen enmarcado con las nuevas disposiciones.....	59
G. Bibliografía .....	63

## **Los conflictos del Derecho penal material y procesal penal acerca del lugar del ofendido**

### **A. Presentación**

Una de las temáticas más atrapantes en los tiempos actuales dentro del proceso penal de corte occidental, en aras de su floreciente y asombroso estallido de las décadas del último siglo y los primeros años del que transcurre, y en atención a la presunta amplitud que podría llegar a difundirse en el marco jurídico y político de la comunidad en general, los derechos y garantías de las personas que son víctimas de delitos son una cuestión que requiere de un muy pormenorizado y elaborado análisis, que aún se encuentra practicándose, sin perjuicio de lo cual, en el presente se dará a conocer lo que puede llegar a ser auspiciante de debates dentro del contexto casuístico de la práctica diaria de los casos que llegan y necesitan de nuestro análisis.

A su vez, estas líneas tienen como base la idea de poder servir de respuesta a la innumerable cantidad de posiciones sin solución que el sistema jurídico legal deja a los diferentes operadores y letrados de nuestra ciencia, dado que es de práctica muy común para ellos que, el derecho penal y procesal penal siempre se encuentren con un atraso en cuanto a la satisfacción de textos que permitan comprender de modo más acabado posible lo que nuestros parlamentarios van legislando en torno a los propios menesteres que el gobierno del momento impulsa como interés.

Dicha situación tiene que ver con las razones que, para quienes por vocación intentamos buscar una respuesta a las diferentes problemáticas sociales, son por todos conocidas, vale decir, trabajos en condiciones precarias, escasos presupuestos universitarios o de investigación, bibliotecas sin libros actuales de los países rectores en el ámbito de investigación jurídica; escasa bibliogra-

fía nacional, en fin “achatación” y ocaso del mundo de la inteligencia y la cultura en nuestra sociedad<sup>1</sup>.

Todo el emprendimiento presente tiene que ver, con lo que un grupo de personas que se resiste a que se extinga una labor tan importante para el día a día de los letrados, conlleve la situación de eclosionar y mirar los puntos centrales de la ciencia del derecho que hoy estamos circulando, tornado de manera ineludible el estudio de las temáticas que van avanzando a paso firme y, respecto a ello, informarnos de las diversas extensiones.

Así, el posicionamiento actual que se está dando a la figura de la víctima se encuentra amenazando con alterar todo lo relativo al sistema penal, tanto desde la perspectiva material, como del aspecto formal, abarcando no sólo las cuestiones de índole general del derecho penal, sino también los distintos tipos penales que se localizan en la parte especial del mismo ordenamiento, siendo incluso de mayor intromisión en lo respectivo a las cuestiones procesales, llegando a trastocar hasta la misma ejecución de la pena<sup>2</sup>.

Esto se debe a que, en algún punto, las diferentes posiciones doctrinarias en lo penal, juntamente con las políticas criminales de los Estados, han dejado insatisfechas las inquietudes de los problemas que la pena no resuelve, lo que lleva a buscar una solución diferente que proporcione una mejor humanización de todo el ordenamiento en general, en su faz penal y procesal, ante la caída en descrédito de este sistema<sup>3</sup>.

De esta manera, nos encontramos ante una de las funciones más simples de la legislación penal, cual es la contención del poder punitivo del Estado, dado que, sin ella, este poder quedaría sin ningún tipo de control que lo dejaría librado al impulso de las diferentes fuerzas armadas y de seguridad que se implementen, lo que podría llegar a conllevar en la desaparición del Estado de Derecho y la república misma<sup>4</sup>.

Sobre esto, se ha realizado ya cuantiosas intervenciones en todo el globo, dado que la idea de reparar todo el sistema de sanciones jurídicos-penales mediante la utilización de un sustituto de la pena no es algo nuevo. Asimismo,

1 Maier, Julio B. J., “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, pág. 9.

2 Ídem, pág. 10.

3 Ídem.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar Alejandro, “Derecho Penal - Parte General”, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2002, pág. 5.

también se ha intentado lograr mediante el uso de alternativas, aminorar, suspender y admonizar las consecuencias dañinas para la víctima o el mismo autor, que traen aparejadas las conductas que superan el riesgo permitido por la norma, llegando incluso a ser concluyente en la determinación de la pena el esfuerzo por parte del autor para reparar los daños que haya ocasionado<sup>5</sup>.

Con este sentido, es que, según entiendo, el legislador ha tratado de que mediante la disposición legal que rige la materia de derechos y garantías de la víctima de un injusto penal, ley 27.372<sup>6</sup>, se socaven los inconvenientes antes referidos, y es en tal contexto que tal reforma ha tenido como punto crucial y objetivo particular, permitir que se amplifiquen las posibilidades de intervención de los ofendidos por delitos, otorgando también un entorno que admita establecer una protección integral a quien ha sufrido en virtud de tal acontecer y de esta manera intentar dejar atrás no sólo las inconsistencias de las penas, sino además, la situación marginal en la que la víctima se hallaba antes de esta norma<sup>7</sup>.

Para ello, debemos referirnos a la situación en la cual se postergó al ofendido a un plano más circunstancial dentro del proceso penal. Así, aparece la mención histórica del siglo XIII, cuando en el viejo continente se produjo un cambio en las relaciones de poder entre las personas que permitió que se tergiversara la posición que hasta ese momento la víctima tenía dentro de lo formal del proceso. En tal acontecer, el Estado se arrogó la posición de único afectado por la causa de eventos que determinó ilícitos, implicando una desnaturalización y quita de facultades a quien era el damnificado real del delito, vale decir, la víctima, llevando a una modificación sustancial del orden, la violencia y los conflictos, lo que a su vez vio reflejado un gran cambio en la posición de cada uno de los intervinientes en el proceso penal de ese momento, significando también la alteración de la aptitud para el logro de la verdad<sup>8</sup>.

5 Roxín, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, traducido por Julio B. J. Maier y Elena Carranza, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, pág. 131.

6 Grafeuille, Elías Germán, “Ley 27.372 – Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos – Tratamiento de la víctima a la luz de las últimas reformas procesales”, en obra colectiva “Reformas al Código Procesal Penal”, editorial Ediciones Jurídicas, año 2019, págs. 301/332.

7 Ortiz, Andrea, “El rol de la víctima en el sistema penal: la nueva Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 2018 – VIII, editorial La Ley, año 2018, págs. 66/67.

8 Flores, Pablo, “La situación de las víctimas de delitos en la República Argentina”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo 2017-2, Santa Fe, año 2018, págs. 129/131.

Todo esto estableció que la persecución de oficio que se implantaba dejara de lado el rol que tanto la víctima como la comunidad habían tenido hasta entonces, lo que permitió que conlleve el despojo de su papel para resolver los conflictos en los cuales ellos tenían una intervención crucial, desplazando a los miembros de la sociedad por funcionarios estatales que se encargarían de ejercer el monopolio del *ius puniendi*. Es en base a esto que lo que se intenta desde hace un tiempo es reparar el menosprecio ocasionado a quien es ofendido por una conducta delictiva por parte del Estado moderno, mostrando la contradicción latente de no haberlo protegido ante las desventajas que le ocasionaban ciertas conductas dañosas criminales, circunstancias que en la actualidad toman mayor fuerza para que todos los partícipes o partes del proceso penal, tengan su debido equilibrio frente a la Constitución, las normas y la naturaleza social<sup>9</sup>.

Las razones que llevaron a la quita de los roles determinados por el estado moderno y nuevamente en el proceso penal, tienen que ver en la incidencia de varias cuestiones de orden político-histórico, entre las cuales se encuentran los compromisos asumidos post segunda guerra mundial entre las diversas naciones y la evolución del proceso penal en una faz más acusatoria y adversarial. Ello, llevó a que se vuelva a reconocer a la víctima como parte del proceso penal, dándose incluso la extensión de carácter colectivo frente a los crímenes de lesa humanidad, terrorismo de Estado, entre otros, fenómenos que sacudieron a la Comunidad Internacional y a las comunidades nacionales en virtud de las conductas aberrantes que se conocieron<sup>10</sup>.

Este reconocimiento llegó en favor del ofendido, de sus familiares, los despojados, los vulnerables en general, es decir, campesinos, pueblos originarios, refugiados, menores, ancianos, mujeres, y demás personas que se encontraban descuidadas, desprotegidas o desamparadas por el sistema legal penal protector que debía cuidarlos, determinando con esto que la posición de la víctima y su legitimación para actuar en el proceso penal sea una de las temáticas con más resonancia dentro del cambio de los sistemas absolutistas o dictatoriales hacia una la democracia sustantiva, llevando consigo una completitud del sistema de decisiones judiciales, toda vez que, de no encontrarse

9 Ídem, págs. 131/133.

10 Ledesma, Ángela E., "Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia", en obra colectiva "Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales II", editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo 2017-2, Santa Fe, año 2018, págs. 24/25.

asegurado el derecho y las garantías de las víctimas y sus derechos humanos frente a las distintas vulneraciones que cotidianamente el Estado ejecuta, no se encontrarían satisfechos los principios que nutren el debido proceso y sus estándares, impidiendo proporcionar de esta manera una igualdad con los derechos que le asisten al imputado, permitiendo su complemento y dando una forma más acabada a la tutela judicial efectiva e idónea que determine una reparación integral del perjuicio sufrido y ocasionado<sup>11</sup>.

Con este parámetro es que podemos establecer que tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal sólo han dispensado una atención secundaria o alternativa al ofendido por el delito, permitiendo que algunos lo llamaran igualmente una "víctima del proceso penal" en virtud de los daños, las molestias, algunos maltratos, la humillación, entre otros, que estos intervinientes del procedimiento suelen padecer, ocasionando lo que en doctrina se denomina la victimización secundaria. Dicha situación llevó a que en la actualidad se le conceda un nuevo y revalorizado rol a la víctima, lo que conlleva una gran preocupación por parte de nuestros legisladores y de la política criminal<sup>12</sup>.

Todo esto nos sumerge al tratamiento de la nueva ley que tenemos en nuestro país de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, la cual amplía el campo de actuación de estas en el proceso penal, otorgando una mayor extensión de cobertura que le proporcionan un mejor acceso a la justicia y un superior intento de protección judicial por parte del Estado, quien provee mediante esta ley la satisfacción de la tutela judicial efectiva convencionalmente vigente (art. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Entre los muchos nuevos derechos que posee están, entre otros, el de requerir y serle proporcionado una mayor información sobre los aspectos en los que se enmarca y circula el proceso penal, pudiendo también solicitar, en virtud de esto, una contención, protección y asistencia de parte de las instituciones que se han dispuesto para ello, sin perjuicio de lo cual, no se ha modificado demasiado en cuanto a la participación que le incumbe dentro del proceso, siendo aún secundario y no determinante, más aún cuando todavía nos encontramos inmersos en un sistema que prima la oficiosidad de la

11 Ídem, págs. 25/26.

12 Cancio Meliá, Manuel, "Conducta de la víctima e imputación objetiva", <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>, págs. 341/345; y Barbirotto, Pablo Alejandro, "Tratamiento actual de la víctima en el proceso penal", <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46201.pdf>, pág. 1.

acción al hacer recaer en manos de representantes del Estado la disposición de la acción<sup>13</sup>, tal cual pasa con la posición de querellante, el que sólo puede optar por tener un papel no principal o no intervenir, sin posibilidad de tomar una participación autónoma en cuanto a los fiscales que detentan la acción penal pública.

Ahora bien, también es dable aclarar que, con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063, y su modificación al Código Procesal Penal Federal, ley 27.482, con corte de sistema acusatorio, no solo permite una correlación con la ley 27.372 que aquí se analiza, sino también complementa con las restantes normas del ordenamiento formal que, en principio, implica un verdadero cambio de paradigma en el proceso penal de Argentina. Sobre tal circunstancia, se muestra auspicioso la posibilidad de que la acción penal pública dé un giro en cuanto a su impulso y permita la posibilidad de convertirla, cuando el representante fiscal no quiera continuar la instrucción, en un delito de acción privada con tintes adversariales y limitaciones procedimentales, no obstante lo cual, demuestra la idea que nuestros parlamentarios tuvieron en momentos de buscar y legislar la actual reforma, situación a la que debe sumársele la posibilidad de acuerdos conciliatorios que establecen *prima facie* un marco para la disponibilidad de la acción por parte del ofendido respecto al hecho dañoso del cual fue parte y con ello, una nueva forma de terminar el proceso mediante nuevos y efectivos derechos y garantías<sup>14</sup>, situaciones que tienen que evaluarse en razón de los principios que rigen el proceso penal y el derecho penal material.

## B. Régimen del perjudicado

En este momento, podemos comenzar con exponer lo más simple y básico de lo que nos viene en la cabeza cuando intentamos conceptualizar a la víctima dentro de un proceso penal, haciéndolo de manera negativa por exclusión respecto a la posición que ostenta el imputado. Así, podemos decir que en la mayoría de los procedimientos actuales, en tanto no se normalicen con

<sup>13</sup> Ortiz, Andrea, "El rol de la víctima en el sistema penal: la nueva ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos", Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 2018 – VIII, editorial La Ley, págs. 82/83.

<sup>14</sup> Eser, Albín, "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal – tendencias nacionales e internacionales", traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en obra colectiva "De los delitos y de las víctimas", editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, págs. 32/33.

la ley que estamos evaluando, sobre el imputado da vuelta todo lo atinente al proceso penal, toda vez que tiene un rol preponderante en donde debe corroborarse su culpabilidad o inculpabilidad<sup>15</sup>. El ofendido en cambio, únicamente interviene de manera marginal, accidental, en tanto es el fiscal quien lleva la acción penal dejando solo la posición de testigo del hecho o sus consecuencias para él, lo que muestra un real contraste con lo que acaece dentro del proceso dispositivo civil que le concede un papel principal como impulsor de la acción y bajo la denominación de demandante, situación que deja ver el diferente trato que los diversos procedimientos le otorgan.

Es por ello que, como secuela de las disímiles situaciones, vale decir, entre pena y resarcimiento, aún en el proceso criminal, la víctima ha tenido un desarraigo en lo concerniente a la participación activa en dicho procedimiento, quedándole a modo de "satisfacción" sólo una intervención como objeto de prueba en su faz testimonial, transportando tal circunstancia a que vientos de reformas pregonaran por una modificación que estableciera de algún modo más eficiente la posibilidad de ingresar con más determinación decisiva en el proceso, llevándolo de un rol restringido a uno cada vez más amplio, siendo a partir de tal acontecer jurídico que se ve una posición mejorada en el procedimiento desde la perspectiva de la protección de la víctima<sup>16</sup>.

Con tal tesitura, en atención a la gran cantidad de políticas criminales referidas a la victimología que se establecieron en los distintos países del mundo, en donde se reformuló el papel de la víctima en material penal material y formal, se trajo aparejado un efecto de cascada hacia este país, circunstancia que se visualiza con la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder" aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución N° 40/34 del año 1985, la cual fue respetada de una manera tenaz por parte de Argentina en todo lo atinente a todas aquellas personas que fueron "víctimas de violencia institucional o de delitos de lesa humanidad" durante la última dictadura cívico – eclesiástico - militar<sup>17</sup>.

No obstante, en dicho proceso histórico se hacía una evaluación de la víctima que ocasionaba alguna suerte de discriminación en cuanto se probaba que la

<sup>15</sup> Ídem, pág. 16.

<sup>16</sup> Ídem, págs. 17/18.

<sup>17</sup> Cohen Agrest, Diana, "La participación de la víctima en el Derecho Procesal Penal argentino", en obra colectiva "Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – I", editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2017, pág. 31.

persona que había sido ofendida por los hechos ilícitos, no entraba dentro de los que eran vulnerables económicamente, en flagrante contradicción con las *100 reglas de Brasilia*, ratificadas por Argentina y en donde su apartado 5 expresamente disponía que *“...se considera víctima a la persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta...”*.

Más aún cuando seguidamente a lo expuesto las mismas normas internacionales llaman a los Estados miembros a buscar soluciones que puedan ayudar a proteger a los ofendidos de los delitos. Así, continúa el apartado 5 en que *“...Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria) y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito...”*<sup>18</sup>.

Ahora bien, podríamos mencionar que también resta por dar claridad a la reparación y el papel que ocuparía en la Teoría de la Pena, o si la mayor relevancia de la víctima en el Derecho Penal comprometido con la resocialización, no resultaría un elemento totalmente extraño, pareciendo en principio que una

consideración exagerada de la víctima trae consigo una tendencia de privatización del proceso penal, situación que lleva a varios doctrinarios, entre ellos Eser y Hirsch, a prevenir que es una utopía o es una incógnita para el actual derecho Penal<sup>19</sup>.

### **B.1. Los derechos del ofendido como persona interviniente**

El intento de nuevo equilibrio que proporcionó la evolución del pensamiento jurídico actual tiene reconocimiento en muchos países de mundo, entre los cuales podemos mencionar a la República Plurinacional de Bolivia y Costa Rica, quienes dieron gratuidad a la atención que se les dispensa a los ofendidos por el delito. En España se encuentra el Estatuto de la víctima del Delito, el cual reconoce el derecho de que las víctimas sean notificadas cuando el Tribunal disponga el sobreseimiento del victimario, dándole la posibilidad de recurrir la resolución, entre otras cuestiones. Así, al igual de lo que pasa en Francia, en el estado de Quebec, Canadá, las víctimas tienen derecho a recibir representación gratuita durante el tiempo que dure el proceso penal y la ejecución de la pena, lo que a su vez se suma a la necesaria de comunicación de cualquier disposición en la que su opinión pueda ser relevante para el proceso en sí, debiendo mencionarse igualmente el aspecto de la indemnización que es menester dispensar a todos los ofendidos, la cual se encuentra prevista en las normas de los procedimientos de Nueva Zelanda, Reino Unido y los Estados Unidos<sup>20</sup>.

Así las cosas, en aras de entender de donde vienen tales legislaciones, podemos mencionar que la ciencia de la victimología desde hace un tiempo a esta parte se encuentra con un impulso rápido que permitió que se propagara a nivel internacional y se le diera un lugar dentro del marco político de cada país para lograr las reformas y las consecuencias de las mismas dentro de las legislaciones nacionales, sin perjuicio de lo cual, tendríamos que no continuar en este frenético avance y frenarnos a ver las oscilaciones pendulares de vaivenes que la dogmática tuvo para llegar a establecer una valoración científicamente acabada de la temática y sus cuestiones planteadas<sup>21</sup>. Tales asertos

<sup>19</sup> Eser, Albín, ob. cit., págs. 51/53.

<sup>20</sup> Cohen Agrest, Diana, ob. cit., págs. 33/34.

<sup>21</sup> Hirsch, Hans Joachim, *“Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal”*

<sup>18</sup> Ídem, págs. 32/33.

tienen incidencia en la idea de algunos doctrinarios que entienden que nunca la víctima ha sido excluida como factor de la determinación de la pena (Derecho penal) ni como sujeto portador de facultades procesales (Derecho procesal), toda vez que estaba demostrado a través de las leyes de enjuiciamiento penal de aquellos países en donde tenía prevista su participación y además en aquellos en los cuales se permite también la práctica de una acción civil en contra del victimario<sup>22</sup>.

Por otro lado, ya culminado el asunto de su instauración, la víctima como expresión, facilita una serie de conceptualizaciones desde distintos puntos de vista que hacen más simple la comprensión de la situación de cada una de ellas permitiendo un correcto análisis de los contextos en los que es utilizada. En tal marco y desde una primera clasificación, los autores que conceptualizan a la víctima, al ofendido o a la victimología pueden ser de tres tipos, recayendo el primero en aquellos que defienden su total autonomía científica, otros que consideran que la rama es parte de la criminología y el tercero en donde sus adeptos niegan rotundamente su autonomía y existencia.

Contextualmente, podemos referir que la rama en donde están los autonomistas pregonan a la victimología como una ciencia que posee un objeto, un método y fines que le son propios, manifestando asimismo que tal objeto tiene carácter extraordinario en cuanto a su amplitud, equiparando la evolución de la posición, los derechos y garantías que se encuentra viviendo la víctima a la que tuvo el imputado.

La segunda de las corrientes, quienes la creen parte de la criminología, entienden que forma parte de dicha rama sobre el entendimiento de que tal ciencia comprende el estudio de los factores pertinentes al desarrollo emocional y social de la persona que resulta ofendida por un determinado delito, lo que los lleva a concluir que la victimología nace en el interés de los criminólogos en la víctima y en el estudio de la misma como una de las causas que pueden llegar a influir en la producción de los delitos.

En tanto, los abolicionistas de la victimología, como posición radicalizada en el polo negativo de las hipótesis, ponen de manifiesto que la supuesta nueva corriente científica es solo una exageración del papel o rol que le toca a quien

penal – *Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*”, Traducción de Julio B. Maier y Daniel R. Pastor, en obra colectiva “*De los delitos y de las víctimas*”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, pág. 94.

22 Ídem, pág. 95.

resulta damnificado por el ilícito penal, infiriendo que a estas personas que le tocan pasar por estos momentos dañinos, solo forman una pequeña parte del problema que trae consigo los procesos criminológicos<sup>23</sup>.

Es en virtud de ello, de la diversidad de posiciones, que se ha postulado una definición que puede, en principio, abarcar todas las circunstancias que le son propias al lugar del ofendido, y mediante la cual se considera víctima a toda persona o grupo de personas que padece un daño por acción u omisión, propia o ajena, o por causa fortuita, debiendo establecer a su vez un subconcepto en lo referente a víctima de un injusto penal, conceptualizándosela como aquella persona física o moral que se ve vulnerada y sufre un daño producto de un comportamiento antisocial propio, enmarcado en un tipo penal o no, aunque no se encuentre dentro de las que pueden ser sindicadas por la norma<sup>24</sup>.

Todo esto nos introduce en el reconocimiento que se ha hecho a la situación de la víctima del delito en todas las órbitas normativas del globo terrestre, mostrando que se ha elaborado una cuantiosa cantidad de posiciones tanto en el ámbito de la Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, llevando a que por decantación culmine en el ordenamiento interno dentro de la legislación nacional con el dictado de la ley 27.372, siendo tal situación la que conlleva a que se pusiera en jaque la posición de la persecución penal de oficio, donde el ofendido y la sociedad son despojados de su rol en el proceso de resolución de conflictos, lugar que permite al Estado tener el monopolio del *ius puniendi* y mediante éste remplazar a la víctima con funcionarios estatales<sup>25</sup>.

Es en virtud de esto que se sostiene actualmente que es a causa del menosprecio que el Estado le dispensó a la persona que tendría que haber protegido, cuidado de la vulneración que le había acaecido, que se busca equilibrar la conformación del sistema de enjuiciamiento, toda vez que si no se efectuara algún tipo de paralelismo se podría sostener que el ordenamiento jurídico que hoy enmarca la materialidad y la formalidad del Derecho penal, otorga

23 Constanzo, Leandro; Mannará, Federico; Álvarez Icaza Ramírez, Julia y Anativia, Julio, “*Victimología. Herramientas conceptuales*”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VIII, N° 7, editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, año 2018, págs. 220/221.

24 Ídem, pág. 221.

25 Flores, Pablo, “*La situación de las Víctimas de Delitos en la República Argentina – Algunas reflexiones a propósito de la ley 27.372*”, en obra colectiva “*Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II*”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018, pág. 129/131.

mayor protección a los derechos del victimario que a los del ofendido por parte de éste, pese a que la condición del último no es sino la expresión más acabada del fracaso del sistema estatal de prevención del delito y protección de sus ciudadanos<sup>26</sup>.

Ahora bien, como se dijo en párrafos anteriores, todo tiene comienzo gracias a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia par las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, la cual en su resolución 40/34 de fecha 29 de noviembre de 1985 dispuso por primera vez, con carácter global, todo lo atinente con los derecho y los intereses de las víctimas, teniendo como fin específico el *“...asegurar que todas las víctimas tengan acceso al sistema judicial, así como apoyarlas a través del proceso de justicia, y que el sistema de justicia esté diseñado para minimizar los obstáculos que las víctimas pueden enfrentar al buscar justicia...”*<sup>27</sup>.

En consonancia, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), en tanto elemento que se caracteriza por la progresividad que tienen los derechos humanos dentro de su estructura y en base a la instrumentalización de iniciativas que se cursaron a los Estado parte para promover y proteger a los derechos de la persona humana, en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido que el derecho que le asiste a toda persona a conocer la verdad de lo sucedido, se encuentra subsumido dentro de los derechos que le asisten a la víctima o sus familiares, los cuales deben serle entregados por parte de los órganos competentes del Estado para el esclarecimiento de los hechos violatorios y, de esta manera, imponer las responsabilidades que correspondan mediante una investigación legal y con base en el juzgamiento justo, todo enmarcado en el derecho al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Vale decir entonces, que el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo de los derechos y la fiel observancia de las garantías que le asisten a cada parte, se encuentran ineludiblemente vinculados, cuestión que no puede soslayarse en tanto al pertenecer a la Organización de Estados Americanos (OEA), los Estados partes se comprometieron por si mismos a someterse la supervisión de uno de los órganos de la misma, es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a lo cual se le suma al deber de garantizar su libre y pleno

26 Ídem, págs. 132/133.

27 Ídem, págs. 133/134.

ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, obligación estatal de proveer los mecanismos procesales de tutela de los derechos.

Todas estas políticas apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos, lo que lleva a compensar situaciones de desigualdad material que afecta la defensa eficaz de los propios intereses, circunstancia que fue reconocida por el SIDH en lo referente al rol esencial que tiene la realización cierta del derecho al acceso a la justicia en la garantía de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular, fijando una serie de estándares con impacto en el funcionamiento de los sistemas judiciales en la región<sup>28</sup>.

Las expresiones vertidas tuvieron su implementación e instalación en la causa “Bámaca Velásquez” dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre del 2000, donde a los fines de poner en resalto una versión amplia del principio *pro homine*, destaca a la víctima sobre estos extremos *“...3. El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla pro homine, fuente de interpretación e integración objetiva, tiene [en la evolución de la noción de víctima tal y como se refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana] una de sus más notables expresiones...”*. Tal fragmento de la sentencia pertenece al voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez<sup>29</sup>.

A dicha resolución también le podemos agregar otra que lleva a entender que la obligación de los Estados en favor de la víctima es de medio y no de resultado, exponiéndolo de la siguiente manera, a saber: *“...132. La Corte ha establecido que el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos...”*. Esta sentencia de fondo, reparaciones y costas recayó en los au-

28 Ídem, págs. 135/138.

29 Barbero, Natalia, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – I”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2017, pág. 329.

tos “García y familiares vs. Guatemala”, con fecha 29 de noviembre de 2012<sup>30</sup>.

Concomitantemente, pero dentro de la jurisprudencia nacional, la Sala VI el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, LP 58758, en sentencia del 29 de agosto del 2014, para los autos caratulados “Rodríguez, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación, dispuso que “...En los casos donde los hechos delictivos por su especial modo de comisión no puedan ser corroborados por otros medios, la deposición de la damnificada no debe ser soslayada o descalificada, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional contraria a los parámetros internacionales...”<sup>31</sup>.

## B.2. La norma y su reconocimiento

Como se ha expuesto en las páginas que preceden, la víctima fue despojada del lugar que tenía dentro de los arcaicos procesos criminales por parte de la inquisición, expropiando todas sus facultades y entregándoselas por medio de la creación de la persecución penal pública a los fiscales que encarnaban en sus cargos el poder que el Estado se instituyó. Esto permitió que todo el sistema penal fuera un instrumento de control estatal que recaía de modo directo sobre los súbditos para ser usado como medio de coacción sobre los mismos mediante la apariencia de pena estatal y sin posibilidad de poder reclamarle ningún atisbo de su imposición<sup>32</sup>.

En ese estado, la reparación desapareció del sistema y quedó enmarcado únicamente en la controversia de intereses que se ventilaban en el derecho privado, por lo que el Derecho Penal se hizo cargo de la persecución de los ilícitos dejando tras bambalinas a la víctima, a tal punto que ni siquiera le permitía transcurrir la posibilidad de restitución al *status quo ante* con su victimario, llevando a la idea de que el Estado era el portador del monopolio legítimo de la fuerza pública y a través de esto, garante de las condiciones de vida que establecieran paz en la sociedad<sup>33</sup>.

30 Ídem, págs. 330/332.

31 Abraldes, Sandro, “La víctima en el proceso penal – Proyección sobre diversos aspectos”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018, pág. 335.

32 Maier, Julio B. J., “La víctima y el sistema penal”, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, págs. 185/186.

33 Ídem, pág. 187.

De suerte que la historia del derecho tiene estas situaciones que permiten enriquecer las distintas ramas y programas universitarios en busca de una mejor justicia, situación que llevó a que se considerara que el desinterés con el que se había tratado a la víctima, sin tomarla en cuenta, pusiera a la figura del ofendido en varias de las cuestiones necesarias de plantear. Así, se ha podido establecer a la victimología como parte del estudio que debe realizarse en derecho, lo que sin dudas toma a consideración que el objeto de la misma no puede ser solo la víctima *per se*, sin perjuicio de lo cual, ésta como centro de estudio y de labores conceptuales, lleva a ser considerada en diversos aspectos estructurales, siendo primeramente entendible comenzar exponiendo que consta de un nivel individual, la misma víctima; de un nivel conductual, referente a los procesos de victimización; y finalmente, un nivel de reparación del daño, que lógicamente tiende a cubrir el perjuicio que se le ha ocasionado junto a las posibilidades de abordaje que el mismo puede haber producido, para con ello intentar restituir la situación lo más cercano posible al momento previo del menoscabo<sup>34</sup>.

A su vez, si nos atenemos a los tipos de alcance de la victimización que puede sufrir una persona, tenemos la victimización primaria que es usada para la designación de una persona particular que fue parte de un proceso de menoscabo dañino. También, está la victimización secundaria que es aquella que determina a los miembros de un particular grupo de individuos que padecieron un detrimento dañoso, dejando por último a la victimización terciaria que establece que son pasibles de ella la comunidad en general.

Igualmente, tenemos los que se llama la víctima directa y la indirecta, concepto que alude a la clasificación del sujeto afectado y sobre tal base puede ser quien resulta afectado en primer término o la que se da como consecuencia de la relación que algunas personas tienen con el titular de la agresión, situación que no debe dejarnos pasar por alto que en la realidad de los acontecimientos fácticos, el padecimiento de los ofendidos es un sufrimiento que no todos comprendemos, dado que es tan subjetivo para cada uno de los afectados como cantidad de personas hay en existencia, lo que a su vez nos lleva a conjeturar las diferentes situaciones que la víctima tiene en el transcurso de un proceso, siendo directa por haber recibido la agresión como parte del procedimiento en tanto objeto de prueba del mismo; el interno vivido por

34 Constanzo, Leandro; Mannará, Federico; Álvarez Icaza Ramírez, Julia y Anativia, Julio, ob. cit., págs. 222/223.

el ofendido en el interior de su ser, de modo silencioso y con angustia, depresión, entre otros<sup>35</sup>.

Todas estas nociones vinieron a movilizar aquellas discusiones que transcurrían tranquilamente en torno a la determinación de cómo se podía mejorar la protección del ofendido durante los momentos en que le tocaba participar como testigo y de si para lograr una acción civil de reparación, la mejor manera de ayudarlo era mediante una adhesión que permitiera que fuera más aplicable. No obstante, esto trajo aparejado en algún punto un retroceso en la confianza sobre la justicia, dado que siempre se interesó más en una perspectiva unilateral hacia el autor del delito enmarcada en cuestiones de política criminal, llevando a que muchos de los Estados de corte occidental que entendían la necesidad de equilibrar la balanza, pusieran su iniciativa en la finalidad de construir una igualdad de armas procesales entre el autor imputado y el ofendido víctima<sup>36</sup>.

No faltan respecto a lo dicho en el párrafo anterior, grandes profesores, científicos y doctrinarios que sostengan que la cuestión ventilada no puede tener recibo, dado que nunca podría equipararse en el plano procesal la situación del imputado con la víctima, entendiendo que la primera de las partes nombradas tiene sobre su cabeza una circunstancia desventajosa respecto de quien tiene a su cargo la acción penal que se ciñe en su contra, vale decir, el Estado en cabeza de los fiscales, por lo que en este sentido, este interviniente tiene todo para perder. En cambio, en cuanto a la figura procesal del ofendido, los escenarios formales y materiales son muy distintos, toda vez que el actúa sólo de manera ocasional en carácter de testigo, siendo que en oportunidades ni siquiera en tal rol, motivo que permite sostener que tiene muy poco para perder, por lo que esta posición entiende que se ha sobrevalorado el conflicto en el que la víctima se encuentra luego de haber padecido un delito<sup>37</sup>.

Ahora bien, es equivalentemente cierto que todo lo acontecido en esta parte de la historia de la humanidad ha dejado un sabor amargo respecto de aquellos que día a día viven el sistema penal y procesal, toda vez que no se han podido satisfacer por parte de ninguna doctrina ni posición dogmática, un remedio para llevar a cabo una disminución de la delincuencia, fracasando

35 Ídem, págs. 223/224.

36 Hirsch, Hans Joachim, ob. cit., págs. 98/100.

37 Ídem, pág. 100.

para muchos las políticas de las teorías retribucionistas y también aquellas que buscan la resocialización del detenido, acabando en una frustración para el tratamiento social terapéutico<sup>38</sup>.

Esto nos deja ver que, ya entrado el siglo XX, la legislación ha seguido un derrotero lento que vino de la mano del impulso que tuvo la O.N.U. en la ya citada resolución 40/34 de la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de poder, que permitió poner sobre la mesa la discusión respecto del rol de las víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos. Tal disposición tuvo su apuntalamiento mediante la Resolución 1989/57 del Consejo Económico Social de las N.U. y de una innumerable pluralidad de acciones desarrolladas por órganos y agencias especializadas<sup>39</sup>.

De manera semejante, en el viejo continente el Consejo de Europa adoptó una serie de recomendaciones para sus países miembros que tenían como finalidad el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas que habían sido víctimas de delitos, las cuales a su vez se complementaron con la resolución del Parlamento Europeo del 11 de junio de 1986 respecto a la agresión sobre las mujeres y en la Convención Europea sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos dictada el 24 de noviembre de 1983. Esto no quedó ahí, en la actualidad se destacan la Resolución 2011/C187/01 del Consejo de Ministros que versa sobre el fortalecimiento de los derechos y protección de víctimas; y la Directiva 2012/29/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros en donde relatan los estándares mínimos de protección a las víctimas del delito.

Se debe también mencionar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual consagra los derechos de las víctimas a ser beneficiarias de protección, de participar en los procedimientos y de obtener una justa reparación, todo dentro del marco propio del proceso penal internacional.

Relativo al continente americano, podemos mencionar a modo de ejemplo algunos aportes a la temática que recaen sobre los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (S.I.D.H.), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde denotan la puja por los derechos al acceso a la justicia, al debido proceso y

38 Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", ob.cit., págs. 189/190.

39 Ledesma, Ángela E., ob. cit., pág. 27.

a las obligaciones que atañen a los Estados miembros, llegando a ser determinantes en el reconocimiento de la posición de la víctima y los derechos que le asisten tanto material como procesalmente<sup>40</sup>.

Todas estas situaciones llevaron a sostener que en el tema de víctima debía existir, respecto de la posición del imputado, una equiparación, por lo que entienden que debe haber derechos en igualdad, siendo menester restituir tal derecho a su estado anterior cuando el mismo se ve vulnerado por una causa criminal, generando y transmitiendo la idea de que no hay delito sin víctima, por lo que corresponde otorgar la debida atención en el proceso penal. Se trata, en definitiva, del fin de la exclusiva titularidad del *ius puniendi* por el Estado, acabando con la idea de venganza institucional, permitiendo humanizar al ofendido mediante un ejercicio más participativo en el proceso penal.

En algún punto, esto se entiende que pasa en nuestro derecho positivo cuando mantenemos la determinación abstracta de la pena con escalas de mínimos y máximos que distan mucho entre sí, la vocación de ingresar la cuestión civil al procedimiento penal en el art. 29 y siguientes del Código Penal, sumado a que el daño causado y su reparación con más el reconocimiento de la víctima, es preponderante para la determinación de la pena concreta (art. 41 del C.P) como así también para la rehabilitación (art. 20 ter del mismo cuerpo legal), circunstancias que tienen su correlato en el procedimiento cuando se establecen reglas para la admisión del ofendido como querellante y con carácter de acusador conjunto al fiscal en los delitos que los permiten, es decir, de acción pública<sup>41</sup>.

La magnitud del proceso ejemplificativamente detallado nos llevó como país a la toma de posición en lo que al tema se refiere, momento en que, para estar conforme las disposiciones internacionales, se dictó la ley 27.372 que permite encuadrar todo lo atinente a la figura de la víctima en el derecho positivo argentino. Este sintético paneo realizado, es demostrativo de un principio de naturaleza político criminal que se relaciona con la autonomía de la víctima y que se constituye en un nuevo lineamiento estructural que informa los sistemas de enjuiciamiento criminal modernos. Mediante estos, se revierte la lógica del sistema inquisitivo que apunta a recuperar los aspectos más esenciales del conflicto para lograr la reparación y construir la paz social, sin quitar las atribuciones propias de tales funcionarios.

40 Ídem, págs. 27/28.

41 Maier, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", ob.cit., pág. 186.

Ello, trajo consigo el reconocimiento por parte de las legislaciones más recientes, de la participación activa del ofendido desde la investigación preparatoria, lo que no obsta a que gran parte de los códigos de forma los tenga sólo en carácter de coadyuvante o por adhesión. Sin perjuicio de lo cual, la intención de todo este movimiento es llevar a cabo el desafío de no hacer caer un derecho de alguien en favor de otorgarle uno derecho a otro, vale decir, los derechos de las víctimas no pueden ser sacrificados, pero tampoco los del imputado pueden ignorarse o disminuirse en aras de la verdad, la justicia, la reparación o las garantías de no repetición, siendo tal equilibrio una delicada tarea de los poderes judiciales del país<sup>42</sup>.

Con tal marco se han dictado distintos fallos que hacen mella en las consideraciones vertidas precedentemente. Así, el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, en la sentencia del 26 de junio de 2007, en los autos caratulados "D., P. s/ Recurso de casación", expuso que "...En el actual sistema acusatorio se permite al denunciante, en su calidad de víctima, impugnar los archivos de las investigaciones preparatorias sólo ante el Ministerio Público Fiscal, en el que pesa la responsabilidad funcional de investigar en forma idónea los casos connotados penalmente, a través de un procedimiento en el que la víctima no representa en su calidad de tal, un sujeto legitimado para petitionar ante el Tribunal de casación...".

También esta la sentencia que recayó en la Sala IV del mismo tribunal con fecha 5 de abril de 2016, en la causa "Montivero, Diego Mario Gerardo s/ Recurso de casación interpuesto por el particular damnificado", donde dijo "... La titularidad de la acción recae en el Ministerio Fiscal, pero ello no puede llevar a negar el derecho de la víctima de tomar parte activa del proceso, so pretexto de que siempre, en el último de los casos, estará representada por el fiscal, dado que ello colisiona con el más elemental principio que acuerda el plexo normativo internacional a las víctimas, cual es el de ser escuchadas y de acceder al proceso...".

Estas decisiones se ven consolidadas cuando se leen de la mano de lo resuelto con fecha 3 de marzo de 2011 por parte de la Sala III del mismo Tribunal de Casación en autos "A., G. D. s/ Recurso de queja del Particular damnificado", en el que sentenció que "...No existe impedimento legal alguno que impida, a la víctima, la asistencia de un letrado, aun la defensa oficial, para garantizar el principio de tutela judicial efectiva, permitiendo alcanzar el debido acceso a la justi-

42 Ledesma, Ángela E., ob. cit., págs. 59/61.

cia, garantizado por el art. 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8°, párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)...<sup>43</sup>.

Asimismo, y como ya se sostuvo en los párrafos que anteceden, la jurisprudencia notada tiende a mostrar que nos enmarcamos en los términos de las decisiones tomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha entendido que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento por lo que es englobado dentro del derecho de acceso a la justicia, todo esto conforme sentencia del 28 de noviembre de 2005, en los párrafos 62 y 95 de la causa "Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela", fondo, reparaciones y costas, cuestión que también ventiló en el expediente "Caso Gómez Palomino vs. Perú", fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre del mismo año, párrafo 78<sup>44</sup>.

### B.3. Descripción del ofendido

Es a causa de la innumerable cantidad de instituciones y normas que tomaron como bastión a la víctima, que en la literatura específica hay una enorme cantidad de principios y reglas sobre los derechos de los ofendidos por delitos, lo que conlleva la necesaria inmensidad de términos e implicancias tanto sustantivas como de procedimiento, no obstante, desde el ámbito internacional se ha entendido que se consagra la idea de proteger a la parte afectada por un hecho ilícito (Declaración de ONU, Res. 40/34, 1985, ya referenciada), lo que permitió tener la piedra angular en materia de defensa de estos derechos, toda vez que hasta ese momento no había ningún ordenamiento que contuviera algún catálogo de derechos y una conceptualización de "víctima", definiéndola en estos términos "Se entenderá por víctima, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de sus acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder" (punto 1 de la resolución).

43 Abralde, Sandro, ob. cit., págs. 341/343.

44 Flores, Pablo, ob. cit., pág. 136.

A su vez, como punto 2 menciona que "Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización"<sup>45</sup>.

Esto trae a colación la situación de la actual Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctima de Delitos, número 27.372, la cual vino a llenar un vacío que desde hace tiempo la legislación nacional venía reclamando, partiendo en primer lugar sobre un concepto amplio de víctima, toda vez que se considera tal no solo a las personas que fueron directamente ofendidas por la conducta criminal (víctima directa)<sup>46</sup>, sino que además, esta norma incluye a todas aquellas personas que se encuentran dentro de las relaciones más cercanas al damnificado, es decir, al cónyuge, al conviviente, a los padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea indefectiblemente la muerte de la persona ofendida con la cual tuviesen tal vínculo, siendo también legitimados cuando quien sufrió el daño, haya sido pasible de una perturbación o afectación tan severa que no le permita tener una capacidad psíquica o física capaz de ejercer de manera eficaz sus derechos vulnerados (arts. 1 y 2)<sup>47</sup>.

Todos estos parámetros tuvieron su origen en las disposiciones de la Corte I.D.H., en tanto admitió que por daños no sólo debían entenderse las consecuencias físicas, sino que también debían incluirse las repercusiones psicológicas, morales y emocionales de la violación, llevando a la definición estricta de la palabra víctima, la cual se refiere a aquellas personas sobre quienes se materializa la conducta típica o quienes hayan sufrido el daño directo resultado de la conducta tipificada por las leyes penales<sup>48</sup>.

Dentro del derecho comparado, más precisamente en la jurisprudencia del vecino país de Chile, enmarcado en un proceso de derechos humanos, enten-

45 Ledesma, Ángela E., ob. cit., págs. 32/33.

46 Véase punto 2.b. 4to. y 5to. párrafo.

47 Flores, Pablo, ob. cit., págs. 147/148.

48 Ledesma, Ángela E., ob. cit., pág. 34.

dió que víctima eran las personas que tanto individual como colectivamente, habían sufrido daños, lesiones físicas o psíquicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de las acciones o las omisiones que violaron la legislación penal vigente, incluyendo a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización, conforme se puede leer de los considerandos de la sentencia recaída con fecha 7 de diciembre de 2012, Rol N° 12.357-2011, Recurso de Casación.

En igual entendimiento, pero ya dentro del marco de las Reglas de Procedimiento y Prueba que tiene la Corte Penal Internacional, existen normas que permiten la aplicación del Estatuto de Roma, el cual entiende que, a los fines de tal proceso, el término víctima comprende a las personas que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte<sup>49</sup>.

Con esta tesitura, se nos muestra que existe una tendencia a reconocer ciertos derechos sustantivos y procesales a las víctimas de hechos delictivos, situaciones que se replican incluso cuando las mismas no se han constituido en ninguno de los papeles o roles que los diversos procesos les asignan, a saber: parte civil, querellante adherente o coadyuvante, particular damnificado, entre otros. Esto deja demostrado que el ofendido o damnificado tiene una legitimación amplia que permite, si comprueba su menoscabo directo de derechos, una participación activa en el proceso sobre una extensión del reconocimiento de víctima, que evita limitar dicho carácter a quienes sólo tienen consanguinidad directa; y una legitimación extendida, dado que no requiere que el daño sea únicamente por daño patrimonial, sino que mientras se corrobore un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza<sup>50</sup>.

También, lo dicho se vio reflejado en el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de noviembre de 1999, cuando en el párrafo 174 menciona *“La Corte debe destacar entre las conductas de los agentes estatales que intervinieron en los hechos del caso y que produjeron un impacto sobre sus familiares, la correspondiente al tratamiento que se dio a los cuerpos de los jóvenes*

*cuyos cadáveres aparecieron en los Bosques de San Nicolás... Estas personas no sólo fueron víctimas de violencia extrema correspondiente a su eliminación física sino que además, sus cuerpos fueron abandonados en un paraje deshabitado quedaron expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales y hubiera podido permanecer así durante varios días, si no hubieran sido encontrado fortuitamente. En el presente caso, es evidente que el tratamiento que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos, y en particular, para sus madres, constituyó para éstas un trato cruel e inhumano...”.*

Párrafo que a su vez debe leerse con el 176, el cual manifiesta que *“La Corte Europea ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la condición de víctima de tratamientos inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo a manos de las autoridades. Para determinar si se había violado o no el artículo 3° de la Convención Europea, correspondiente al artículo 5° de la Convención Americana, la Corte Europea ha valorado las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para esclarecer el mismo. En virtud de esas consideraciones y de que se trataba de la madre de la víctima de una violación de derechos humanos, la Corte Europea concluyó que también ella había sido víctima y que el Estado era responsable de la violación del artículo 3° mencionado...”*<sup>51</sup>.

Sólo nos resta hacer una mención textual y expresa de lo que nuestro ordenamiento entiende por víctima, sin perjuicio de haber realizado alguna exposición al respecto. Así, nuestra ley 27.372, en su artículo 2 la define y en estos términos *“Se considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.”* (Boletín Oficial N° 33.665, primera sección, jueves 13 de julio de 2017).

Tal norma tiene como uno de los fundamentos, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de la Personas en Condición de Vulnerabilidad, las que consideran víctima a toda persona que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico<sup>52</sup>.

49 Ídem, pág. 35.

50 Ídem, pág. 36.

51 Barbero, Natalia, ob. cit., pág. 328.

52 Barbirotto, Pablo Alejandro, *“Tratamiento actual de la víctima en el proceso penal”*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46201.pdf>, pág. 4.

Esto nos demuestra que la parte de la ciencia dedicada al estudio de los derechos y garantías que asisten a las víctimas, de creación joven, viene realizando un gran esfuerzo para llevar a cabo un ordenamiento que establezca la sistematización de un conjunto de normas que nutran y actúen como basamento para la protección de los derechos, principios y garantías que los ofendidos de los delitos requieren, el cual debe comprender toda la normativa constitucional, convencional, nacional, y local, estas últimas de fondo y forma. Con ello se alude a todos los preceptos operativos y de aplicación que existen dentro de los diferentes sistemas.

Ahora bien, en el marco argentino, podemos determinar que esta integrado por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional por parte del art. 75, inciso 22 de la Carta Magna, las leyes nacionales, las provinciales y los demás reglamentos que se dictan en sus consecuencias<sup>53</sup>.

Estas normas son concordantes con el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto incorpora el principio de la función preventiva, el cual, teniendo en cuenta el entorno que rodea a la víctima, tiene un gran caudal de elementos para intervenir en protección de la misma, toda vez que establece la prevención del daño, y en caso de ser imposible, el no agravamiento de la condición<sup>54</sup>.

La concentración de normas pertenecientes a los diferentes derechos y garantías de las víctimas de delitos, también se deben complementar con directrices, guías, reglas, declaraciones, observaciones de organismos del Derecho Internacional, que, con sus diversas manifestaciones, van aportando principios de interpretación. Es dable mencionar a modo ejemplificativo, la ya nombrada Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Resol. 40/34, A.G. de la ONU), Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, año 2002), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (ONU, año 1992), Reglas de Brasilia so-

53 Alonso, Matilde Sonia y Rojas, Luciano Pablo, *“La víctima y la victimología. Normas y desafíos”*, en obra colectiva *“Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II”*, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018, pág. 111.

54 Ídem, pág. 112.

bre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, año 2008), Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (A.G. de la ONU, año 1999), etcétera<sup>55</sup>.

### C. El damnificado y su marco ante el Derecho Penal

En el ámbito del Derecho Penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes. Esta última tendencia, se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto, que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo quien resulta lesionado posteriormente, vale decir, la víctima de ese comportamiento. Esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>56</sup>.

Sin perjuicio de ello, en atención al contexto político criminal que estamos viviendo, humanizar las prácticas institucionales desde una perspectiva de la dignidad del vulnerable, es actualmente una exigencia constitucional y convencional para nosotros, dado que las víctimas de delitos deben ser respetadas de modo integral, en las particulares condiciones de vulnerabilidad que presentan en razón de sus características personales y de la situación ilícita sufrida en todos los espacios donde transitan. La República Argentina se encuentra transitando un lento proceso de transformación, tanto en el ámbito normativo como en las prácticas que se desarrollan en los diversos espacios institucionales que recorre la víctima del delito<sup>57</sup>.

55 Ídem, pág. 113.

56 Barbirotto, Pablo Alejandro, ob. cit., págs. 1/2.

57 Alonso, Matilde Sonia y Rojas, Luciano Pablo, ob. cit., pág. 107/108.

## C.1. El permiso de acceso a la acción penal

Las manifestaciones realizadas en el apartado anterior, tiene como colación el continuo cuestionamiento sobre la importancia que ha tenido en estos últimos tiempos la situación de la víctima, contestándose que tiene asidero en el olvido que de la misma se había realizado. Olvido que tuvo que ver con un nivel teórico por parte de la criminología que se preocupaba por entender la etiología del delito y buscar nuevos métodos de respuesta al delincuente, o sobre cuando el derecho penal material y el fin de protección de los bienes jurídicos, buscaban sólo el castigo del delincuente sin tener ninguna mirada sobre el mal que se causó a la víctima.

Todo esto comenzó en el transcurso de los años 1400 en adelante en el continente europeo, donde se impuso una forma de ejercicio de poder punitivo la cual la búsqueda de la verdad se realizaba a través del método inquisitivo que implicaba una averiguación llevada a cabo por quien ejercía el poder sobre un objeto de estudio determinado y lo hacía desde una posición de superioridad que lo excluía o eximia del diálogo con el resto de los actores, situación que dejaba en cabeza del Estado el interés en resolver los conflictos que acaecían, sin tener ningún tipo de consideración a la voluntad o situación en que se encontraba la víctima del hecho delictivo<sup>58</sup>.

Tal forma de llevar a cabo los procedimientos penales, serían fuertemente criticados durante el S. XVIII en el marco del advenimiento de la Ilustración, la cual trajo la idea de contrato social para justificar al Estado y las necesidades de orden desde la igualdad y del reconocimiento de los derechos considerados fundamentales para los individuos. Sin perjuicio de lo cual, en materia procesal, sólo significó consideraciones positivas respecto a derechos y garantías en favor de los presuntos responsables del hecho delictivo, por lo que se dejó de lado al ofendido nuevamente<sup>59</sup>.

Esto llevó a que la doctrina buscara una solución basada en el rol del ofendido y su contribución al hecho delictivo, llevando una primera donde la conclusión fue muy criticada dado que parecía desarrollar una política de “culpar a la víctima”, no obstante lo cual, tuvo su contrapartida una nueva victimología diametralmente opuesta con la anterior, donde su preocupación tendía

a la satisfacción de las necesidades y derechos de la víctima y su sensibilidad por no contraponer los derechos de los ofendidos a los derechos ya instaurados a favor del delincuente<sup>60</sup>.

Las consideraciones vertidas, llevó a que la protección de la víctima y la compensación autor-víctima estén actualmente en el centro de la discusión político-criminal en todo el globo, lugar donde con anterioridad se tenía en miras únicamente la posición del autor del hecho criminoso, modificándose tal parámetro en la actualidad, dado que esta atención ahora se encuentra fijada en la situación del ofendido<sup>61</sup>.

Con esta nueva corriente lo que se está intentando orientar es el mejoramiento de los intereses que la víctima representa y la protección de los mismos, situación que lleva a que se tenga como punto inicial a la necesidad de justicia que circunda al ofendido luego de ser pasible de un comportamiento jurídico penal dañoso para sí, circunstancia que viene a concluir un resabio del derecho respecto a la sola intención de resocialización del autor, es, vale decir, un contragolpe en contra de la política criminal de esas épocas. Ahora bien, al lado de esta perspectiva, apareció otra corriente que ve en la víctima un giro para lograr respuestas no encontradas hasta hoy en cuanto la prevención de los delitos y ante el fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento del autor, siendo el punto central de ésta la reparación del daño<sup>62</sup>.

Respecto a esta segunda concepción, existe la impresión entre algunos de los pensadores de derecho penal material, que se entremezclan tendencias que en partes se hallan diametralmente opuestas entre sí y no pocas veces terminan en un resultado contrario a la protección de la víctima. Se trata de un ámbito del problema que hay que diferenciar de manera ontológica del otro ámbito de problemas que resulta de la unión procesal penal entre la pretensión resarcitoria civil y la pretensión penal<sup>63</sup>.

Esto se debe a que entre las prácticas sociales en las que el contexto histórico permite la construcción subjetiva de los individuos y grupos sociales, las

<sup>60</sup> Larrauri, Elena, “Victimología”, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, págs. 283/285.

<sup>61</sup> Hirsch, Hans Joachim, “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”, Traducción de Elena Carranza, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992, pág. 55.

<sup>62</sup> Ídem, pág. 56.

<sup>63</sup> Ídem, pág. 57.

<sup>58</sup> Flores, Pablo, ob. cit., pág. 131.

<sup>59</sup> Ídem, págs. 131/132.

prácticas jurídicas ocupan un lugar relevante, siendo el Derecho penal una de las ramas del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado, dejando en manos de éste último la potestad de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias; potestad que se inviste de tal manera en la individualidad que es menester un bloque de legalidad que garantice su aplicación y su interpretación, acontecer que viene de la mano de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en donde se garantiza que el proceder del Estado, en cabeza de sus diferentes funcionarios, no arrase con los derechos humanos que cada uno de los habitantes cuenta dentro de los límites territoriales<sup>64</sup>.

Es en virtud de ello, que algunos esperan, o por lo menos van conjeturándolo, una modificación del sistema penal llevándolo a uno que conlleve la privatización del Derecho Penal, ya que le otorgan a la reparación un lugar que se corresponde con la propia pena, reemplazando no sólo a esta reacción estatal en contra del delito, sino a toda la aplicación del Derecho Penal. La composición privada del conflicto vendría a complementar esta tarea desde la órbita procedimental<sup>65</sup>.

## C.2. El modo en que procede la satisfacción de la víctima

El pensamiento que ve una concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal, deja intactos los fines propuestos para la pena, esto tiene que ver con el sostenimiento de que la composición no viene a cambiar las funciones o tareas del Derecho penal, sino que ella permita, a modo de instrumento, cumplir con los fines preventivos del mismo, toda vez que el efecto preventivo que debe tener la pena no está puesto sobre el efecto disuasorio o intimidatorio que pueda tener la misma, sino antes bien la posibilidad de que mediante el uso de la reparación se libere de una manera total o parcial la necesidad de uso de la sanción en sí, pero solo en aquellos casos en que el comportamiento posterior a la realización del hecho dañoso por parte del autor esté dirigido a satisfacer ese plus

<sup>64</sup> Valles, María Laura, "Perspectiva de género en el Derecho penal argentino", en obra colectiva "Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II", editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018, pág. 175.

<sup>65</sup> Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 195.

de afectación de la generalidad de la comunidad que tiene en miras la teoría de la pena hoy dominante.

Con esto quiere dejarse bien establecido que no es extensible la composición a los fines que la pena tiene, sin perjuicio de lo cual, la reparación en cabeza de la voluntad del autor de resarcir y su cumplimiento en la medida de lo posible, permitirían reemplazar la pena o aminorarla en tanto sea suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito causado, lo que admite terminar el conflicto entre el autor y la generalidad por su quiebra del orden jurídico acaecido, presuponiendo con esto que la punibilidad abstracta del caso general no significa la obligación de castigar en el caso particular<sup>66</sup>.

De esta manera vemos que consecuentemente estamos en un momento histórico que no nos permite, de acuerdo a nuestra forma de asociación política, aspirar a la idea de algunos de suprimir de modo total al Derecho Penal sobre modos de administración de justicia de derecho privado, los cuales serían impulsados por las distintas autonomías de voluntades de las personas que habiten estas sociedades, dejando de lado la manera coactiva del poder político central que hoy gobierna en los lugares de pensamiento occidental.

Para que se pudiera llevar a cabo una circunstancia reformadora del estilo, tendrían que existir cambios bastantes radicales respecto a la forma en que se organiza la sociedad de modo tal que coloque el ejercicio del poder político en los ciudadanos que lo conforman y debe permitir asimismo, una amplia participación y más igualdad en la distribución del poder, siendo probable que, hasta que ello suceda, esta disolución del conflicto en manos de las voluntades personales de cada uno, ponga en juego intereses privados que arrojaran la solución, mediante coacciones sociales, en favor de los mas fuertes y poderosos, y en contra de aquellos que no tienen estas posibilidades, vale decir, los débiles o menos poderosos, situación que no puede caer de sorpresa, toda vez que la administración actual de la administración de justicia civil se enmarca en las estas consideraciones, en donde el acceso a la justicia de los débiles se hace casi imposible y su triunfo en esta una verdadera utopía<sup>67</sup>.

Ahora bien, cierto es que también dentro del ámbito del Derecho penal se dan situaciones del estilo a las antes mencionadas, mostrando incluso la mis-

<sup>66</sup> Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 202.

<sup>67</sup> Ídem, págs. 204/205.

ma fatídica tendencia de preferencia hacia el castigo de los débiles, marginando a los ya marginados, acontecer que no es casual en tanto y en cuanto todo tiene la misma colisión de intereses que permite ver cual es la dirección que la sociedad actual quiere llevar, vale decir, quienes no acceden a una administración de justicia en el ámbito de la justicia civil, son accedidos por parte de la administración de justicia penal de manera coactiva y por la propia voluntad del Estado que imparte justicia.

Tales asertos nos muestran que estamos muy lejos de tener un movimiento en favor de la víctima que pueda llegar a implementarse para estos de manera eficiente, ya que las reformas que pretenden enmarcarse dentro del ritmo político criminal que hoy se encuentra establecido, no procura humanizar el Derecho penal en favor de nadie, cuando en realidad la finalidad de este debería pregonar una solución de conflictos sociales que permitan a la sociedad toda ver a sus conciudadanos de manera más equitativa e igualitaria, lo que nos lleva a determinar que mientras subsista esta posición, a la reparación sólo le queda mantener el lugar que hoy le asignan los diferentes sistemas procesales, toda vez que de instituirse a la reparación como parte del plexo de penas establecidas normativamente, volvería a excluir a la víctima del ámbito de decisión sobre el conflicto social que la dañó, transformando el interés privado de la misma nuevamente en un interés de carácter público retrotrayendo el pequeño, aunque paulatino, avance que estamos teniendo<sup>68</sup>.

Todo lo dicho nos lleva a concluir sobre ese apartado que el Derecho penal como ámbito parcial del ordenamiento jurídico que marca las conductas de una determinada comunidad, tiene como tarea encargarse de las pretensiones de índole penal del Estado, lo que también va con las penas y las medidas de seguridad que se vinculan a ellas, por lo que una satisfacción a los deseos o pretensiones de quienes resultan víctimas de un hecho delictivo, no pertenece al ámbito de su competencia, mas si es propio del derecho privado.

La idea de tener a la reparación como fin de la reacción estatal directa respecto al acaecimiento de un hecho criminoso, no es posible en este contexto temporal, toda vez que, tal cual se ha expuesto y se seguirá haciendo, este modo de culminación es una forma que no permite aún entrelazar todos los fines preventivos que la rama material tiene como fin para la pena, por lo que, hasta tanto no se logren modificar las estructuras de pensamiento o los siste-

mas en los cuales se contextualizan tales ordenamientos, el delito y sus consecuencias arribaran siempre según los deseos del orden jurídico de cada lugar determinado.

### C.3 La compensación y la aplicación en el Derecho Penal

Si bien se ha expuesto en otros contextos la idea de reparación, entre los precursores de esta solución a los conflictos jurídico-penales, tienen una posición más radicalizada aquellos que sostienen que la regulación de la reparación entre el autor y la víctima debe prevalecer sobre el actual sistema que establece la pena estatal, posición que se ve contrarrestada por los diversos marcos normativos que sostienen el *ius puniendi*, toda vez que si se reducen todas las controversias provenientes de los delitos en cabeza del autor y de la víctima, se está tergiversando uno de los fines por los cuales se creó el estado de derecho, es decir, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal del Estado y mediante ello, la conservación del ordenamiento jurídico y protección de futuras víctimas.

Además, se podría vislumbrar que la situación de los ofendidos no sería beneficiada, sino que es posible que incluso sea más desventajosa que traería aparejado una mayor desigualdad en la reacción a los ilícitos, dado que hay un sinnúmero de delitos que carecen de una persona física o jurídica que sea víctima y en base a esto, habría una contradicción valorativa importante en tanto en estos se seguiría castigando con el sistema de determinación penal por parte del Estado, mientras que en aquellos que tengan un ofendido cierto se permitiría una solución sobre un fundamento convencional entre el autor y la víctima, llevando a la pena propiamente dicha a una suerte de sanción prescindible<sup>69</sup>. Estos pensadores abolicionistas, entienden que es factible la desaparición del Derecho Penal en aras de poder lograr una mejor solución a las situaciones socialmente conflictivas, lo que a su vez los lleva a conceptualizar a la reparación como algo materialmente distinto a la pena<sup>70</sup>.

Así, tenemos que considerar dos modelos de soluciones que en lo fundamental refieren a posiciones muy disímiles entre sí. En dicho eje, podemos

69 Hirsch, Hans Joachim, "La reparación del daño...", ob. cit., págs. 58/59.

70 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 196.

68 Ídem, págs. 205/207.

mencionar que el primero de estos puntos de vista entiende a la composición como una sanción penal independiente y de esta manera, que se la incorpore como parte integrante de las penas que se regulan como consecuencia jurídica penal, pero desde una perspectiva convencional junto a otra penal o de manera autónoma. Por contradicción, el otro punto de vista ve en la reparación una cuestión que debe ventilarse dentro del marco del Derecho privado, no obstante lo cual, permite que se le asigne un papel dependiente dentro del sistema de consecuencias jurídicas penales, en el campo de los presupuestos del hecho, e inclusive en el proceso penal también.

Para ampliar cada una de las posturas, debemos iniciar con la que considera que la compensación del autor hacia la víctima debe ser parte integrante de las sanciones establecidas, la cual entiende que la reparación tiene carácter de pena en tanto consecuencia jurídica del hecho punible impuesta en el proceso penal (*compensation order*), viendo en esta una ampliación del catálogo determinado normativamente, trayendo incluso efecto preventivo general, siendo contradicho por la doctrina dominante al respecto, en tanto y en cuanto la calificación como pena de la compensación no logra la finalidad de la prevención general y del sufrimiento del mal que se dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento<sup>71</sup>.

Aquellos que sostienen tal carácter, no se permiten ver la importancia de esta diferencia objetiva, reflexionando sólo sobre la posición en la que los legisladores le ha asignado o donde las han regulado, circunstancia que permite objetarla sobre la base de que un instituto jurídico como la pena, no se entiende sobre la pregunta de qué etiqueta tiene y sobre qué asignación procesal posee, sino más bien, debe comprenderse desde la perspectiva ontológica de la temática, dado que el resarcimiento que es materia de derecho privado, no se convierte en materia de derecho penal porque se practique en este último, toda vez que de interpretarse de este modo equivaldría a plantar una desigualdad en cuanto a la reacción ante los delitos.

Contra esta crítica, los representantes de la reparación como pena manifiestan que, en el marco de las sanciones penales, la compensación es más que una simple indemnización por los daños ocasionados, exponiendo que se trata de una prestación composicional a la víctima, situación a la que pue-

de objetársele que es inimaginable que un autor que esté en condiciones de indemnizar económicamente realice cualquier otro tipo de compensación o prestación resarcitoria. Además, la idea de entender a la reparación como pena equivaldría a establecer una nueva forma de pena, una tercera vía que se conjugaría con la pena y las medidas de corrección y de seguridad<sup>72</sup>.

Sin perjuicio de ello, los que aún mantienen el punto de vista de que es una pena independiente, lo ven como fundamento instrumental de las teorías preventivas de la pena, más precisamente desde la prevención general positiva funcionalista moderada que permite derivarla en una prevención integrativa, la cual se encuentra orientada en el efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado de tal manera que la consciencia jurídica general, se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley considerando solucionado el conflicto con el autor<sup>73</sup>.

A su vez, existe una subpostura que coloca cierta clase de delitos o penas fuera de acción cuando la composición se logra de modo completo, satisfaciendo el autor todas los requerimientos del ofendido, motivo por el cual sobreviene una reparación cuasi integral, y aunque este punto de vista es idéntico al anterior, pero lo es reduciendo las situaciones de aplicación a ciertos casos, sobre la despenalización de algunos comportamientos, ambas propuestas logran invertir el modelo, toda vez que en vez de ser la pena preferida a la reparación, quitándola de la posibilidad de intervenir, es la compensación la que toma un lugar primordial en la solución de conflictos para que la excluida sea la pena<sup>74</sup>.

Ahora bien, respecto a la posición que le asigna a la compensación el carácter de dependiente del Derecho Penal, sustenta su idea en que esta sanción se incorpora a esta rama jurídica de tal modo que el autor documenta a través de ella su motivación de arrepentimiento mediante su conversión o su esfuerzo así orientado, procurando con ello, ganar un posible privilegio ante la imposición de una futura pena. Una forma de ejemplificar esto es la suspensión de la pena a prueba. Esto nos permite visualizar que esta forma de ver las cosas acarrea por un lado ventajas para el autor en tanto le ofrece la posibilidad de aminorar la reacción penal y por el otro, es de utilidad para la víctima porque

72 Ídem, págs. 61/62.

73 Ídem, págs. 62/63.

74 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 197.

71 Hirsch, Hans Joachim, "La reparación del daño...", ob. cit., págs. 59/60.

el Derecho Penal que de otro modo sería aplicado completamente, opera de palanca adicional en relación al autor para que se ocupe de la reparación.

Bien es cierto que tal modelo tiene en los distintos países distintas conformaciones y algunas extensiones, ya que dentro de dichas legislaciones locales se han ido estableciendo como parte de los procesos penales, acontecer que según sus adeptos permite visualizarlo en un todo de acuerdo con los fines y las funciones que posee el Derecho Penal, en tanto refiere a las dos ramas penales del ordenamiento, el material y la formal<sup>75</sup>.

Con todo esto y la exponencial reaparición de la víctima en el intento de ser parte más activa y con otros roles dentro del Derecho penal y procesal penal, debemos entender que de intentar incorporar a la reparación en la parte material de la rama, tendríamos que cuestionarnos sobre si tal privilegio no desataría un sin número de problemas que harían aminorar las necesidades de prevención general positiva que ciñe a los fines de la pena del Derecho penal, toda vez que este fin de la pena no puede sustituirse por una invitación general a terminar los conflictos, ni siquiera en la intención de resignación ante el funcionamiento de la administración de justicia, no obstante es también cierto que es función genuina de Derecho penal tener a la vista los intereses de la comunidad.

#### **D. La articulación entre la víctima y el proceso penal**

El proceso penal de corte occidental se maneja con intervinientes que podríamos determinar como necesarios y no necesarios, excluyentes y supletorios, es en este marco por el cual circunda el actual ordenamiento formal, lugar donde la víctima se ve reducida de modo casi necesario a un tener un papel de "soplón", de informante de las fuerzas de seguridad del Estado, otorgándosele luego el carácter de testigo. Esto lleva a que se esté intentando dar una recategorización al ofendido sobre la base de la presunta diferencia funcional con el autor y en un sistema procesal penal que tiene en cabeza del Estado la pretensión punitiva de accionar sobre un comportamiento probablemente delictivo.

De este hecho, en donde el poder estatal tiene adjudicado el poder y monopolio penal, lleva consigo la obligación en su contra de ejercitar la persecución

<sup>75</sup> Hirsch, Hans Joachim, "La reparación del daño...", ob. cit., págs. 67/69.

de una manera tal que no sea desatendida ni por un poco el valor justicia que tiene al ofendido como cúspide, sin perjuicio de lo cual, este razonamiento teórico se ve muchas veces opacado por la realidad social, en donde el abandono de los intereses de las víctimas se da con mayor rigor en la práctica con la clausura de los procedimientos penales por parte de fiscalías y tribunales, las que terminan por generar una frustración que incide de manera constante en la posición que le toca al ofendido<sup>76</sup>.

Es por ello que en estos tiempos que corren, quienes nos dedicamos con exclusividad al Derecho estamos en un momento de cambios bastantes importantes de toda índole, donde en la gran mayoría se busca el logro de una mejor administración de justicia, situación que ha llevado a todos los Tribunales a resolver respecto de cada situación en particular, tal cual fue el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en el marco de reconocer posibilidades de acción a las víctimas, le otorgó el rol de acusador adhesivo respecto del representante del Ministerio Público Fiscal, no obstante, concedió un rango de acción muy preciso (ver Fallos: 321:2021).

Partiendo de estos fundamentos, podríamos tener por acreditado que nos encontramos ante un instante del tiempo que le ha dado a la víctima la posibilidad de ganar terreno en el proceso penal, lo que se ve impulsado también por la gran demanda que existe respecto de que la justicia sea mejor y más igualitaria, toda vez que en el gran conjunto social, hay un descrédito respecto del cumplimiento de las labores que el Poder Judicial y los Ministerios Fiscal y Defensa realizan en aras de una correcta administración de la misma, aunque siendo responsable y racional, la situación de empoderar a la víctima de un cúmulo limitado de derechos y garantías no pueden resultar loable sin que, en el medio, se ocasione algún daño a nadie más<sup>77</sup>.

Ahora bien, el marco que se le ha concedido a quien resulta ofendido por un delito, permite aplicarse cuando mediante denuncia o bien solicitud de trámite, incita al Ministerio Fiscal a que, con los medios a su alcance, disponga el comienzo de la acción para descubrir tal hecho ilícito, lo cual no le da a la

<sup>76</sup> Hirsch, Hans Joachim, "Acerca de la posición...", págs. 101/104.

<sup>77</sup> Di Blasio, Yanina, "Acción pública y víctima: alguien tiene que ceder. Observaciones en torno a la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos", Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 2018 – VII, editorial La Ley, año 2018, pág. 112.

víctima ninguna garantía de efectividad en cuanto a una finalización acorde a sus pretensiones, toda vez que, si bien los órganos fiscales se encuentran obligados a intervenir ante la sospecha de un delito, cuando no ven suficientes indicios de que el hecho se ha producido, generalmente disponen la clausura del procedimiento por falta de suficientes pruebas del hecho, por lo que la satisfacción que el ofendido intentó, quedó trunca.

Esto, puede ser subsanado si la víctima decide cuestionar tal resolución del trámite mediante la interposición de un medio que permita a un superior corroborar si los extremos que fundamentaron la clausura son ciertos o inconsistentes, no obstante, la realidad nos demuestra que son escasas las probabilidades que la víctima tiene de éxito, dado que en un gran porcentaje, las decisiones que se toman en las instancias superiores son concordantes con aquellas que fueron cuestionadas, circunstancia que lleva a sostener por parte de la sociedad, que la administración de justicia tiene los ojos vendados para los ofendidos<sup>78</sup>.

Todas estas modificaciones significativas han llevado a que en el ámbito universal no sean defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución de conflictos sociales generados por un delito, estableciéndose, en algunos lados más y en otros menos, el derecho de que obtenga la disculpa del autor y la reparación del daño ocasionado, circunstancia que no bloquea en lo absoluto la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales competentes para hacerlo, dándose incluso, en algunos procedimientos, la posibilidad de que colabore con el descubrimiento de la verdad.

En la actualidad, sólo resta un único argumento que podría considerarse de recibo dentro del marco procesal de intervención de la víctima y es la diferencia que existiría entre los polos del proceso, en donde de un costado estaría sólo el imputado y en el otro se encontraría un conjunto de partes con el mismo interés de vencer los posibles argumentos defensivos, participando en conjunto el fiscal, el querellante, la policía, y cualquier técnico convocados por estos<sup>79</sup>, circunstancia que se vio reflejado en el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal cuando reconoció que el Estado “...[t]iene la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales en cumpli-

*miento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares...”,* disposición realizada en *in re “Simón”* (Fallos: 328:2056)<sup>80</sup>.

### D.1. El consentimiento en el marco del ordenamiento de forma

Dentro del entramado social, continuamente se dan un complejo número de conflictos intersubjetivos de variada índole entre los cuales podemos encontrar a los delitos, los cuales en la generalidad son entendidos como conductas que lesionan o ponen en peligro las relaciones entre esta diversidad de sujetos, afectando partes de lo que se denomina libertad personal. Estos hechos ilícitos que vienen a trastocar la paz social que mueve el desarrollo de un determinado lugar, siempre tiene a dos intervinientes en sus inicios, la víctima, que puede ser singular o plural, y el autor, que también puede ser singular o plural.

La víctima, sujeto que se postula o aparece como ofendido por los hechos delictivos, es quien aduce ser el sujeto pasivo de las relaciones criminosas, toda vez que ha recibido de manera real la vulneración de sus bienes. Esto lo puede llevar a que opte por participar en el proceso penal en el carácter de particular damnificado o querellante, que es la denominación que se le otorga a quien es la víctima legitimada para intervenir o contrariamente no asumir tal rol y quedarse bajo el rótulo de víctima propiamente dicha<sup>81</sup>.

Ahora bien, tanto la expropiación de conflicto penal como la irrupción de las teorías relativas de la pena provocaron la neutralización de la víctima en el proceso penal, quedando en favor de la misma sólo la venganza privada. Así, el Estado desinteresará a la sufrida víctima del conflicto que se ciñe en el proceso penal, que por principio de legalidad encabezará el representante del Ministerio Público Fiscal a través de una acción pública, oficiosa, irrevocable e indivisible objetiva y subjetivamente, con un objeto procesal indisponible, situación que permitió que desde hace tiempo se venga proponiendo otorgar un nuevo

78 Eser, Albín, ob. cit., págs. 27/28.

79 Maier, Julio B. J., “La víctima...”, ob. cit., pág. 216/217.

80 Ledesma, Ángela E., ob. cit., pág. 39.

81 Gaité, Hernán, “La situación de la víctima en el proceso penal”, <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/LA-SITUACION-DE-LA-VICTIMA-EN-EL-PROCESO-PENAL.pdf>, pág. 1.

rol, dado que la víctima necesitaba tener un reconocimiento como sujeto del proceso y donde tiene mucho para decir en aras de no ser sólo un espectador.

Algunos sostienen que esta visión traerá una situación más ventajosa al imputado y a posibilitar un mayor y mejor protagonismo a la víctima, toda vez que mediante sus acuerdos, que cuanto menos vulnerarían el principio de legalidad procesal y rozarían el de oportunidad, permitirían compatibilizar institutos vigentes en nuestro ordenamiento positivo como, a modo de ejemplo, la suspensión del juicio a prueba, para con esto no tener la necesidad de estar ante estas lagunas legales sin un marco regulatorio para su tratamiento por parte de la ley sustantiva<sup>82</sup>.

Con este marco, los seguidores de la postura ven en a la víctima como un protagonista principal del conflicto social junto al autor, y en tanto el interés no sea el que debe ser atendido sobre el fundamento de esta relación social intersubjetiva, el conflicto nunca podrá pretender una solución integral, dado que al encontrarse en juego la autonomía de la voluntad en juego, la situación de reemplazo por la presunta posibilidad de ser entendido por parte de un representante del Estado en aras del bien común, será ineficiente y con mecanismos informales de superación de conflictos<sup>83</sup>.

Esto permitiría al Derecho penal, sin perder su identidad, acercarse del modo más contiguo posible al Civil, sin perjuicio de lo cual, está vía se reduce de manera considerable en tanto y en cuanto corresponde a la naturaleza del Estado, contenedor de un poder político central, establecer las normas del ordenamiento sustantivo que tiene como argumento la acción penal pública<sup>84</sup>.

No obstante, el movimiento científico-académico que lucha por que se otorgue un papel preponderante en la resolución de conflictos a la víctima, entiende que no se trata de reconocerles derechos relativos a la persecución penal autónoma como acción privada o sobre la persecución penal oficial enmarcada en una acción pública de instancia privada, sino antes bien auxiliar a la víctima para que logre una reparación idónea de acuerdo a la agresión sufrida, vale decir, volver al *statu quo ante* o al que debería tener si no se hubiera ocasionado el ilícito, siendo incluso la utilización de la autonomía de la voluntad un factor determinante en resolver conflictos de índole penal, dado que se daría

82 Ídem, págs. 2/3.

83 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 220/221.

84 Ídem, pág. 226.

una solución racional del mismo mediante un ofrecimiento o pacto espontáneo de los actores reales del hecho<sup>85</sup>.

Todo esto nos lleva a conjeturar que, si bien aún no se encuentran dadas las condiciones para que exista un cambio tan radical como quieren algunos, la realidad nos demanda ver que se ha iniciado un nuevo paradigma donde se le dedica más atención a los intereses e inquietudes de la víctima para lograr un real paz social y jurídica que había sido perturbada por la irrupción del delito en la sociedad, permitiendo que la justicia se realice en torno no sólo del autor, sino también de la víctima, dando a cada uno lo que le corresponde.

Asimismo, debemos establecer que lo precedentemente manifestado tiene que ver con un nuevo modelo de enfoque demostrativo de un principio de naturaleza político criminal que se relaciona con la autonomía de la voluntad y que se constituye en un nuevo lineamiento estructural que informa los sistemas de enjuiciamiento criminales modernos, revirtiendo la lógica del sistema inquisitivo y permitiendo lograr la recuperación de los aspectos más esenciales del conflicto y con esto una mejor paz social.

Esto ocasiona que las legislaciones más recientes reconozcan la participación activa de la víctima desde la investigación preparatoria, aunque generalmente es de carácter dependiente y coadyuvante o adhesiva, sin perjuicio de lo cual, el desafío para la posteridad es no menguar un derecho a favor de otro, es decir, los derechos de las víctimas no pueden ser sacrificados pero tampoco los del imputado pueden ignorarse o disminuirse en aras de la verdad o la justicia, la reparación o las garantías de no repetición. El equilibrio debe ser una delicada tarea de los operadores judiciales que tengan la labor de inmiscuirse en la temática<sup>86</sup>.

Conviene advertir entonces también, que el papel de la víctima no es un problema puramente del Derecho penal o del Derecho procesal penal, sino más bien de uno que abarca a todo el sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca su parte material, a los que debe sumársele los medios de realización que pone a disposición el ordenamiento subjetivo, sin poder prescindir de los elementos que aporta cada uno de ellos, siendo por este acontecer una cuestión que circunda la política criminal común<sup>87</sup>.

85 Ídem, págs. 230/231.

86 Ledesma, Ángela E., ob. cit., págs. 59/61.

87 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., págs. 190/191.

## D.1. El proceso y la reparación como fin

Debe traerse a colación de todo lo expuesto, que las diversas formas que adquiere la discusión respecto a si corresponde o no dar derechos o garantías penales y procesales a la víctima, que los problemas que se ven reflejados en una de las disciplinas de la rama penal del derecho, de una manera casi unánime impacta en la otra<sup>88</sup>. Así, como se ha expuesto en los intitulados anteriores, el centro de gravedad tradicional de la problemática circula en la consideración de la reparación y su lugar dentro de la determinación de la pena, toda vez que se tiene en cuenta en favor del autor<sup>89</sup>.

Esto traería aparejado una suerte de desistimiento del delito consumado aunque no en sentido propio, toda vez que los daños ya se encuentran ocasionados, lo que conlleva la crítica de que dicha situación no exime de responsabilidad jurídico penal al autor en atención a que no se puede extinguir de esta forma la pretensión penal, pues la reparación propiamente dicha no tiene en su naturaleza tal efecto, dado que se dejaría a una oportuna obligación contractual y con esto alcanzaría para la eximición de la pena y, en caso de incumplimiento, revivir la punibilidad<sup>90</sup>.

Además, viendo las distintas hipótesis de conclusión de la acción mediante reparación, se ve de modo prístino que existe un problema entre aquellos delitos que tienen una víctima determinada y otros que no la poseen, situación que marca la pauta de que es imposible entender o conformar al Derecho penal de un modo similar. No obstante, hay quienes manifiestan que la solución adecuada de la problemática no está en buscar la prescindencia de la pena o en otras construcciones, sino en la suspensión de la pena a prueba y, en casos leves, amonestación con reserva de pena<sup>91</sup>.

Tal tesis se efectúa sobre el entendimiento de que en un Derecho penal entre hombres libres e iguales la reparación debe ser la sanción primaria, permitiendo terminar el litigio de un modo expiatorio y por compensación de daños, otorgando en cabeza del ofendido, dentro la idea de pena como reinsertión en la sociedad, una promoción a figura central del proceso penal<sup>92</sup>.

88 Ídem, pág. 191.

89 Hirsch, Hans Joachim, "La reparación del daño...", ob. cit., pág. 70.

90 Ídem, pág. 71.

91 Ídem, pág. 75.

92 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., págs. 195/196.

Ahora bien, el alboroto que se organiza hoy por la reparación no se halla en proporción de la relevancia práctica que dice tener, toda vez que cualquier tipo de compensación, vale decir, económica o en especie, deja insatisfechos muchos de los fines que tiene el derecho penal en miras de que los miembros de la sociedad entiendan que la vigencia de la norma se ha restablecido luego de ser vulnerada por el ilícito penal. Esto se corrobora, a modo de ejemplo, cuando entendemos que el autor del hecho criminal no siempre dispone de los medios necesarios para cumplir, incluso cuando pudiendo encargarse cuestiones laborales en compensación a favor de la víctima, serían inconsistentes con los ordenamientos, dado que carecería de un seguro social, previsional, permitiría ser aprovechado impositivamente por el ofendido y traería aparejado una suerte de esclavitud, situación que a la luz del S. XXI, hace caer por tierra cualquier elucubración al respecto<sup>93</sup>.

Sobre una posición semejante, se encuentran aquellos que exponen que la idea de reparación como método de culminación de la acción penal es por la equivocada concepción de que el autor y la víctima deben tener posiciones o intervención igualitaria, toda vez que en un Estado donde las cuestiones atinentes a seguros sea medianamente cumplidora, se compensarían la gran cantidad de reparaciones que de índole económica pueden pedir los ofendidos, llevando a que ese pago por un tercero ajeno al proceso tendría los mismos efectos jurídicos que el efectuado por el autor, dado que esa prestación del extraño culminaría con las pretensiones de la pena, trayendo como consecuencia casi irreversible, el peligro de privilegiar a autores financieramente fuertes como por ejemplo los de delitos económicos, por lo que tales argumentos no deben desconocer que, si lo que se intenta hacer es conceder derechos y garantías a quienes sufren delitos sobre si mismos o sus bienes, lo ideal es buscar que se abarque también el esfuerzo por cumplir<sup>94</sup>.

Conviene recordar que la sanción de la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de delitos, descansa en el propósito de reconocer y garantizar los derechos de las víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos, más allá de instaurar la obligación de las autoridades de adoptar las medidas necesarias para orientar a que se las ayude, atienda, asista y proteja con la mayor rapidez posible y de acuerdo al grado de vulnerabilidad que posea, evitan-

93 Hirsch, Hans Joachim, "La reparación del daño...", ob. cit., págs. 79/80.

94 Ídem, págs. 80/81.

do una revictimización de la misma, lo que ayudó a que las normas sufrieran cambios de importancia relativas a la participación en el proceso penal<sup>95</sup>.

Así, vino a dictarse la ley 27.063, de nuevo Código Procesal Penal de la Nación que concedió a las víctimas de los hechos delictivos una mayor participación en el procedimiento y visibilizó la intención de avanzar en una ley específica que les brinde más protección y garantías para que no se realicen revictimizaciones de estos sujetos procesales, situación que vino a zanjarse con la ley Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de delitos, la cual intenta armonizar de una manera equitativa los derechos del imputado y los que se ciñen sobre la víctima, pues en la idea de un proceso penal democrático y garantista, debe asegurarse de la mejor manera posible el principio del debido proceso penal y las pretensiones de justicia del ofendido y sus familiares, entendiendo los parlamentarios que esto contribuirá no solo a la legalidad, sino principalmente a su legitimidad, pues se está haciendo justicia y la misma es sensible a las necesidades y opiniones de las personas afectadas por los delitos<sup>96</sup>.

## D.2. Función del perjudicado penal en la indisponibilidad de actuar

Sobre el contexto del título que antecede, tenemos que dar por sentado que se le confirió al ofendido el derecho a ser escuchado antes del dictado de aquellas decisiones que impliquen la extinción o la suspensión de la acción penal y de las que versen sobre la imposición de medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, claro está, siempre que lo solicite previamente y de modo expreso, a lo que se le agrega la promoción de la citación del damnificado a la audiencia de suspensión del juicio a prueba, aún cuando no se hubiera constituido en parte querellante.

Además, se le dio injerencia en la ejecución de la pena, en tanto, y de así quererlo, deberá ser informado el ofendido de la sustanciación de incidentes que tengan que ver con los diferentes regímenes de salidas transitorias, semi-libertad, libertad condicional, prisión domiciliaria o semidetención, libertad asistida, entre otros, debiendo ser evaluadas sus necesidades por parte del Tribunal que entienda respecto de estos pedidos<sup>97</sup>.

95 Di Blasio, Yanina, ob. cit., pág. 112.

96 Barbirotto, Pablo Alejandro, ob. cit., pág. 2.

97 Di Blasio, Yanina, ob. cit., pág. 113/114.

Así, conforme se deja determinado por la doctrina, los derechos que se regulan mediante los ordenamientos y en favor de las víctimas, son en tres sentidos, los cuales son a la información, a la protección y a acceder a los recursos sociales. Para comenzar, el derecho a la información se ciñe sobre la base de que las instituciones desde el primer contacto con la víctima deben informar todos los derechos que les asisten y todos los recursos a los que pueden acceder en la no vulneración de sus intereses.

El derecho a la protección se materializa en el marco procesal a través de diversas asistencias en su favor, que no admita una segunda ofensa, permitiendo incluso que, al lado de la víctima, permanezca una persona de su entera confianza para afrontar las situaciones procesales ante las autoridades y los imputados para con ello, evitar un sufrimiento psíquico innecesario en los trámites de rigor, todos los cuales deben ser de manera inmediata y sin retrasos para que no permitan causar algún otro daño al ofendido, dado que es inmediatamente después de acaecido el hecho delictivo que, generalmente, la víctima se encuentra más vulnerable y afectada por los daños ocasionados y por la incertidumbre que viene acompañado de un proceso penal de corte occidental.

Mediante esta situación, se puede dejar dentro del procedimiento a un ofendido en carácter de colaborador y control externo de los actos que ejecute el Ministerio Fiscal, pero solo como sujeto procesal dependiente, dado que no le está permitido accionar de manera autónoma, ni acuse o recurra la sentencia. Sin perjuicio de ello, se le otorga la posibilidad de interponer medios recursivos contra los dictámenes que dicte el representante fiscal y el ofendido entienda que va en contra de sus intereses, llevándolo a control jurisdiccional o mediante vía jerárquica, al superior de quien dictaminó. Lo dicho deja ver cuáles son las facultades que cada víctima tiene en el proceso penal y cuáles pueden concedérseles<sup>98</sup>.

Con fundamento en esto, es que se entiende que lo que se necesita es como mínimo, mejorar su posición cuando informa como testigo de hecho punible, que presuntamente lo tiene a él como protagonista, para crearle cierta 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, junto al fiscal o adhiriéndose a su persecución, de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del proceso y el correcto ejercicio

98 Maier, Julio B. J., "La víctima...", ob. cit., pág. 222/224.

de los deberes de persecución penal por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, de ampliar el ámbito de los delitos que puede perseguir de modo autónomo, ensanchando el marco de valor de la autonomía de la voluntad, de mejorar su posición como actor civil dentro del proceso penal y de la creación de ciertos institutos procesales que privilegien la reparación a el debida de manera eficiente<sup>99</sup>.

Para finalizar el presente acápite, tenemos por parte de una de las posiciones que entiende que es posible que la víctima tenga un rol más activo dentro del proceso penal, una suerte de esquema que permitiría, salvar algunas de las críticas que recaen sobre esta idea. Así, para mantener y asegurar mejor un equilibrio y, a su vez, permitir una colaboración más profunda y eficiente del ofendido con quien detenta la acción penal pública, resulta loable ver la posible solución que puede darse en los tiempos venideros, la cual muestra que si la víctima está en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, debería poder concedérsele mediante resolución jurisdiccional o disposición fiscal, delegándole el ejercicio de la acción penal pública bajo el control judicial de un órgano determinado dentro de este poder, que incluso podría asegurarse mediante una garantía necesaria de que se continuará la investigación hasta la finalización.

Esto no quiere decir que todos nos convirtamos en pseudo fiscales o parte del Ministerio Público Fiscal, sino antes bien, es seguro que existirán, y existen, víctimas que están tan bien capacitadas que son incluso más idóneas para la persecución que cualquier fiscalía, tal como puede darse, de contar en un futuro con un sistema similar, en las asociaciones especializadas que se originen al efecto, vale decir, para la persecución de ciertos delitos o para la protección de ciertos bienes jurídicos, lo que por cierto permitirá mejorar la eficiencia y eficacia de los órganos del ministerio fiscal sobre la idea de que tendrán menos trabajo y podrán efectuar el mejor esfuerzo en perseguir los delitos más complejos o problemáticos<sup>100</sup>.

## E. Evaluación del ordenamiento

Luego de haber intentado realizar una evaluación de las cuestiones que tienen en vilo a la problemática atinente a la víctima en el orden del Derecho

<sup>99</sup> Ídem, pág. 192.

<sup>100</sup> Ídem, págs. 234/238.

Penal y en lo que respecta al Derecho Procesal Penal, nos hundiremos, con la misma insuficiencia de acabado análisis, en todo lo relativo a lo propio de la ley 27.372, examinando situaciones más normativas que dogmáticas que permitirán, junto a los párrafos que preceden, elaborar una herramienta para el día a día de nuestros colegas.

Ahora bien, el propósito que tuvo y tiene la norma, es tratar de colaborar con las personas que en algún momento de su vida puedan encontrarse de frente con una situación delictiva que los tenga como ofendido directo o indirecto y, mediante ello, la norma poder controlar si los riesgos de ser víctima de algún delito son igualmente repartidos en la población, o bien si algunos individuos, a razón de características que le son propias o personales, son más predispuestos que otros a quedar en esta posición hoy jurídica. De esta suerte, debemos mencionar cuáles pueden ser las situaciones o pormenores que se deben tener presente, a saber:

Las oportunidades, que son aquellas condiciones favorables que permiten o colaboran para que el autor del hecho delictivo ejecute su comportamiento ilícito. Los factores de riesgo, que son todos los puntos en donde se muestra que la víctima es *per se* vulnerable a los comportamientos que puede desplegar quien comete un delito. La motivación de los delincuentes, que son las situaciones que muestran a los victimarios que pueden avanzar en su empresa delictiva sin ningún tipo de problemas para sí. La exposición saturada del ofendido al victimario, circunstancia que lleva a establecer más confianza en este último en razón del conocimiento adquirido sobre su blanco. Los momentos riesgosos y lugares peligrosos para el damnificado, lo que permite una identificación de los espacios en donde generalmente son más proclives los acontecimientos dañinos respecto de ciertos bienes jurídicos. Las conductas peligrosas, las cuales satisfacen un requisito anterior al comportamiento del autor, en tanto y en cuanto quien resulta víctima haya o no, desplegado una acción u omisión que de manera negativa influyó en el victimario para la realización de su conducta injusta jurídico-penalmente. Las actividades de alto riesgo, momentos en donde, en virtud de los lugares, las situaciones y los momentos en los que se circulan ocasionan una probabilidad aún mayor de ser parte de un hecho criminoso que lo tenga como ofendido, es decir, elevan el riesgo de victimización. Los comportamientos defensivos o de evitación, actitudes o comportamientos autodeterminados por las personas para evitar ser pasible de ubicarse como víctima de un delito, circunstancia que lleva mu-

chas veces a mostrarse de modo agresivo o temeroso colocándose en dicho lugar por culpa propia. La marginalización de la población o el ocupar un lugar más alto en la escala social, lo que implica que aumentan las posibilidades de riesgos de victimización negativa y positiva, por acción y omisión del Estado, que deja ver como presa fácil a tales grupos y mediante esto ser víctimas culturalmente legitimadas<sup>101</sup>.

Lo descripto son los alguno de los factores que se tienen en cuenta para que las diferencias estructurales y las dificultades con respecto al efectivo respeto y realización de los derechos humanos sean cruciales, en donde la violencia estructural, la economía y las políticas del Estado deben ser consideradas en aras de ver si refuerzan a los conflictos o los ahuyentan, dentro de un marco de aplicación de herramientas criminológica y victimológicas.

### E.1. El rol previo y post ley 27.372 de la víctima

La víctima tuvo en los sistemas acusatorios puros en los antiguos pueblos germanos, griego y romano, un rol protagónico en la iniciación del proceso. Con la llegada de la inquisición y la persecución penal en cabeza del Estado, la víctima pasó a mirar el proceso penal casi como tercero ajeno al conflicto, traduciéndose el mismo en una relación estatal con el súbdito con persecución estatal-imputado, dejando de lado dentro las finalidades al ofendido y con un papel secundario en el procedimiento.

En estos diseños, la víctima ha quedado con muy limitadas facultades de participación en el proceso, quedando su actividad en muchos casos relegada a brindar su testimonio en las actuaciones, sin un real seguimiento de las actuaciones y menos una efectiva intervención en la misma, tal cual se encontraba previsto por el Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, previo a la modificación establecida por la ley 27.372, donde en sus artículos 80 y 81 disponía específicamente respecto de la situación de ser víctima en estos términos: “...Artículo 80: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante; b) A ser informada

sobre el estado de la causa y la situación del imputado; c) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido. Artículo 81: Los derechos reconocidos en este capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo...”

Así las cosas, esta suerte de concesiones se veía fortalecida por la figura del querellante y la participación que la misma tenía en el proceso penal como dependiente del fiscal, quedando su actuación desplazada o condicionada por la voluntad del titular de la acción, situación que ha sido en más de una ocasión criticada por la doctrina.

Ahora en la actualidad, los artículos 79 a 81 encuentran modificaciones, en algunos más importante (80 y 81) que en otros (79). Por ello, el legislador, enmarcado en las nuevas leyes de derechos y garantía para las víctimas, dispuso que se modificase, entre otros, los artículos 80 y 81, quedando de la siguiente forma “...Art. 80. - Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: a) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; b) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada sobre el estado del proceso y la situación del imputado; c) A aportar información y pruebas durante la investigación; d) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible, para el pronto reintegro de los bienes sustraídos; e) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por una persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido; f) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y de aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; g) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; h) A solicitar la revisión de la desestimación o el archivo, aún si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante. (Artículo sustituido por art. 15 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017).

Art. 81. - Durante el proceso penal, el Estado garantizará a la víctima del delito los derechos reconocidos en la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Vícti-

101 Fattah, Ezzat A., “The evolution of a yung, promising discipline. Sixty years of victimology, a retrospective and prospective look”, en obra colectiva “International Handbook of Victimology”, editorial CRC Press, año 2010, pág. 42/94.

*mas de Delitos. A tal fin, las disposiciones procesales de este Código serán interpretadas y ejecutadas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a la víctima. Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo...".*

Tales normas permiten ver que hay disposiciones vinculadas a la información y la participación de la víctima en el proceso, lo que a su vez viene a dar una posición más fuerte a la definición de víctima establecida en el art. 2 de la ley 27.372, donde también, en los artículos siguientes, se regulan los principios rectores de todos los ofendidos por delitos, fijándose sus objetivos, con la adopción de medidas que aseguren un debido asesoramiento y asistencia para garantizar los derechos de las víctimas de delitos y de violaciones a los derechos humanos, amparados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, posibilitando que en la referida ley interna se establezca que las autoridades deberán regirse bajo los principios de rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (arts. 3 y 4). Enunciándose además los derechos de dichas víctimas y ampliándose las facultades otorgadas (arts. 5 a 13)<sup>102</sup>.

En este estado, corresponde realizar una pequeña exposición y análisis de las normas que de la ley 27.372 de manera directa o indirecta indican en el proceso penal y su trámite. Sobre tal tesitura debemos empezar por el artículo 4 que prevé que *"...ARTÍCULO 4º- La actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios: a) Rápida intervención: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia; b) Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas; c) No revictimización: la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles..."*.

Aquí se puede ver que la rápida intervención está esquematizada sobre las medidas de ayuda, asistencia y protección que requiera la situación de víctima, adoptándose con la mayor celeridad y en casos extremos de modo

inmediato o con las mayores de las urgencias. Igualmente, el enfoque diferencial entiende que lo expuesto en precedentemente, tiene que llevarse a cabo tomando en consideración la situación de vulnerabilidad de cada persona, toda vez que de acuerdo con la ratificación de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad hecha por Argentina, proporcionan un efectivo parámetro para garantizar un derecho a los ofendidos por delitos, enfocando la ley con cuestiones diferenciales, entre otras, a la edad, género, la preferencia y orientación sexual, etnia, condición de discapacidad o cualquier otra análoga.

Finalizando con los principios rectores, tenemos a la no revictimización, en donde lo que se tiene en cuenta es que los daños que le fueron ocasionados a la víctima por parte del hecho delictivo, no se vean aumentados como consecuencia de su intervención con cualquier parte del procedimiento penal, desde su inicio mediante el anoticiamiento del suceso hasta su finalización, dado que en muchas oportunidades la situación dañosa no se termina en la lesión sufrida, pudiendo incrementarse en razón de la victimización institucional a cargo de la policía o de la justicia en general, donde se le maltrata o humilla<sup>103</sup>, siendo este el motivo que lleva a la norma a adoptar cualquier medida que prevenga un injustificado aumento de las molestias o sufrimientos ya ocasionados.

También, pero ahora dentro de los derechos de las víctimas, a más de los derechos que posee en el proceso penal ya expresamente mencionados, también cuenta con la posibilidad de recibir de manera gratuita el patrocinio letrado para ejercer los derechos que le asisten y poder querellar, sin que ello demande algún tipo de erogación que no permita satisfacer tal requerimiento, y lo hace de esta forma, a saber: *"...ARTÍCULO 11. La víctima tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo..."*.

Sin perjuicio de lo dicho, y si bien la totalidad de derechos enumerados por la ley 27.372 son importantes para el desarrollo de la víctima, uno de ellos resulta de mayor entidad para que los demás se puedan ejercer de modo pleno, es el de información, en tanto conocer sus derechos le dará la posibilidad de tomar las decisiones que estime más correctas para su persona y sus familia-

102 Ortiz, Andrea, ob. cit., págs. 67/71.

103 Barbirotto, Pablo Alejandro, ob. cit., págs. 3/4.

res, lo cual está previsto en el artículo 7 cuando expone que “...La autoridad que reciba la denuncia deberá: a) Asesorarla acerca de los derechos que le asisten y de los medios con que cuente para hacerlos valer; b) Informarle los nombres del juez y el fiscal que intervendrán en el caso, y la ubicación de sus despachos; c) Informarle la ubicación del centro de asistencia a la víctima más cercano, y trasladarla hasta allí en el plazo más breve posible, si la víctima lo solicitare y no contare con medio propio de locomoción...”.

Concomitantemente, se ha dispuesto el reconocimiento sea fundado en la necesidad de garantizar la vida, la integridad física y psíquica, la autonomía personal, la seguridad y el bienestar del ofendido, planteando respuestas integrales de asistencia para reconsolidar su identidad tras el suceso ilícito, brindándose como herramienta la creación en el ámbito federal, con la posibilidad de adhesión o creación en las provincias, de un centro de asistencia a las víctimas de delitos con estas reglas, “...ARTÍCULO 22. Créase en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID). El CENAVID tendrá a su cargo la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia federal en todo el país, y en forma coadyuvante, la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia ordinaria a requerimiento de las jurisdicciones locales. ARTÍCULO 23. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ya cuentan con organismos o instituciones especializadas en la asistencia a las víctimas de delitos de competencia local evaluarán su situación y, si fuese el caso, adoptarán las medidas necesarias para dotarlos de suficiente estructura, capacitación y financiación. El CENAVID desarrollará las acciones a su alcance para colaborar en la creación de tales organismos, en las provincias que no cuenten con ellos. ARTÍCULO 24.- El CENAVID tendrá las siguientes funciones: a) Atender de inmediato a las víctimas que requieran su intervención. A tal fin deberá implementar un servicio de urgencia que funcione fuera del horario de atención de sus oficinas, que le permita garantizar la asistencia de la víctima en los casos que requieran perentoria intervención; b) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar la seguridad de la víctima y de sus familiares, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con los organismos a cargo de la seguridad pública protocolos de actuación que permitan su rápida intervención; c) Adoptar los cursos de acción necesarios para brindarle a la víctima un hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia en los casos que corresponda. A tal fin convendrá con los organismos e instituciones capacitados para brindar los protocolos de actuación que

permitan su rápida intervención; d) Adoptar los cursos de acción necesarios para la atención médica y psicológica de la víctima, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con las instituciones a cargo de la salud pública, protocolos de actuación que permitan su rápida intervención; e) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar el patrocinio y representación jurídica de la víctima, dándole intervención al Ministerio Público de la Defensa cuando corresponda. Asimismo acordará mecanismos de cooperación con colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil que se encuentren capacitados para brindarlas. ARTÍCULO 25. Para el cumplimiento de sus obligaciones en territorios provinciales, el CENAVID suscribirá acuerdos de colaboración con los organismos o instituciones de atención a las víctimas que localmente se hayan creado. Si fuese necesario, el CENAVID podrá crear sedes propias. ARTÍCULO 26. El CENAVID será dirigido por un director ejecutivo designado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que deberá ser un profesional con reconocida trayectoria en la materia. El director ejecutivo, en el plazo más breve posible, someterá a la aprobación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el organigrama de la organización del CENAVID y el programa de acuerdos de colaboración y cooperación con organismos públicos, colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil, que sean necesarios para el cumplimiento de esta ley...”.

Estos centros serán encargados de atender a las víctimas que se lo pidan, disponiendo de un servicio de urgencia para funcionar fuera de horarios de oficina para casos de premura, encontrándose encargados de tomar las medidas que estimen pertinentes para dar seguridad a la víctima y sus familiares, debiendo incluso, brindar hospedaje, alimento, atención médica, psicológica, como así también asistencia y representación jurídica, la cual está amparada mediante la creación de defensores públicos de la víctima, dentro del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, siempre que la situación económica o de vulnerabilidad así lo hiciera necesario, siendo expresamente contemplados los casos en los que se den delitos contra la vida, la integridad sexual, terrorismo, por asociación ilícita u organización criminal, violencia de género y trata de personas, todos los cuales están estipulados en el artículo 8 bajo estos términos “...En los supuestos del inciso d) del artículo 5°, se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los siguientes delitos: a) Delitos contra la vida; b) Delitos contra la integridad sexual; c) Delitos de terrorismo; d) Delitos

cometidos por una asociación ilícita u organización criminal; e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género; f) Delitos de trata de personas. La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciera imprescindible...”.

## E.2. Luces y sombras de la reforma

Haciendo un correcto abordaje de la cuestión planteada, es dable referir que, como se ha expuesto en este trabajo, todo lo atinente a la víctima excede los alcances de su participación dentro del proceso penal, debiendo necesariamente conectarse ambas partes de la rama penal del sistema, evaluando los fines que se persiguen y las tareas que debemos realizar para una mejor posición jurídica del ofendido por un delito, lo cual lleva a una decisión por parte del Estado de política criminal, utilizando el régimen de acción de la víctima como campo de batalla.

Ahora bien, la perspectiva de querrela adhesiva, en tanto tenemos un sistema donde prima el principio de oficiosidad, admitiría una compatibilización mejorada entre los derechos que le asisten a la víctima y todo el cúmulo de derechos y garantías que tiene el imputado para que no sea menospreciado en su posición. Esta situación requiere a su vez, que, si lo que el legislador quiso fue darle un rol protagónico a la víctima, se deberá también restar o disminuir algunas a los diferentes Ministerios Públicos Fiscales, pensando un modelo de Estado diferente para que la actuación del ofendido no sea un laberinto al momento de tener que intervenir en el sistema penal.

También, el aspecto procesal de la reforma debiera ser revisado sin terminar de visualizar que se trata de una reforma de carácter parcial sobre un sistema en el que rige la publicidad de la acción penal, por lo que se deben evaluar los ejes estructurales en aras de crear las nuevas políticas criminales.

No obstante, algunos podrían decir que esta ley viene a reestructurar el proceso penal en aras a la bilateralidad del proceso real entre víctima y autor, lo cual requiere que se lleven a cabo la materialización de los derechos y garantías que hasta el momento solo se profesan de modo verbal y sin ningún hecho fáctico en el que se practique, resultando meramente una ley con

buenas intenciones, pero un poco utópica, aunque sin desconocer que se ha marcado un rumbo para el progreso sobre el tema.

Sobre tal base es que se anhela que sea una ley que no quede a mitad de camino, que contribuya a mejorar el trato que se dispensa a la víctima en el proceso penal, facilitando su acceso a la justicia y permita que la sociedad retome en sí la confianza hoy perdida sobre la administración de justicia y los miembros de sus respectivas partes, teniendo como desafío que este ordenamiento se transforme en parte de las normas adjetivas que tenemos como herramientas y no quede siendo solo palabras vacías.

## F. Examen enmarcado con las nuevas disposiciones

Aquí, queremos referirnos a una visión de la víctima respecto al nuevo “código procesal penal federal” (ley 27.482). Sobre este tema, debemos mencionar que con la sanción de la ley 27.482, modificatoria de la ley 27.063 y dejada en suspenso por el decreto 257 del año 2015, un ordenamiento adjetivo de claro tinte acusatorio se ha prevenido la posición de la víctima con mucha más participación que en el aún vigente Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984<sup>104</sup>. Así entre otras cuestiones, y sólo mencionando lo que son más importantes en mi opinión, puede verse que en lo atinente a la víctima, el artículo 78 del nuevo código, no es más que la reproducción del artículo 2 de la ley 27.372, el cual dice: “...Artículo 78.- Calidad de víctima. Este Código considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos. (Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 27.482 B.O. 7/1/2019)...”.

Además, se establecieron nuevas normas sobre el ofendido, y se ven en los artículos 79 a 82 en los tanto que dicen “...Artículo 79.- Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos: a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; b) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; c) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren

104 Figari, Rubén E., “El rol de la víctima en el proceso penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Ferredar”, en obra colectiva “Edición especial: Nuevo Código Procesal Penal Federal”, editorial La Ley, año 2019, pág. 7.

en su interés, a través de los órganos competentes; y a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; d) A intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código; e) A ser informada de los resultados del procedimiento; f) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; g) A aportar información durante la investigación; h) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; i) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; j) A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; k) A participar en el proceso en calidad de querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento. l) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; (Inciso incorporado por art. 13 de la Ley N° 27.482 B.O. 7/1/2019); m) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; (Inciso incorporado por art. 13 de la Ley N° 27.482 B.O. 7/1/2019); n) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación. (Inciso incorporado por art. 13 de la Ley N° 27.482 B.O. 7/1/2019)

**Artículo 80.- Asesoramiento técnico.** Para el ejercicio de sus derechos, la víctima podrá designar a un abogado de su confianza. Si no lo hiciera se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente y se la derivará a la oficina de asistencia correspondiente, conforme lo dispuesto en la ley 27.372 o la que en el futuro la reemplace. (Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.482 B.O. 7/1/2019). **Artículo 81.- Asesoramiento especial.** La víctima podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación registrada conforme a la ley, de protección o ayuda a las víctimas, de defensa de intereses colectivos o difusos, de defensa de los derechos humanos o especializada en acciones de interés público, si fuera más conveniente para la defensa de sus intereses. Formalizada la delegación, estas asociaciones ejercerán todos los derechos de la víctima, a quien deberán mantener informada...”

Todos estos nuevos derechos permiten dejar de lado a la persona desafortunada que la víctima era previamente, pugnando por establecer la asistencia

y los derechos menesteres al presunto sujeto activo del delito, vale decir, para entender sus necesidades, la posibilidad de intervención activa y una defensa a sus intereses más justa<sup>105</sup>.

Igualmente, esta nueva norma que aún no se ha puesto en práctica, trae consigo la necesidad de que se respeten todo lo que hace a la dignidad y privacidad de la persona que ha visto mediante un hecho ilícito, menospreciar la protección de sus bienes jurídicos, por lo que está presupuesta para evitar que en lo posible, no se revictimice, incluyendo la garantía de no ser pasible de malos tratos o de alguna situación que pueda debilitarlo o dificultar su desarrollo normal, por parte de las personas que formen parte de los distintos organismos del Estado<sup>106</sup>.

En lo que respecta al art. 80 y 81, son todos los derechos de la víctima que se han desarrollado durante el presente y, por cuestiones de extensión, es correcto exponer al lector a una revisión de lectura de tales derechos. Sobre el art. 82, es dable resaltar que se le concede la posibilidad de requerir del Estado, el cual debe proporcionarla, la asistencia de una organización especializada para ayudar y colaborar con la víctima al momento que lo necesite<sup>107</sup>.

Por último, y restando el análisis de varias normas que se refieren al ofendido durante el proceso, debemos exponer que el artículo 158 le prevé que deberá ser pasible de un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, siendo adecuado y útil para el tratamiento de los derechos y garantías que tendrá la víctima en el proceso penal federal, estando todo relacionado con la situación de vulnerabilidad, a corroborar, de la misma<sup>108</sup> y lo hace en tales términos “...**Artículo 158.- Declaración de menores de edad, víctimas de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o personas con capacidad restringida.** Si se tratare de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis (16) años, personas con capacidad restringida, y testigos-víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones a derechos humanos, si la naturaleza y circunstancias del caso así lo aconsejasen, se deberá adoptar el siguiente procedimiento: a) Serán entrevistados por un psicólogo especialista de acuerdo a las condiciones de la víctima; b) Si la víctima fuera menor de edad

<sup>105</sup> Ídem.

<sup>106</sup> Ídem, pág. 9.

<sup>107</sup> Ídem, pág. 11.

<sup>108</sup> Ídem, pág. 9.

o persona con capacidad restringida, el acto se llevará a cabo de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, o adecuado a su estado de vulnerabilidad si fuera víctima del delito de trata o explotación de personas u otra grave violación a los derechos humanos; c) En el plazo que el representante del Ministerio Público Fiscal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe; d) El desarrollo del acto podrá ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente; en ese caso con anterioridad a la iniciación del acto, el juez o el representante del Ministerio Público Fiscal, según el caso, hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima; e) Si la víctima estuviera imposibilitada de comparecer por motivos de salud o por residir en un lugar distante a la sede del tribunal, o para garantizar la protección de su seguridad, se podrá realizar el acto a través de videoconferencias; f) Se podrá admitir la exhibición del registro audiovisual de declaraciones previas de la víctima en ese u otro proceso judicial. Si las partes requiriesen la comparecencia a los efectos de controlar la prueba, el juez les requerirá los motivos y el interés concreto, así como los puntos sobre los que pretendan examinar al testigo, y admitirá el interrogatorio sólo sobre aquéllos que hagan al efectivo cumplimiento del derecho de defensa; g) La declaración se registrará en un video fílmico. Si se tratase de actos de reconocimiento de lugares o cosas, el menor de edad o la persona con capacidad restringida víctima del delito será asistido por un profesional especialista. Si se tratase del delito de trata o explotación de personas, la víctima será acompañada por un profesional especialista; en ningún caso estará presente el imputado. Si se tratase de víctimas que a la fecha en que se requiere su comparecencia ya hubiesen cumplido dieciséis (16) años pero fuesen menores de dieciocho (18) años de edad, antes de la recepción del testimonio, se requerirá informe a un especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso de que compareciese ante los estrados judiciales en presencia de las partes. Esta medida debe llevarse adelante evitando la revictimización del niño, niña o adolescente...”

Ahora bien, llegado el momento de analizar si las reformas que están introduciéndose respecto a la víctima son correctas, es necesario retomar la idea expuesta con anterioridad en cuanto que no obstante, algunos podrían decir que esta ley viene a reestructurar el proceso penal en aras a la bilateralidad del proceso real entre víctima y autor, lo cual requiere que se lleven a cabo la ma-

terialización de los derechos y garantías que hasta el momento solo se profesan de modo verbal y sin ningún hecho fáctico en el que se practique, resultando meramente una ley con buenas intenciones, pero un poco utópica, aunque sin desconocer que se ha marcado un rumbo para el progreso sobre el tema.

Sobre tal base es que se anhela que sea una ley que no quede a mitad de camino, que contribuya a mejorar el trato que se dispensa a la víctima en el proceso penal, facilitando su acceso a la justicia y permita que la sociedad retome en sí la confianza hoy perdida sobre la administración de justicia y los miembros de sus respectivas partes, teniendo como desafío que este ordenamiento se transforme en parte de las normas adjetivas que tenemos como herramientas y no quede siendo solo palabras vacías.

## G. Bibliografía

- ABRALDES, Sandro, “La víctima en el proceso penal – Proyección sobre diversos aspectos”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018.
- ALONSO, Matilde Sonia y Rojas, Luciano Pablo, “La víctima y la victimología. Normas y desafíos”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018.
- BARBERO, Natalia, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – I”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2017.
- BARBIROTTO, Pablo Alejandro, “Tratamiento actual de la víctima en el proceso penal”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46201.pdf>
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>.
- COHEN AGREST, Diana, “La participación de la víctima en el Derecho Procesal Penal argentino”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal –

- La víctima del delito – Aspectos procesales penales – I”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2017.
- CONSTANZO, Leandro; Mannará, Federico; Álvarez Icaza Ramírez, Julia y Anativia, Julio, “Victimología. Herramientas conceptuales”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VIII, N° 7, editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, año 2018.
  - DI BLASIO, Yanina, “Acción pública y víctima: alguien tiene que ceder. Observaciones en torno a la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 2018 – VII, editorial La Ley, año 2018.
  - ESER, Albín, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal – tendencias nacionales e internacionales”, traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
  - FATTAH, Ezzat A., “The evolution of a yung, promising discipline. Sixty years of victimology, a retrospective and prospective look”, en obra colectiva “International Handbook of Victimology”, editorial CRC Press, año 2010.
  - FIGARI, Rubén E., “El rol de la víctima en el proceso penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Ferredar”, en obra colectiva “Edición especial: Nuevo Código Procesal Penal Federal”, editorial La Ley, año 2019.
  - FLORES, Pablo, “La situación de las víctimas de delitos en la República Argentina”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo 2017-2, Santa Fe, año 2018.
  - GAITE, Hernán, “La situación de la víctima en el proceso penal”, <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/LA-SITUACION-DE-LA-VICTIMA-EN-EL-PROCESO-PENAL.pdf>.
  - GRAFEUILLE, Elías Germán, “Ley 27.372 – Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos – Tratamiento de la víctima a la luz de las últimas reformas procesales”, en obra colectiva “Reformas al Código Procesal Penal”, editorial Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, año 2019.
  - HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal – Sobre los límites de las funciones jurídi-

- co-penales”, Traducción de Julio B. Maier y Daniel R. Pastor, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
- HIRSCH, Hans Joachim, “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”, Traducción de Elena Carranza, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
  - LARRAURI, Elena, “Victimología”, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992
  - LEDESMA, Ángela E., “Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo 2017-2, Santa Fe, año 2018.
  - MAIER, Julio B. J., “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
  - MAIER, Julio B. J., “La víctima y el sistema penal”, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
  - ORTIZ, Andrea, “El rol de la víctima en el sistema penal: la nueva Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 2018 – VIII, editorial La Ley, año 2018.
  - ROXÍN, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, traducido por Julio B. J. Maier y Elena Carranza, en obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1992.
  - VALLES, María Laura, “Perspectiva de género en el Derecho penal argentino”, en obra colectiva “Revista de Derecho Procesal Penal – La víctima del delito – Aspectos procesales penales – II”, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018.
  - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar Alejandro, “Derecho Penal - Parte General”, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2002.