

*Fiscales y víctimas frente a un nuevo  
enfoque del Conflicto Penal*

Ricardo Jorge Mendaña

Fiscal de Cámara de Neuquén, Argentina. Catedrático de la Universidad Nacional del  
Comahue, Argentina. Miembro del INCECIP.

Lex



*Michicha kuna. Técnica mixta, 1954 (37.5 cm. x 27 cm.)*

# SUMARIO

I Introducción. II. Los conflictos penales y la posición de las víctimas. III. Frente a un nuevo paradigma: la justicia restaurativa. A. Otra mirada sobre el conflicto penal. B. Soluciones más racionales y participativas. IV. El nuevo papel de los fiscales. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia penal, dice Tamar Pich, es “un ámbito de entrecruzamiento, recurso simbólico y punto de observación de demandas, exigencias y conflictos planteados, no sólo por las instituciones sino también por los actores sociales”<sup>1</sup>. Nuestra propia “visión del mundo” contribuye a dar forma a esas demandas y expectativas vinculadas con la justicia penal, perfilando la posición de los distintos actores del proceso.

Dos de esos actores, la víctima del delito y los Fiscales, han adquirido un protagonismo sobresaliente en los actuales procesos de transformación del sistema penal, alumbrando nuevas reflexiones y ofreciendo otras perspectivas para la gestión de la conflictividad penal.

## II. LOS CONFLICTOS PENALES Y LA POSICIÓN DE LAS VÍCTIMAS

1 La evolución histórica nos ofrece un valioso observatorio para apreciar los distintos enfoques sobre el conflicto penal y sobre la reacción frente al delito, pero también posibilita comprender y reflexionar sobre el actual estado de cosas, pues como señala Sozzo “el presente refleja una combinación de elementos heredados del pasado y de innovaciones actuales”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> PICH, Tamar. *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Ad-Hoc, p. 36.

<sup>2</sup> SOZZO, Máximo. “Traduttore traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la Criminología en América Latina, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, N° 13-2001, p. 357.

Los antecedentes remotos permiten reconocer una etapa en la que la víctima o su clan era “dueña omnímoda de la etapa ejecutiva ulterior a la victimización” y en el que la venganza “constituía una llamada al cumplimiento de un derecho-deber del grupo, victimizado éste emblemáticamente, de suerte que la ofensa venía a proyectarse sobre los miembros del clan, y los aglutinaba solidariamente a su sombra. La vindicta operaba como instrumento de férrea cohesión social, sobrepasando las internas disensiones de la amplia comunidad tribal”<sup>3</sup>

Este imperio victimal encuentran dos límites racionalizadores en el “recorte taliónico” y en el “arreglo compositivo”<sup>4</sup>, aunque aún solía manifestarse sin ingerencia judicial<sup>5</sup>, es decir como forma de ejercicio de justicia privada. En los pueblos germánicos quizás es donde más se instala la idea de que la “restauración de la paz social se logra “por el pacto resarcitorio entre la víctima y el ofensor”, razón por la cual los órganos de gobierno deben asumir la tarea de fijar las condiciones equitativas para la sustitución de la venganza.”<sup>6</sup>

Sin embargo, el sistema penal fue abandonando progresivamente la idea de dar satisfacción a las víctimas, para buscar la aplicación de un escarmiento al culpable. Aquel derecho penal de daños, que ponía el acento en el perjuicio y su reparación, se mudó poco a poco a un derecho penal de delitos. Los delitos privados fueron paulatinamente desplazados por los delitos públicos, se “oficializó” la Justicia y la compensación debida a la víctima fue reemplazada por la sanción pecuniaria y por la imposición de las “costas”. Este proceso de neutralización de la víctima se fue profundizando en la baja Edad Media, con una creciente intervención estatal y un aumento en la crueldad de las penas, al diluirse el fin reparatorio de la pena y acentuarse el criterio ejemplarizante. El sistema penal y la pena estatal se transformaron así en instrumentos del control estatal directo sobre los súbditos y en herramientas de coacción y dominación en manos del Estado, aún sin necesidad de una queja externa, es decir sin el reclamo de una víctima.

En el proceso penal también se produjo el correlato: el procedimiento, puramente acusatorio<sup>7</sup>, sencillo y accesible, que permitía a la propia víctima ejercer sus reclamos y derechos, fue

<sup>3</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *La Hora de la Víctima. Compendio de victimología*, Edersa, 1996, p. 28.

<sup>4</sup> Dice HERRERA MORENO: “El Talión marca un hito positivo en el desarrollo técnico-jurídico de las antiguas legislaciones. En contradicción con su más directa y tremendista apariencia, la regla del talión juega virtualmente a favor del infractor, ralentizando el impulso justiciero de la víctima y adecuándolo a la entidad de la ofensa originalmente inferida” (Op. cit. p. 31). Y expresa que la cláusula taliónica suele aparecer ligada por un “vínculo de subsidiariedad” con la compensación, hace pensar que el ejercicio directo del Talión no fuera tan frecuente (p. 32).

<sup>5</sup> Véase DRAPKING, Israel. *Criminología de la Violencia*, p. 81.

<sup>6</sup> HERRERA MORENO, Myriam. Op. cit., pp. 34-35. También ARMENTA DED, Teresa. Pena y Proceso: fines comunes y fines específicos. En: en la obra colectiva *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, JM Bosch Editor, 1997, p. 208.

<sup>7</sup> Del paradigma de la lucha (la disputatio era una lucha de argumentos) se pasa al paradigma de la decisión, mediante la inquisitivo (ZAFFARONI, Raúl E. -ALAGIA, Alejandro -SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*, Parte General, p. 262-ss).

haciéndose cada vez más complejo, formalista y poco comprensible, favoreciendo el profesionalismo de los roles procesales y la marginación de la víctima. La *investigación* (indagación) pasó a dominar el centro de los procedimientos, desplazando al debate judicial (la prueba)<sup>8</sup>, que caracterizaba el sistema anterior; mientras, la *escritura* triunfaba sobre la oralidad y el *secreto* hacia lo propio con la publicidad.

2. Este rápido repaso histórico permite apreciar los dos *modelos de reacción a los conflictos*, de los que habla Zaffaroni: *el modelo de solución entre partes* y *el modelo de decisión vertical o punitivo*<sup>9</sup>, cuya línea divisoria está determinada, precisamente, por la posición de la víctima. La víctima, resultó desalojada de su posición de preeminencia por la inquisición y fue despojada de todas sus facultades mediante la persecución penal pública, minimizando la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, transformando de esa forma “todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos”.<sup>10</sup>

Para Zaffaroni “el pretexto de *limitar* la venganza de la víctima o de *suplir* su debilidad sirve para descartar su condición de persona, para restarle *humanidad*. La invocación al dolor de la víctima no es más que *una oportunidad para el ejercicio de un poder* cuya selectividad estructural lo hace antojadizo y arbitrario”<sup>11</sup>. Y añade que “al degradar a la víctima a un puro signo habilitante del poder, el autor de una acción lesiva también queda reducido a un objeto sobre el cual se puede ejercer poder. Su conducta tampoco tiene valor negativo en sí misma, sino que es la contrapartida del desconocimiento del dolor de la víctima: es solo un signo o señal”.

Nils Christie destaca que así “se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado (...) La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo - y a menudo de una manera más brutal al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”<sup>12</sup> y ha quedado “presa también de la formalización de los roles”, pues deja de tener vehículos aptos para expresar sus deseos, para ser oída, para obtener las respuestas que necesita”<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> La “indagación”, dice FOUCAULT, es “una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las” (FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, p. 8718).

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - MAGLIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Op. cit., p. 229.

<sup>10</sup> MAIER, Julio B., La víctima y el sistema penal. En: *De los Delitos y las Penas*, p. 186.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Op. cit., p. 230.

<sup>12</sup> CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”. En: *De los Delitos y las Víctimas*, p. 162.

<sup>13</sup> Confr.: RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, Sociedad, Estado, Víctima y Ofensor. El orden de los factores ¿altera el producto?, en la obra colectiva *Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. Del Puerto, p. 23.

El sistema penal, además, actúa de manera estereotipada, partiendo de la premisa de que todas las víctimas tienen las mismas necesidades, expectativas y reacciones. Dice Hulsman que el sistema penal suele ocuparse de problemas que no existen y no considera a las personas en su singularidad, causando muchas veces daño a quienes debe proteger<sup>14</sup>.

### III. UN NUEVO PARADIGMA: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

#### A. Otra mirada sobre el conflicto penal

1. Gracias a los aportes teóricos de la Criminología y la Victimología, comienza a cuestionarse el *sistema penal infraccional*, y a replantearse la necesidad de volver a considerar el conflicto primario y a sus protagonistas, en especial a la víctima. Se empieza a sentir así la necesidad “de volver a un sistema donde la sociedad real sienta que la víctima y el autor son parte de ella”, que procure la recomposición de los nexos entre la víctima, el ofensor, la sociedad y los encargados de administrar justicia, y no se conforme solo con “la administración del dolor”<sup>15</sup>.

Estos cambios también están asociados a una nueva consideración de los conflictos, que dejan de ser mirados como manifestaciones de la patología social, como algo artificial que puede ser eliminado, para ser apreciados como parte de la normalidad, como fuentes de energía y factor de retroalimentación social<sup>16</sup>.

La idea de una sociedad cerrada en sí misma y estática, desprovista de conflictos y basada en el consenso, con un modo único de resolución de conflictos, es al decir de Dahrendorf una

<sup>14</sup> Y explica que “la víctima no puede detener la ‘acción pública’ una vez que ésta se ha ‘puesto en movimiento’; le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podría asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilado; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el ‘autor’; ignora que le sucederá a este último durante el tiempo de prisión; no sabe en que condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en la prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida (...) Cuando el sistema penal se hace cargo de un ‘asunto’, lo petrifica para siempre en la forma como lo interpretó al comienzo. No tiene en cuenta para nada el carácter evolutivo de la experiencia interior. De este modo, aquello que se ven tila en el tribunal non tiene, a fin de cuentas, nada que ver con lo que viven y piensan los protagonistas en el día del proceso. En este sentido, se puede decir que el sistema penal se ocupa de problemas que no existen” (HULSMAN, Louk. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*, p. 71-72).

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, *Sociedad, Estado, Víctima y Ofensor*. El orden de los factores ¿altera el producto?, en la obra colectiva *Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Mediación de conflictos, pena y consenso*, ed. Del Puerto, p. 25-26.

<sup>16</sup> MONTEZANTI, Guillermo A., *Conflicto y sociedad*, en la obra colectiva *Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Mediación de conflictos, pena y consenso*, ed. Del Puerto, p. 174.

simple “utopía”<sup>17</sup>, fuertemente asociada a un Estado centralista y refractario a reconocer la complejidad y diversidad que caracterizan la sociedad actual.

Salvo los casos en que se ponga en riesgo la misma estructura de la sociedad, en opinión de Lewis A. Coser, otro de los autores de esta corriente, *el conflicto es funcional* porque asegura el cambio social, la integración y conservación del grupo social y hace posible “una readaptación de las normas y de las relaciones de poder dentro de los grupos, en correspondencia con las necesidades advertidas por sus miembros individuales y por los subgrupos”<sup>18</sup>.

La idea de una sociedad consensual, con un modo “único” de resolución de los conflictos, representa una idea fuertemente asociada a un Estado centralista y refractario a reconocer la complejidad y diversidad que caracterizan la sociedad actual. La teoría del consenso, basada en una comprensión de la sociedad basada en la uniformidad de valores compartidos fundantes del sistema social, no logra darnos una explicación satisfactoria, pues las sociedades no pueden concebirse “como organismos equilibrados, estáticos y cerrados en sí mismos, basados en una armónica convergencia funcional de todas las partes, en la Comunidad de los intereses y en el consenso”<sup>19</sup>. Las relaciones sociales no son estáticas, están en permanente cambio y reacomodamiento lo que se hace más patente en las sociedades modernas, por su fragmentación, la movilidad social y la aceleración de los procesos de cambio<sup>20</sup>. El conflicto opera “como principio dinámico, que impide la osificación del sistema, y pierde entonces desde esta perspectiva todo contenido disvalioso”<sup>21</sup>.

Si bien el crimen suele producir un lógico enfrentamiento entre autor y víctima, el sistema legal logra que el distanciamiento se convierta en definitivo e irreversible; en ese entorno la “resocialización” del delincuente, se presenta como algo ajeno a la suerte de “su” víctima y a la

<sup>17</sup> Véase en Alessandro BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, p. 126.

<sup>18</sup> Véase BARATTA, Alessandro, ob. cit., pág. 128, quien destaca que los dos autores parten de una idea distinta de conflicto: “Para COSER el poder es uno de los posibles objetos del conflicto, junto a los otros bienes materiales o inmateriales. Para DAHRENDORF, el conflicto es, ... siempre reductible al poder o a las bases del dominio” (pág. 129). En el libro ‘Ley y Orden’, DAHRENDORF afirma que la ley y el orden, que son dos claras manifestaciones de poder, “representan el principal objeto de conflicto en las sociedades desarrolladas del mundo libre” (p. 17).

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, p. 124.

<sup>20</sup> MONTEZANTI, Guillermo A. “La lógica interna en la solución de los conflictos particulares”, p. 125. Expresa el autor: “Como ya señalara Pareto “todo orden social es un equilibrio más o menos sólido entre fuerzas antagónicas, retornando así la definición clásica del concepto de equilibrio, que no constituye una síntesis sino un estado frágil y dinámico de fuerzas divergentes que se contrapesan”.

<sup>21</sup> Ibidem.

satisfacción de sus intereses.<sup>22</sup> Frente a esto es necesario plantear nuevas formas de reaccionar frente al conflicto, otras maneras de asunción de responsabilidad y reducción de los antagonismos, de modo que la respuesta al problema no represente un problema mayor.

2. En atención a ello, los cambios aludidos deben poner el acento en el *carácter multifacético de las demandas* que las víctimas de carne y hueso hacen al sistema de justicia. Las mismas concurren buscando solución, procurando que un tercero ayude a resolver lo que ellos no han podido lograr; sin embargo el encuentro es “con un sistema que tiene predeterminado un modo de funcionamiento, una serie de procedimientos y de normas que toman y transforman el conflicto tipificándolo como delito. Los lugares de los implicados pasan a ser los de víctima y ofensor, se reparten los papeles y de cada uno de ellos se espera y se permite una serie de acciones y no otras”<sup>23</sup>. La *perspectiva* de los protagonistas del conflicto es distinta de la que adopta el sistema judicial, pues éste se preocupa principalmente por la reconstrucción del pasado, por conocer lo sucedido, como presupuesto para decidir la solución, repartiendo culpas y castigos; en cambio, los protagonistas del conflicto, suelen estar más preocupados por el futuro, por saber como van a continuar con su vida con el conflicto resuelto o sin resolver<sup>24</sup>.

3. Tanto en el complejo proceso de *expropiación*, como en el de *re-apropiación* de facultades de las víctimas, tiene gran incidencia la regulación de la acción penal, pues esta establece la conexión “entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala que tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. *Es la llave maestra del status normativo del ciudadano*”<sup>25</sup>.

La abstracción del concepto de acción, a partir de la separación del concepto y contenido de los derechos concretos que debe proteger, y un proceso equivalente en orden al concepto de *bien jurídico*, han sido las herramientas conceptuales más importantes para consumir el despojo al que nos venimos refiriendo<sup>26</sup>. La adopción del sistema acusatorio, por tanto, debe conducir a un replanteo sobre la persecución penal pública, para que ésta no interfiera negativamente con las formas de solución que los propios involucrados puedan seleccionar para zanjar el con-

<sup>22</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La re socialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”, en *Doctrina Penal* t. 1990, p. 177.

<sup>23</sup> URTUETA BAAMONDE, Mariana: “El conflicto desde la perspectiva subjetiva”, en la obra colectiva *Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. Del Puerto, pp. 152-153.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, Op. cit., p. 154. Véase también REMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, pp. 217-219 y HIGHTON, Elena, ALVAREZ, Gladys y GREGORIO, Carlos G., *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, p. 53.

<sup>25</sup> BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 210.

<sup>26</sup> FERRAJOLI alude a “la parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de los derechos subjetivos a la tutela del estado” (*Derecho y Razón*, p. 463).



flicto. Creemos que corresponde limitar la persecución pública, legitimándola para actuar con autonomía, es decir sin la voluntad del ofendido, “sólo cuando aparezca un *plus* de injusto que trascienda el mero interés privado de los protagonistas”<sup>27</sup>. En gran medida, esta postura implica una inversión de la cuestión que preocupó a la doctrina procesal del siglo XX: no se trata de precisar cuando la víctima puede ejercer la acción penal, ni si lo puede hacer con autonomía o en forma adhesiva; sino de fijar en qué casos al Fiscal le está permitido actuar sólo y cuándo necesita la conformidad de la víctima. Como dice Binder, “lo que se debe justificar es la participación del estado a través del Ministerio Público”<sup>28</sup>, y no a la inversa.

Con ello rescata el pensamiento de Carrara, para quien uno de los más elocuentes barómetros para apreciar el mayor o menor grado de libertad de los ciudadanos, es el que surge “de la mayor o menor facultad que tengan los particulares para ejercer la acción penal que debe promoverse contra los culpables de algún delito”<sup>29</sup>. Y para ello argumenta de la siguiente forma: “si la defensa pública es un *medio* para tutelar el derecho, y no un *fin* en sí misma, sería absurdo que el *fin* se sacrificara por el *medio*”<sup>30</sup>, y sería contradictorio que el derecho individual se sustituyera por la intervención pública como el método más apto para la tutela jurídica. Haciendo las diferencias, según se trate de individuos no agraviados y agraviados por el delito, sostiene CARRARA que en el último caso el delito lesiona su derecho, “ese derecho que le concedió la naturaleza, no la sociedad, y que aquella le otorgó con el contenido de la facultad de defenderlo, sin que quitarle su ejercicio sin cometer un injusto despojo”<sup>31</sup>. Y entonces, “la organización del procedimiento penal será tanto más digna de alabanza, cuanto el ejercicio de la acción penal se acerque más, por parte de los *ofendidos*, al sistema *natural*, y cuanto menos conserve del sistema *restrictivo*, que es una condición del despotismo”<sup>32</sup>.

4. En este replanteo de la cuestión y en la exploración de nuevas alternativas no pueden perderse de vista los *efectos colaterales* de la actual regulación de la acción penal, derivados de la im-

<sup>27</sup> MENDAÑA, Ricardo J., “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Rev. del Instituto de DP y PP del Colegio de Ahogados de Neuquén, N° 1, p. 127.

<sup>28</sup> BINDER, A., Op. cit., pp. 214-215.

<sup>29</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, 2, parag. 861, p. 318, nota 2.

<sup>30</sup> CARRARA, Francesco, Op. cit., parag. 861, p. 319.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 321. Dice el autor que “está claro que habría violación del derecho en su contenido, y por ende habría tiranía, en todas a aquellas circunstancias en que, dejando en pie la prohibición de la defensa privada violenta, los ordenamientos vigentes en el Estado añadieran también la prohibición de la defensa legal”. En tales contingencias sería hipócrita la tranquilizadora promesa: “te quito la defensa privada, porque te doy la defensa pública, que te asegura mejor aquella protección que es contenido y complemento de tu derecho”. Y el agraviado podría entonces, con toda razón, decide a la autoridad: “No, tu no eres sincera; me has engañado; me has privado de la defensa privada y ahora me niegas la defensa pública; así dejas mi derecho indefenso, que es lo mismo que dejado despojado de lo que constituye su actividad y su vida” (p. 322).

<sup>32</sup> CARRARA, F., Op. cit., parág. 861, p. 330.

posibilidad material de las agencias judiciales de intervenir eficazmente frente a todos los asuntos que niegan al sistema. Esto refuerza la *marginación* de las víctimas y la *selectividad* en relación a los autores, favoreciendo ámbitos donde se puede ejercer con un alto grado de arbitrariedad el poder penal. El discurso jurídico penal, sostiene Zaffaroni, “programa un número increíble de hipótesis en que, a estar al “deber ser”, el sistema penal interviene represivamente de un modo “natural” (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado”<sup>33</sup>.

Mientras avanza la discusión de fondo sobre la acción penal, estimamos que la adopción de criterios de oportunidad para la persecución penal, con una amplitud que vaya más allá de los delitos de bagatella, ayudará a sustituir muchas prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, favoreciendo el reposicionamiento de las víctimas y haciendo posible, en muchos casos, una progresiva *re-apropiación del conflicto*. Con ello se pueden morigerar los dos factores de deslegitimación del sistema penal apuntados, esto es, la selectividad de los autores y la marginación de las víctimas, que aparecen amalgamadas en el proceso de criminalización.

También ofrecerá una alternativa razonable a la fuerte irrupción de las víctimas en la vida social, a partir de lo que Tamar Pich denomina “la publicidad de los sufrimientos”<sup>34</sup>. El discurso de la victimización tiene efectos distintos en un esquema de justicia penal retributiva, que en un contexto de justicia restaurativa, ya que en aquél suele reducirse a planteos de mayor castigo y menores garantías.

## **B. Soluciones más racionales y participativas.**

1. Según PAVARINI estamos frente a un proceso de *disolución del sistema de justicia penal*, que responde a dos factores: “por un lado, el crecimiento desproporcionado del territorio penal en razón del crecimiento de las funciones disciplinarias propias del estado social; por el otro, la crisis de los sistemas de socialización primaria”, con una creciente demanda de disciplina formal<sup>35</sup>. Sostiene que el ámbito del sistema de control social penal es demasiado vasto para ser mantenido y quedan sectores en las ciudades desprovistos de toda protección efectiva ofrecida por la legalidad; frente a ello, empiezan a aparecer y desarrollarse fenómenos y procesos de gestión de los conflictos por fuera del sistema, y a veces en franca contradicción con el sistema; se trata de dinámicas sociales que implican restaurar la capacidad de resolución de los conflictos.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Raúl E., *En busca de las Penas Perdidas*, p. 30.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 154.

<sup>35</sup> PAVARINI, Massimo, “Descarcerización y mediación en el sistema penal de menores”. En: *Doctrina Penal*. t. 1998-A, p. 112.

Quizás esto explique porqué en los últimos tiempos viene tomando cuerpo la idea de montar un nuevo modelo que ha recibido muchas denominaciones, pero en particular el de *justicia restaurativa*, conformado a partir de una “variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea retributivo, sea rehabilitativo”<sup>36</sup>. Se trata de generar un espacio que comprenda “a la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas”<sup>37</sup>.

2. Hay dos ideas claves en función para transformar la gestión de los conflictos penales; por un lado, la *repersonalización*, a fin de revertir el proceso de despersonalización del sistema penal, y por el otro, la *participación primaria y activa de la comunidad*. Esta debe ser la *primera línea* de actuación, para que el sistema penal pueda constituir realmente el último recurso (última ratio). La comunidad tiene responsabilidad en apoyar a la víctima, en ayudar a restañar sus heridas, y en darle al infractor una oportunidad para deshacer el mal hecho<sup>38</sup>; y el enfoque debe ser integral, no alcanza con asignar culpas, es necesario examinar el problema y encontrar soluciones que involucren al ofensor, a la víctima y a la comunidad en su conjunto.

Según la autora canadiense Susan Sharpe, existen cinco principios claves para entender la justicia restaurativa: a) facilita la *participación* y el *consenso* de todos (víctima, ofensor y otras personas involucradas); b) pretende *curar lo dañado*, lo roto (para ello hay que empezar por recuperar el sentido de la seguridad de la víctima, tener información y poder expresar su angustia); c) persigue *alcanzar una responsabilidad completa y directa* (el ofensor debe reconocer lo que hizo mal y debe intentar repararlo); d) busca *reunir, o al menos acercar, lo que el ilícito dividió, la reconciliación de la víctima con el ofensor; y de ambos con la comunidad* (el rol de víctima y ofensor no debe perdurar, debe concluir con la reparación); e) logra *estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos*<sup>39</sup>.

El modelo restaurativo reclama una relación más próxima de los órganos que integran el sistema de justicia con la comunidad, por ello también se conecta con la llamada *justicia de proximidad*, orientada a la gestión de la pequeña criminalidad, lo que empieza a tener desarrollo en algunos países y puede ser un desafío a cumplir por la Justicia de Paz en varios países de la región.

<sup>36</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Op. cit., p. 109.

<sup>37</sup> CERETTI, A. y otros, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Op. cit., p. 112.

<sup>38</sup> HIGHTON-ALVAREZ-GREGORIO, Op. cit., p. 74.

<sup>39</sup> Citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Op. cit., p. 116-7.

Este nuevo modelo favorece el acercamiento de la Justicia a la comunidad, ofreciendo a través de sistemas intermedios (desjudicialización) formas ágiles y participativas para la resolución de conflictos, con un seguimiento adecuado de las obligaciones o restricciones provistas, con lo cual se brinda un contexto de *mayor seguridad* para todos sus integrantes. También procura que el infractor se *responsabilice* ante la víctima, de acuerdo a la naturaleza del conflicto y a las posibilidades concretas de que disponga el ofensor o de las que la propia comunidad ponga a su alcance.

3. En este enfoque, por supuesto, la *reparación* juega un papel muy importante, pues atiende el interés real de muchas víctimas y armoniza con la idea de que el derecho penal es la *última ratio* del ordenamiento jurídico<sup>40</sup>. En varios países ha empezado a plasmarse legislativamente el reingreso de la reparación al sistema penal<sup>41</sup>, lo cual representa una meta de estricta racionalidad<sup>42</sup>.

Esta reintroducción de la reparación ha generado un muy interesante debate en el ámbito del derecho penal, formulándose varias propuestas: la composición privada del conflicto, la incorporación de la reparación como una tercera clase de pena - junto a la pena privativa de libertad y a la multa -, el establecimiento de la reparación como un nuevo fin de la pena, o tomar a la reparación como una tercera vía<sup>43</sup>. Para Roxin, que postula la última tesis, la reparación no significa “reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena”; “es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede alcanzar los fines tradicionales de la pena y

<sup>40</sup> Confr.: BOVINO, Alberto, “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en la obra colectiva *Derecho, Proceso Penal y Víctimo 10*” guía, Ediciones Jurídicas de Cuyo, p. 420, en el que pasa revista las innovaciones normativas producidas en Latinoamérica.

<sup>41</sup> Véase ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la Víctima en el procedimiento penal”, en *De los Delitos y las Penas*, pp. 13 y siguientes., en el que se pasa revista a los cambios en Austria, Suiza y otros países europeos. Para la situación en España, véase Javier DE VICENTE REMESAL, “La consideración de la Víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro”, en la obra colectiva *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, JM Bosch Editor, 1997, p. 173 y siguientes.

<sup>42</sup> Confr.: MAIER, Julio B., “La Víctima y el Sistema Penal”, en *De los Delitos y las Víctimas*, p. 209. El autor propone establecer incentivos para la reparación, mencionando entre ellos los siguientes: como instrucción de la condenación condicional, suspensión condicional de la pena y suspensión del proceso a prueba; como causa de exclusión de la pena; como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; como elemento computable para el cumplimiento de la pena; como criterio para la concesión de la libertad condicional (p. 210). Estos criterios, prosigue, “dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal” (p. 211). Véase sobre este punto también GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther... “La Mediación: una visión desde el derecho comparado, en *La Mediación Penal*, publicación citada en la nota 99, p. 96.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, La reparación en el sistema de los fines de la pena, en la obra colectiva *De los Delitos y las Víctimas*, p. 141.

que, en la medida en que lo consigna en concreto, debería sustituir la pena o ser computada para atenuada<sup>44</sup>.

Esta tesis ha sido criticada por la doctrina más conservadora, tal el caso de Hirsch, pues sostiene que la idea de un conflicto autor - víctima deja de lado los importantes intereses de la comunidad que se encuentran presentes en la mayoría de los delitos, por lo que estima que el procedimiento conciliatorio solo puede jugar un papel en el ámbito de la delincuencia de bagatella<sup>45</sup>. Para él la reparación también puede tomarse en cuenta para la individualización de la pena, para la suspensión de la pena a prueba, o para resolver la colisión entre la realización de la pretensión punitiva y la pretensión civil de resarcimiento (por ejemplo para dar prioridad pago de la indemnización sobre el pago de la pena de multa), pero nada más<sup>46</sup>. En cambio, otros autores, como Maihofer, consideran que “en un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El

<sup>44</sup> Op. cit. p. 154. El autor pone el acento en lo que denomina prevención integrativa y señala que en la prevención general positiva se deben diferenciar tres consecuencias incluidas: “el efecto motivador pedagógico social de aprendizaje, que debe provocar la ejercitación en la fidelidad del derecho; el efecto de confianza, que se logra cuando el ciudadano ve que el derecho se realiza; y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción al derecho y da por finalizado el conflicto con el autor. Me parece adecuado limitar el concepto de prevención integrativa al efecto de satisfacción de la sanción antes descrito y considerar a la prevención general positiva como el concepto superior, más amplio, que, a lado de la satisfacción, también persigue alcanzar las metas propuestas del aprendizaje y de la confianza en el ordenamiento” (p. 149). Véase también ROXÍN, Claus, *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, ed. Tirant lo Blanch, p. 60, donde señala que “la incorporación de la reparación voluntaria al sistema de sanciones en relación con los delitos de pequeña y mediana gravedad conjuga en forma airosa los aspectos preventivo generales y especiales con la satisfacción de los intereses de la víctima” (p. 60).

<sup>45</sup> HIRSCH, Hans Joachim, “La reparación del daño en el marco del derecho penal material”, en la obra colectiva *De los delitos y las Víctimas*, p. 88. Para este autor “el derecho penal, como ámbito parcial del ordenamiento jurídico, se ocupa de las pretensiones penales estatales y de las penas y medidas relacionadas con ellas. Cuando se aplica una pena, se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad (Con respecto a la víctima, se trata de la satisfacción obtenida con el justo castigo del autor e.). Los fines de la pena o del derecho penal se refiere, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor; por el contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines” (p. 64).

<sup>46</sup> HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal”, también contenido en la obra colectiva *De los delitos y las Víctimas*, pp. 111/12. Y dice: “si se instituye la reparación como una consecuencia jurídica independiente del derecho penal, no se le concede por ello a la víctima nada complementario. Empero, por sobre ello, se perjudica, cuando la reparación puede reemplazar a la pena, el justo interés de satisfacción de la víctima y se desmonta la prevención general, que surgiría regularmente de la pena, a costa de las penas futuras” (p. 128). De este tema también se encuentra MAIER en *La Víctima y el Sistema Penal*, pp. 210, 213-247.

movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales”<sup>47</sup>.

Por otra parte, las experiencias empíricas han demostrado la inconsistencia del mito de la “víctimas vengativa”<sup>48</sup> y también que “los caminos de la reparación son variados y singulares”<sup>49</sup>. Maier también afirma que la figura de la víctima vengativa, excluyendo los delitos de mayor gravedad, no existe o existe en forma limitada; añade que “la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él le repare el daño causado por la acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara, y, según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además, es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento”<sup>50</sup>.

#### IV. EL NUEVO PAPEL DE LOS FISCALES

1. El cambio de paradigma repercute tanto en el entorno de actuación de los fiscales como en los criterios a los que deben ajustar su actuación. El alumbramiento del Ministerio Público está ligado a idea de romper con el sistema inquisitivo<sup>51</sup>, aunque su gravitación efectiva en el proceso no permitió lograr esa ruptura, pues las atribuciones otorgadas a los Jueces de Instrucción les permitieron a éstos dominar a su arbitrio el escenario procesal. Además, emergió como

<sup>47</sup> Citado por MALER, J.B., *La víctima y el Sistema Penal*, ya mencionado, p. 195.

<sup>48</sup> BOVINO, Alberto *La participación*, p. 427.

<sup>49</sup> La expresión pertenece a Beatriz RUFFA y la relaciona con un tema específico y particularmente complejo, como el de los delitos sexuales. Así dice: “Algunas mujeres son capaces de la auto-reparación (a través de la elaboración intrapsíquica o a través de actos y ritos con fuerte contenido simbólico); para otras puede ser reparatorio el apoyo, la comprensión y la valoración de personas significativas; para otras todas estas formas pueden ser útiles pero no suficientes y necesitarán señales visibles de reparación institucionales y públicas (castigo o repudio social al violador, indemnizaciones, trascendencia mediática, etc.)” (citada por Alberto BOVINO, “La composición como reparación de los delitos de agresión sexual”, en la obra colectiva *Derecho, Proceso Penal y Victimología*, Ediciones Jurídicas de Cuyo, p. 167). El propio Bovino destaca que el mecanismo compositivo es “un modelo abierto” que no busca “la aplicación de una respuesta represiva que depende de la voluntad de un órgano estatal, sino, por el contrario, cualquier solución -dentro del marco de lo lícito- que satisfaga los intereses concretos de la víctima y, permita, al mismo tiempo, una rápida disposición del caso. El éxito de todo modelo compositivo dependerá, en gran medida, del grado de poder negociador que detente la víctima en el caso concreto” (Op. cit., p. 171).

<sup>50</sup> MALER, Julio B., *La Víctima y el Sistema Penal*, ya citado, pp. 214/15.

<sup>51</sup> La implantación del Ministerio fiscal, como destaca Eberhard SCHMIDT, responde a la necesidad de transferir la actividad investigadora a “un órgano diferente de la autoridad judicial, limitando la actividad instructoria y decisoria del tribunal (Derecho Procesal Penal, p. 196). También BINDER, A., *Introducción...*, pp. 322 y 323.

un actor procesal híbrido, que no constituía una parte en sentido estricto<sup>52</sup>, sino un órgano con pretensiones de objetividad e imparcialidad, pensado a semejanza de los jueces<sup>53</sup>. BINDER destaca esa condición híbrida como nota característica en muchos países en los que aún no se ha implantado el sistema acusatorio, ya que el fiscal termina siendo un “extraño” en el proceso<sup>54</sup>.

Frente a los cambios profundos que acompañan la instauración del modelo acusatorio, los fiscales y el Ministerio Público en su conjunto no pueden permanecer indiferentes ni pueden soslayar la nueva posición que la víctima ocupa en el proceso y en el escenario social, resultando compelidos a abandonar en muchos casos la función expropiadora y a transformarse en facilitadores de la re-apropiación de los conflictos.

El punto de partida es un giro en la dirección de su actividad en relación a las víctimas, que pasa por adoptar como principio orientador el *proporcionar a las víctimas de los delitos una rápida y eficaz solución a sus problemas, de modo de generar confianza en la ciudadanía y contribuir a la paz social*.

El interés de las víctimas dependerá de la situación que las afecta, y en muchos casos suele pasar por soluciones bien distintas a la imposición de una condena. Muchas veces, pretende que este asuma la responsabilidad por el hecho o que sea responsabilizado por los Jueces, que se *componga* el conflicto o se reparen los perjuicios. Frente a una *demanda diversificada* en función de la naturaleza de los conflictos, el Ministerio Público debe estructurar una *oferta que incluya un menú de servicios y productos*, es decir una variedad de respuestas jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

<sup>52</sup> Señala VELEZMARICONDE que se trata de un tercero imparcial y no una parte, pues “la idea de parte imparcial es contradictoria porque quien es parte no es imparcial, puesto que defiende su propio interés, un interés subjetivo completamente extraño al interés objetivo de la justicia, que el Ministerio Público tiene el deber de defender” (*Derecho Procesal Penal*, t. p. 298).

<sup>53</sup> Dice Francesco CARNELUTTI: “el Ministerio Público acaso aparezca como un *ens tertium* entre el juez y la parte, ya que los intereses que tiende a desenvolver no se identifican, aún siendo internos, con los intereses del litigio y, son, en todo caso, esencialmente públicos. Por ello, si bien desde el punto de lo que hace, el Ministerio Público se aproxima a la parte y se contrapone al juez, se acerca, por el contrario, al juez y se contrapone a la parte, bajo el aspecto del por qué actúa, puesto que, al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir” (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. n, pp. 51-52. Recordemos también la aguda Descripción de CALAMANDREI “Abogado sin pasión, Juez sin imparcialidad; este es el absurdo psicológico en el cual el Ministerio Público, sino tiene un exquisito sentido de equilibrio, está expuesto en todo momento a perder, por amor de serenidad, la generosa combatitividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del magistrado (*Elogio a los Jueces escrito por un abogado*, ed. EJE, p. 60).

<sup>54</sup> BINDER, A., *Introducción...*, p. 322.

La idea de dar *satisfacción integral de las demandas de las víctimas*, superando la lógica de la investigación, en la que suele quedar atrapado el Ministerio Público y en el que son limitadas sus posibilidades de éxito. Es necesario plantear nuevos procesos de actuación que permitan desarrollar una *mayor capacidad de respuestas no jurisdiccionales*, y *mejorar la gestión de las respuestas jurisdiccionales*, incorporando nuevas prácticas, o abandonando aquellas que se aprecian como disfuncionales.

La persecución penal pública debe estar imbuida de los nuevos principios y criterios. Su eficacia dependerá tanto del desarrollo de los componentes compositivos (acuerdos reparatorios, mediación penal, etc.), como de la producción de soluciones más rápidas y de la dirección de la investigación criminal sobre bases más profesionalizadas.

Los nuevos modelos procesales, por otra parte, ofrecen un entorno distinto a la *litigación*, fundada en la efectiva vigencia de los principios de publicidad, inmediatez, contradicción y más respetuosa de la presunción de inocencia del imputado. Esto implica un desafío para todos los operadores del sistema de justicia penal, pero particularmente para los fiscales, pues sobre ellos pesa la carga de la imputación y de la prueba. También en este plano la interacción con las víctimas de los delitos posee vital importancia, pues es tan censurable una litigación del fiscal que margine a la víctima como la de un defensor que prescindiera del imputado, aunque aquello sea una situación frecuente en las prácticas actuales. La eficacia de la gestión del Ministerio Público exige un adecuado ejercicio de la litigación, pues la alta visibilidad pública que confieren ciertos casos pueden ser una oportunidad para que los fiscales construyan confianza o para que siembren más desconfianza social en su propia institución. El juicio representa un espacio vital, en el que las partes, el juez, los órganos de prueba y el público, participan para hacer posible *la búsqueda de la verdad de un modo más eficaz y controlado* y en el que el conflicto primario se *redefine*, vale decir -siguiendo a Binder- se reinstala socialmente en términos pacíficos, se reabsorbe y se transforma en conflictos con menor contenido de violencia.

Una satisfactoria articulación de todas estas áreas (atención a las víctimas, salidas alternativas, investigación y litigación profesionalizadas), deben reposar en una *estructura organizacional* del Ministerio Público ajustada a las nuevas funciones, si es que se procura seriamente que muchos de los cambios que se proclaman tengan existencia real y concreta.

## V. CONCLUSIONES

La reforma procesal penal está instalada como parte de las necesidades políticas y de las urgencias cotidianas y prácticas del hombre común. Representa un proceso de acciones y reacciones, de tensiones, contradicciones y de búsqueda de nuevos consensos.



También ofrece un nuevo “punto de encuentro” entre víctimas y fiscales, en procura de dar soluciones más razonables y humanas a muchos de los conflictos que emergen en la sociedad actual. Las víctimas reclaman por sus derechos, y los fiscales pueden contribuir a darle satisfacción, para que dejen de ser existencias desnudas. Esto hay que verlo como un desafío, pero también como una gran oportunidad.



