

Delito, perdón y castigo. Apuntes sobre lógicas judiciales y la utilización oportuna de herramientas restaurativas*

Por *Julián Aristimuño*¹

I. Introducción.

En el presente ensayo se buscará reflexionar sobre una faceta determinada del sistema de justicia penal en aras de responder el siguiente interrogante: ¿cómo gestiona el sistema de justicia penal los intereses de las partes involucradas en un conflicto? En búsqueda de las eventuales respuestas se analizará si las dinámicas y culturas procesales de las agencias judiciales garantizan el cumplimiento de sus expectativas.

Se recurrirá, como puntapié generador de la discusión, a un reciente caso que ha tenido alto impacto en la opinión pública y en los medios masivos de comunicación. Así, se describirán concisamente los hechos, el trámite de la causa y la resolución judicial adoptada a partir del encuentro entre el acusado del delito y los hijos de la víctima.

Luego, se abordarán las lógicas y los mecanismos que se activan en los procesos judiciales actuales y se pondrá en discusión si éstos operan, o no, con una mirada distanciada de la ciudadanía, al burocratizar situaciones de sufrimiento y generar serias cuotas de revictimización.

Por último, se mencionarán las consecuencias que implicaría un uso desmedido y automatizado del aparato represivo estatal y se invitará al fomento y utilización de las novedosas herramientas de la justicia restaurativa incorporadas por los sistemas acusatorios para la resolución de determinados asuntos involucrados en un proceso penal.

II. Sobre los hechos y la resolución del caso: perdón, reconciliación y una decisión judicial acorde a las expectativas de las partes².

* El presente ensayo es una ampliación de la obra publicada en la Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal de la Editorial Erreius, dirigida por Mariano H. Borinsky y Daniel Schurjin Almenar, en diciembre de 2019.

¹ Abogado y docente (Universidad de Buenos Aires). Especialización en Teoría del Delito (Universidad de Salamanca). Maestría en Derecho Penal (Universidad Austral). Maestría en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal (Universidad de Barcelona). Integrante de la Asociación Pensamiento Penal. Funcionario del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

² Juzgado Correccional N° 1 de Necochea, causa N° 9411 “M., G.R. s/homicidio culposo agravado por la conducción de vehículo automotor”, resuelta el día 3 de octubre de 2019.

El hecho juzgado, que aquí se utilizará como punto de partida, resultó ser aquél ocurrido en la ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires, el día 4 de enero de 2015, cuando G.R.M. -a bordo de su motocicleta- embistió a la señora E.A.K. y, como consecuencia del impacto, sufrió lesiones de tal gravedad que posteriormente produjeron su deceso.

El Sr. Juez Mario Alberto Juliano, en dicha ocasión a cargo del Juzgado Correccional N° 1 de Necochea, resolvió condenar a G.R.M. a la pena de tres años de prisión e inhabilitación para conducir vehículos por idéntico período que el de la pena, al considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo. Además, dispuso que la pena sea de ejecución condicional para evitar los negativos efectos criminógenos de las penas de corta duración.

Ahora bien, los primeros aspectos relevantes del caso analizado ocurrieron durante la audiencia inicial del debate oral y público, momento en el cual se vivió la siguiente situación: cuando el Juez requirió los datos personales al acusado, éste entró en llanto, dado que se encontraba sumamente conmovido. Ello motivó el llamado a un cuarto intermedio donde el magistrado convocó a las partes y les consultó si estaban de acuerdo que el acusado tomara contacto con la familia de la víctima, a lo cual accedieron sin condicionamientos.

Una vez que se reanudó la audiencia, el acusado pidió perdón a los hijos de la víctima, quienes luego de relatar cómo era su madre, aceptaron su pedido de disculpas. Seguidamente, uno de ellos se le acercó y se fundieron en un abrazo. Efectivamente, el acusado de un delito y el hijo de la víctima, abrazados frente a los estrados judiciales.

Esta situación motivó que el Sr. Juez requiriera a las partes, nuevamente, un cuarto intermedio para analizar la viabilidad de una salida alternativa, teniendo en cuenta que, a priori, se avizoraba una postura rígida por parte del Ministerio Público Fiscal y de las víctimas, quienes oportunamente requirieron una condena de 5 años de prisión, es decir, de efectivo cumplimiento.

Con la plena conformidad de los hijos de la víctima y del imputado, junto a sus representantes legales y el Sr. Fiscal, se acordó la viabilidad de una salida alternativa y decidieron imprimir el trámite abreviado, con la consecuente imposición de una pena sensiblemente menor a la pretendida inicialmente.

Seguidamente, se plasmarán las expresiones brindadas por el Sr. Juez Mario Alberto Juliano para la resolución del caso. En primer lugar, dejó en claro que una persona cometió un delito que tuvo consecuencias muy graves, al tratarse de un hecho

que “tiene la potencia suficiente para cambiar la vida de los involucrados para siempre, sometiéndolos a un dolor que no podemos cuantificar ni racionalizar”. Reconoció, a su vez, que estaba acostumbrado a participar como tercero imparcial en estos problemas sociales y que con cierta regularidad “nuestra intervención no hará más que reconocer como válida una de las dos posiciones definidas a partir del dolor”.

Luego, reflexionó sobre dos cuestiones, sobre las cuales invitó a pensar críticamente: por un lado, señaló que la posibilidad que tiene el Poder Judicial de escuchar, es decir, de recibir o atender la posición de las partes, parece estar condicionada por la cultura judicial y la cultura de la litigación, que suponen que un antagonismo judicializado es en definitiva una batalla donde una posición debe prevalecer. Así, remarcó que nuestras costumbres y nuestras herramientas en ocasiones pueden representar un obstáculo antes que ser facilitadores del encuentro y la solución.

Por otro lado, el Sr. Juez se explayó sobre la posibilidad de cerrar o resolver pugnas humanas, en el entendimiento que no todos los enfrentamientos humanos de gravedad que alimentan la tarea judicial cotidiana pueden o deben ser “resueltos” o “cerrados”. Hizo alusión a la insondable complejidad de emociones involucradas, que difícilmente pueda ser abarcada a través de las soluciones judiciales, que suelen ser binarias, limitadas, definidas con anterioridad y con cierta abstracción.

En esa línea, deslizó un razonamiento que, en clave autocrítica, invitó a cuestionar las intervenciones (de los operadores) en algunos procesos judiciales, pensar humana y humildemente qué y cómo se puede aportar, para canalizar la angustia y redefinir esas desavenencias en la mejor dirección posible junto a las personas interesadas y genuinas propietarias del mismo.

Señaló el Sr. Juez que, afortunadamente, las nociones de la justicia restaurativa “ya no son marginales o anecdóticas y pueden extraerse de allí nuevas prácticas y nuevas ideas para mirar todo lo que hacemos con una perspectiva amplia que priorice la búsqueda de respuestas adaptadas a las necesidades de las partes y de su desacuerdo”.

Además, recalcó que en este caso, el Poder Judicial no ofició de espacio de encuentro sino que “ese encuentro entre posiciones enfrentadas se dio *a pesar* del Poder Judicial”, al hacer alusión a que el trámite judicial involucró casi cinco años de duración sin que exista ninguna justificación razonable, dado que “la demora no es culpa de nadie, sino simplemente la inercia de la cultura judicial y litigiosa”.

Resaltó que el encuentro se produjo “por iniciativa de las personas involucradas (imputado e hijos de la víctima). Aun cuando el temor, el enojo y la evasión pueden ser

las reacciones habituales, un pedido genuino de perdón, la manifestación evidente del dolor por el daño causado que quizá describe cierta empatía con el sufrimiento ajeno, lograron tender un puente que concluyó en una aceptación del pedido de disculpas, un abrazo y un acuerdo para cerrar el proceso”.

Sin desconocer que el dolor “seguramente acompañará a estas personas el resto de sus vidas”, destacó que las partes “lograron apropiarse de su conflicto y recuperar el protagonismo para pensar modos de transitarlo y canalizar sus expectativas”.

Aprovechó la ocasión para “saludar la valentía de las personas involucradas y agradecer la posibilidad que nos ofrecen para mejorar nuestra colaboración como poder judicial y como personas de derecho a la construcción de comunidades más solidarias y con mayor capacidad de gestión de sus enfrentamientos”.

En consecuencia, hizo lugar al acuerdo abreviado presentado por las partes y aplicó una pena sensiblemente inferior a la solicitada inicialmente por los familiares de las víctimas, resolución que tuvo un alto impacto en la opinión pública y en los medios masivos de comunicación³.

III. Significados atribuibles a la penalidad⁴ y la administración del sufrimiento por parte del sistema de justicia penal.

Los acontecimientos relatados permiten visualizar dinámicas procesales conducidas por un automatismo sin una razón que lo justifique, dado que, como lo expresara el magistrado a cargo del debate, no se trató de un hecho complejo que guarde relación con los irrazonables plazos en su tramitación y, como quedara plasmado tras su intervención, una audiencia entre las partes fue suficiente para arribar a una solución que previamente se avizoraba como improbable.

³ Diario La Nación: “El emotivo abrazo entre los hijos de una víctima y el motociclista que mató a su madre” (<https://www.lanacion.com.ar/seguridad/el-emotivo-abrazo-hijos-victima-motociclista-mato-nid2293008>); Portal Infobae: “Mató a una anciana con la moto, dos hijos de ella lo perdonaron y el juez pidió disculpas a los tres” (<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/10/01/mato-a-una-anciana-con-la-moto-dos-hijos-de-ella-lo-perdonaron-y-el-juez-pidio-disculpas-a-los-tres/>); Diario Perfil: “Atropello, mató y lo perdonaron: el caso del joven arrepentido y la decisión del juez” (<https://www.perfil.com/noticias/policia/caso-gonzalo-marquez-atropello-mato-lo-perdonaron-arrepentido-decision-del-juez-necochea.phtml>); Portal Todo Noticias: “Atropelló y mató a una jubilada y los hijos de la víctima lo abrazaron en pleno juicio” (https://tn.com.ar/policiales/mato-una-jubilada-en-un-accidente-de-transito-pero-los-hijos-lo-abrazaron-y-perdonaron-en-el-juicio_998744); entre muchos otros portales de difusión masiva.

⁴ Garland brinda esta conceptualización de la cual se extrae que las políticas de penalización, discursos e instituciones, desempeñan una parte activa en un proceso generador, mediante el cual el significado, el valor y la cultura, al ser compartidos, son producidos y reproducidos por la sociedad (GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ed. Siglo XXI, México, 1999, p. 293).

Además, se dejó entrever que los/as operadores/as judiciales intervinientes hasta el momento no habían generado espacios de escucha o encuentro entre las partes, situaciones que habrían sido beneficiosas para canalizar su dolor, intenciones y expectativas.

Quisiera relacionar ahora la experiencia de las personas involucradas en un conflicto jurídico penal y los procesos de asignación de significados a la penalidad. En esa línea, Le Breton, al estudiar en términos antropológicos la construcción social del dolor, sostuvo que comprender el sentido de la pena es otra manera de comprender el de la vida. Todas las sociedades humanas integran el dolor en su concepción del mundo, confiriéndole un sentido y valor⁵.

Aquí no se hará un análisis sobre las teorías de la pena ni de las ventajas o desventajas que podría tener la prevención general o especial, sea positiva o negativa, dado que dicha tarea, por demás interesante, merece una profundización y un desarrollo acorde que excede la misión aquí propuesta. Una vez asumido que el castigo debe ser justificado, como acto de poder, el debate quedará centrado entre quienes justifican la pena de acuerdo a su utilidad y los que consideran a la pena como un absoluto⁶.

La polémica justificación del castigo mantiene vigencia en las diferentes teorías de la pena que, en general, se trata de discursos que legitiman el poder punitivo⁷. Simplemente se agregará que, tal como planteó Pavarini, ya nadie puede creer que la cárcel ha sido inventada por filósofos y juristas, sino que su origen está en otro sitio, en las necesidades disciplinarias⁸.

Por lo tanto, se abordará la cuestión desde otra óptica y se seguirán los lineamientos establecidos por Garland, quien nos enseñó que la penalidad comunica significado, no sólo acerca del crimen y el castigo, sino también acerca del poder, la autoridad, la legitimidad, la normalidad, la moralidad, la persona y las relaciones sociales⁹.

Al emitir una sentencia, el juez realiza una rutina que activa un proceso legal subsecuente que, en la práctica, autoriza y pone en marcha un procedimiento de encarcelamiento. La sentencia, como pieza de un proceso instrumental, es una práctica

⁵ LE BRETON, D., *Antropología del dolor*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1999, p. 128.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., "Primera parte: introducción", en Bergalli, R., Bustos, J. y Miralles, T., *El pensamiento criminológico I*, Bogotá, Temis, 1983, p. 30.

⁷ Cfr. ANITUA, G., "Justificación del castigo", en: Fabra Zamora, J. y Spector, E. (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, Volumen III, UNAM, 2015, p. 2110.

⁸ PAVARINI, M., *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ed. Ad-Hoc, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2006, p. 62.

⁹ GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 294.

significativa de cierta trascendencia. Las diversas sanciones de que dispone el tribunal no son meramente un repertorio de técnicas para enfrentar a los delincuentes, sino que también son un sistema de transmisión de significados específicos que entiende la generalidad del público social¹⁰.

Siempre que se responsabiliza a un infractor, que se dicta una sentencia o se impone una sanción, las figuras de autoridad, persona y comunidad quedan representadas. Así, el castigo será una demostración práctica y concreta de las verdades oficiales. El autor aclara que es una representación dramática y escenificada de cómo son y deben ser las cosas desde la perspectiva oficial, al margen de la respuesta del trasgresor¹¹. Las formas en que castigamos y nos representamos esta acción determinan nuestros diferentes modos de ser. Ello no implica que la penalidad sea la institución primaria o preponderante dentro del proceso de formación cultural. Pero la cultura y la subjetividad son creaciones compuestas, conformadas por incontables encuentros y experiencias y, en este proceso de composición, las instituciones de derecho penal y castigo desempeñan un papel sobresaliente¹².

Planteado dicho escenario, esto es, los posibles significados atribuibles a la penalidad, corresponde ahora adentrarse en el aspecto burocrático de la maquinaria punitiva estatal y reflexionar sobre la posible existencia, o no, de dinámicas que se traduzcan, ni más ni menos, que en la *burocratización* del sufrimiento.

El punto de partida será, necesariamente, aceptar que en la práctica cotidiana el sistema de justicia penal gestiona situaciones que involucran cuotas de sufrimiento. Una vez admitido este punto, se seguirán, por compartirse en su totalidad, ciertos lineamientos expuestos por Madrid, quien analizó cómo el derecho y la política abordan la cuestión del sufrimiento humano. Así, se preguntó ¿acaso el derecho penal o el derecho de daños no tratan con el sufrimiento de la gente? ¿Cómo entender si no el concepto de “daño moral”, el de “sanción penal” o el concepto de “víctima”? ¿Qué noción nos formamos de las cárceles si las situamos al margen del sufrimiento?, por lo que concluyó que si no se comprende la relación entre sufrimiento y derecho es imposible entender qué es el derecho¹³.

El sufrimiento se halla en las raíces de la política y del derecho. Los instrumentos jurídico políticos pueden ser utilizados para proteger y prevenir

¹⁰ GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 297-298.

¹¹ GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 308.

¹² GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 320.

¹³ Cfr. MADRID, A., *La política y la justicia del sufrimiento*, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 12.

situaciones de padecimiento siempre que las relaciones de poder y los mecanismos institucionalizados así lo permitan, pero también actúan como instituciones que manipulan, justifican e incrementan el sufrimiento de una parte de la gente, normalmente de aquella parte que queda situada en los arrabales de la política: los excluidos, empobrecidos, derrotados, enemigos, sospechosos, disidentes y diferentes¹⁴.

Las instituciones penales afrontan problemas humanos morales profundos e ingobernables: la fragilidad de las relaciones sociales, los límites de la socialización, la persistencia del mal y la inseguridad de la vida social. La diversidad simbólica de la política penal, su empleo de diversos lenguajes y su tendencia a difundir mensajes contradictorios y ambivalentes, tienen una base contemporánea debido a que la penalidad contemporánea existe dentro de sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad moral, intereses rivales e ideologías en conflicto¹⁵.

El sufrimiento tiene una existencia social institucionalizada y lo que hacemos con el sufrimiento es un hacer institucionalizado. Es por tanto éste un quehacer que responde a normas y expectativas sostenidas socialmente. Esto supone que, salvo situaciones extraordinarias que nos sitúan temporalmente en el caos, la vivencia social del sufrimiento sea una vivencia ordenada. No se trata de una opción elegida por la humanidad sino de una consecuencia derivada de su esencia cultural¹⁶.

Debemos tener en cuenta que hablar de la víctima, en sentido moral, es plantear la actualidad de sus derechos, negados en el pasado, a los que ahora sin embargo se les reconoce vigencia. Cuando se hace referencia a las víctimas, se piensa en el daño hecho a seres inocentes, entendiendo que se atentó contra sus derechos que no han prescrito, sino que se consideran vigentes. Plantear la actualidad de derechos pendientes es hablar de justicia¹⁷.

El derecho convierte al sufrimiento en objeto y, aunque la regulación jurídica no agota el ser social del sufrimiento, los tratamientos jurídicos del dolor forman parte de los contextos en los que tienen lugar las experiencias de sufrimiento de las personas y, por tanto, condicionan su ser social. Además, Madrid destaca que el derecho asumió otras operaciones asombrosas en relación con el sufrimiento: lo *mide* y lo *compensa*. Ambas operaciones poseen un contenido taumatúrgico, ya que *hacen posible* lo que de

¹⁴ Cfr. MADRID, A., *Op. Cit.*, p. 194.

¹⁵ Cfr. GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 317 y ss.

¹⁶ Cfr. MADRID, A., *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁷ MATE, R., "En torno a una justicia anamnética", en MARDONES, J.M. y MATE, R., *La ética ante las víctimas*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2003, p. 100.

entrada parece imposible: hacer conmensurable lo inconmensurable y compensar lo que no es compensable¹⁸.

El sufrimiento se muestra como un mal a compensar -el sufrimiento de la víctima por ejemplo-, pero también como forma de compensación -la sanción, que provoca sufrimiento en el penado-. En esa relación, la noción de *lo que debe ser pagado*- la deuda pendiente- está íntimamente unida al *cómo debe ser pagado*: la forma de la reparación, del castigo o del desagravio. El uso punitivo del dolor ha de ser visto en relación con estos dos aspectos¹⁹.

El proceso mediante el cual se produce la atribución social de la condición de víctima y la autodefinición por parte de la misma se encuentra compuesto por una serie de interacciones, está condicionado y median factores de carácter histórico y cultural, así como dinámicas de apoyo y rechazo en torno a las víctimas o la visibilidad que éstas adquieren.

Como resultado, la victimidad puede ser expresada y vivida de diversas formas, ya como patología, como estigma, como status o como privilegio. La construcción de la victimidad entraña un proceso de elaboración de identidad, dado que en una sociedad caracterizada por una creciente pluralidad y diversidad, estos procesos devienen más complejos. La pertenencia a un grupo o a una minoría social o el carácter intracomunitario o intercomunitario del conflicto son factores relevantes. La percepción de la victimidad juega un papel en la construcción de la identidad del grupo²⁰.

Lo que se hace jurídicamente con el sufrimiento es en buena parte el resultado del funcionamiento cotidiano del aparato estatal: tribunales, ministerios, parlamentos, cuerpos policiales, direcciones generales, ayuntamientos, gobiernos y sus órganos subsidiarios cuyos empleados entran en contacto con las personas²¹.

En este sentido, cobra relevancia lo dicho por Garland, cuando afirmó que el castigo es, entre otras cosas, una institución comunicadora y didáctica. La penalidad actúa como un mecanismo regulador social en dos aspectos distintos: regula la conducta directamente a través del medio físico de la acción social, pero también regula el

¹⁸ Cfr. MADRID, A., *Op. Cit.*, pp. 124-125

¹⁹ Cfr. MADRID, A., *Op. Cit.*, pp. 159-160.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, InDret 1/2013, Barcelona, 2013, pp. 6/7.

²¹ Cfr. MADRID, A., *Op. Cit.*, pp.135-136.

significado, el pensamiento, la actitud y de ahí la conducta, con un método diferente de significación²².

Este proceso de construcción de víctimas y administración de sus sufrimientos tiene determinados significados sociales, atendibles a través del lenguaje y, en el caso de los jueces, su comunicación hacia la sociedad será a través de sus sentencias. El resultado del tratamiento de ese conflicto social teñido de sufrimiento por parte de los tribunales de justicia en la actualidad, demuestra que la víctima cotidianamente ve incrementado su dolor tras el paso por el sistema de justicia penal.

IV. Surgimiento de la víctima como un nuevo sujeto procesal.

Ledesma, cuya apreciación se hace propia, consideró que este es uno de los temas más apasionantes del proceso penal moderno, por su vigencia, por su joven y explosivo florecimiento en las últimas décadas y por su trascendencia en el contexto sociopolítico internacional. Reconoció que el proceso penal tradicional, ligado a raíces inquisitivas, no reconocía a la víctima como un sujeto del proceso penal, dado que el Estado expropió sus derechos y los asumió en forma monopólica como su representante²³.

El sistema procesal inquisitivo se caracteriza por la concentración del poder en una sola persona, que reúne la autoridad y la ejerce en forma verticalizada, tiene el dominio de la investigación, construye una acusación y, finalmente, la resuelve al aplicar la jurisdicción. Es decir, esta concepción le otorga todas estas facultades al juez soberano para investigar las conductas delictivas, ejercer las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su posterior ejecución.

A diferencia del anterior, en el sistema acusatorio está claramente diferenciada la división de poderes que se ejercen en el proceso, ya que por un lado el acusador persigue penalmente y tiene el poder requirente; por el otro el imputado, quien debe resistir la imputación y ejercer su derecho de defensa, y finalmente, el juez o tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir. Aquí se da el cambio de paradigma al separar las funciones de investigar y de juzgar.

Resulta oportuno señalar que, además de las limitaciones impuestas por el sistema inquisitivo, la participación de la víctima en el proceso penal ha tenido ciertas

²² Cfr. GARLAND, D., *Op. Cit.*, p. 293.

²³ LEDESMA, A., *Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Cita: RC D 943/2018.

resistencias, aún desde sectores que promulgaban ideas garantistas. Ello encontró su fundamento, en parte, en la alegada utilización política y demagógica de la víctima para implementar una política criminal represiva a partir del rol de los medios de comunicación y el tratamiento de los hechos de inseguridad²⁴. En dicha dinámica, se sostuvo que los medios masivos de comunicación eran “*instrumentos de la indignación y de la cólera públicas*”, que “*pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción*” y “*propagar una sensación de miedo y de victimización*”²⁵.

Así, conceptos como “populismo punitivo”²⁶, “la expansión del derecho penal”²⁷ y “modelo de seguridad ciudadana”²⁸ se convirtieron en referentes principales para explicar que la inclusión de más delitos en el código penal, el aumento de las penas de prisión o las tasas de encarcelamiento -en contraposición a la idea de un derecho penal mínimo²⁹-, encontraban su único fundamento en la demanda ciudadana.

En los tiempos que corren, el viraje de esta concepción fue copernicano³⁰, distintas razones de orden histórico y político han abierto un sinnúmero de alternativas mediante las cuales se legitima en mayor o menor medida la intervención de la víctima en el proceso penal. El reconocimiento se extiende, además de la víctima individual, a los familiares de las víctimas, los desplazados, los vulnerables en general, que tiempo atrás eran marginados del sistema penal protector. Hoy en día las legislaciones amparan su ingreso al proceso y es reconocido por tribunales nacionales y supranacionales³¹.

En esa dirección, Baratta planteó el principio de primacía de la víctima como uno de los requisitos mínimos para el respeto de los derechos humanos. Así, el autor señaló que la intervención penal y el comienzo de un proceso sin ninguna vinculación

²⁴ BARATA, F. “Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana”, en: MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (coord.). *La protección de la seguridad ciudadana*. Oñati: Ed. Oñate, 1995, p. 83-94.

²⁵ GARAPÓN, A. *Juez y Democracia*. Barcelona: Flor del viento, Barcelona, 1997, p. 94.

²⁶ BOTTOMS, Anthony. “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”. En: CLARKSON, C. y MORGAN, R. (eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17-49.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ra ed. Madrid: Editorial Civitas, 2011.

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Bobbio, Norberto (prol.); Ibáñez, Perfecto Andrés et. al. (trad.), 10a ed. Madrid: Trotta, 2011.

³⁰ En este sentido, merece la pena destacar la creación de “Víctimas por la Paz”, grupo que, como lo indica la descripción del sitio, está integrado por personas que sufrieron las consecuencias de hechos delictivos y que tuvieron la posibilidad de convertir el dolor y la frustración en acciones positivas, rechazando la idea que el mejor modo de afrontar los conflictos se encuentra en el endurecimiento de la ley penal (Ver <https://www.victimasporelapaz.org/>).

³¹ LEDESMA, A., Op. Cit.

de hecho y de derecho con sus demandas, representa a menudo una verdadera expropiación de su prerrogativa como parte del conflicto. De esta manera, el principio de primacía de la víctima impone, por un lado, una mayor consideración de aquella y el establecimiento de límites y condiciones de la intervención penal adecuados al respeto de dicha prerrogativa³².

Y, por otro lado, el señalado principio se concreta con una indicación de carácter fundamental que interesa a la mayor parte de los conflictos inter-individuales, de los cuales, hasta el momento, el sistema penal se hace cargo produciendo a menudo, costos sociales inadecuados. Es que la intervención penal, con todo el aparato punitivo, muchas veces limita las posibilidades existentes de reactivación de una comunicación humana entre las partes, como son la víctima y el autor de un delito³³.

El autor agrega que, en el marco de la administración de la justicia penal, debe proponerse una perspectiva de pensamiento sobre el control social que vaya más allá de la ideología penal y de las tradiciones de la dogmática del derecho penal. Ello puede ser posible al poner en tela de juicio la pretensión del sistema penal de proteger intereses generales, pasando por alto los intereses de las partes en conflicto y, en el caso particular, los intereses de las víctimas³⁴.

En este sentido, se sostuvo que las víctimas han dejado de ser el precio silencioso de la política y de la historia³⁵. Así, la víctima y su legitimación en el proceso penal es uno de los temas más importantes en las transiciones de regímenes dictatoriales o totalitarios hacia democracias sustantivas. Se dice, con razón, que ningún sistema de decisiones judiciales estaría completo ni tendría sentido si no se aseguran los derechos de las víctimas, de violaciones a los derechos humanos y víctimas de delitos en general, en tanto categorías jurídicas que poseen derechos que se entrelazan y que deben igualmente ser garantizados por el Estado³⁶.

Existen leyes específicas que regulan los derechos de las víctimas de los delitos, como lo es, en el ámbito argentino, la ley N° 27.372 de “Derechos y garantías de las víctimas de los delitos”³⁷. Dicha norma introdujo modificaciones sustanciales en materia procesal penal que impacta en el modo de vinculación de la víctima en las

³² BARATTA, A., “Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos”, en *Capítulo Criminológico N° 13*, Facultad de Derecho, Universidad de Zulía, Venezuela, p. 428.

³³ *Ibidem*.

³⁴ BARATTA, A., “Requisitos mínimos...”, p. 429.

³⁵ MATE, R., *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria y reconciliación*, Barcelona, Anthropos, 2008.

³⁶ LEDESMA, A., Op. Cit.

³⁷ Sancionada el 21/6/2017 y publicada en el Boletín oficial el 13/7/2017.

diferentes etapas del proceso penal y, además, brinda a las víctimas el reconocimiento de un conjunto de derechos para garantizar la efectiva tutela judicial y evitar su revictimización.

La ley contiene genéricas disposiciones expresamente declaradas de orden público (art. 1º) la que además de redefinir su concepto (art. 2º), ha introducido decisivos principios rectores de su protección, tales como los de rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (art. 4º)³⁸.

Además, fijó los objetivos que se propone alcanzar y ratifica con un mayor protagonismo el rol procesal de la víctima, dejando de lado la concepción tradicional que la ubicaba como una mera fuente de información para la obtención y preparación del material probatorio³⁹.

Durante el proceso de escritura del presente trabajo, se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal (CPPF), que dispuso la implementación de varios artículos de dicho Código en todas las jurisdicciones federales del territorio nacional, así como en los tribunales de la justicia nacional penal, entre los cuales se encuentran los arts. 80 y 81, que regulan los derechos de las víctimas del delito⁴⁰.

V. Alteridad y castigo: prácticas restaurativas y derecho penal de la mínima intervención.

Al compartirse por su claridad y virtual actualidad, se traerán a colación los postulados de Baratta⁴¹, quien entendió que la respuesta penal es, ante todo, una respuesta *simbólica* y no *instrumental*, dado que el control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la violencia, o sea, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos y no sobre los conflictos mismos. Además, el control penal interviene sobre personas y no sobre situaciones. La

³⁸ DARAY, R., *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, 2da. Edición, Ed. Hammurabi, 2019, p. 93.

³⁹ El art. 3 la ley 27.372 dispone que el objetivo de la misma será “Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales”.

⁴⁰ Publicado en el B.O. el día 13/11/2019. Los artículos que comenzarán a aplicarse son los 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal.

⁴¹ BARATTA, A., Ponencia presentada en el I Encuentro Internacional de Criminología por los Derechos Humanos, Bogotá, publicada en “Nuevo Foro Penal”, n° 46, año 1989.

persona es considerada por el derecho penal como una variable independiente y no como una variable dependiente de las situaciones. No sólo eso, el control penal interviene de manera reactiva y no preventiva, lo que significa que las consecuencias de las infracciones se han producido, sin poder evitarlas.

Ferrajoli planteó un sistema penal justificado *si y sólo si* minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías se configuran por consiguiente como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores⁴².

Así, para afirmar la existencia de un Estado de Derecho que responda a una concepción de derecho penal mínimo y, por lo tanto, pueda considerársele garantista, sus normas jurídicas deben consagrar principios o garantías penales y procesales a través de los interrogantes del “cuándo” y del “cómo” castigar, prohibir y juzgar. En esta línea, Ferrajoli llamará garantista al sistema penal que incluya, tanto en su normativa como en sus prácticas operativas, una serie de principios⁴³. El Estado debe administrar un doble sufrimiento: el del dolor infligido por los delitos y del infligido por las penas y, como se dijo, ello debe hacerse sobre la base de un derecho penal que se justifica *si y solo si* previene y minimiza⁴⁴.

El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, sus voces deben ser escuchadas, su memoria respetada, su ira expresada y sus miedos atendidos. La experiencia de la víctima es hoy común y colectiva, no individual ni atípica⁴⁵. En este aspecto, la denominada justicia restaurativa que han adoptado algunos países incidió fuertemente en términos de reconciliación. Todo ello habilitó, no sólo el reconocimiento de la víctima, sino su extensión al carácter colectivo frente a delitos de

⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (1995) segunda reimpresión -2016-, Ed. Trotta, Madrid.

⁴³ Dichos principios son: 1) el principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) el principio de legalidad; 3) el principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) el principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) el principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) el principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) el principio de jurisdiccionalidad, también en el sentido lato o estricto; 8) el principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) el principio de la carga de la prueba o verificación y 10) el principio del contradictorio o de la defensa.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y dolor*, Traducción de Miguel Carbonell, Isonomía N° 27, p. 197. Recuperado en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141197.pdf>

⁴⁵ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Trad. Sozzo, M., Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 241-242.

lesa humanidad, terrorismo y otros fenómenos repugnantes a la comunidad internacional y a las comunidades nacionales⁴⁶.

Hulsman planteó que el deseo de contar con una política criminal alternativa encuentra su fuente en el sentimiento de insatisfacción hacia la política criminal actual: insatisfacción con sus asunciones, pero también insatisfacción con las consecuencias concretas del funcionamiento del sistema penal. Así, ha tildado de injusta a la criminalización que ejerce el sistema penal porque no puede tratar equitativamente al delincuente y a la víctima, dado que la mayoría ni siquiera aparecen en el sistema penal (cifra negra) y porque las situaciones son abordadas en otros lugares y de formas que ni siquiera son conocidas dentro del sistema penal⁴⁷.

Al momento de mencionar otras soluciones posibles, cabe realizar una salvedad, porque cuando se habla de alternativas al sistema penal, no se está hablando de *sanciones alternativas*, sino de alternativas a los procesos del sistema penal. Esas alternativas pueden ser de naturaleza predominantemente jurídica o predominantemente no-jurídica⁴⁸.

Resulta indispensable pensar en una política criminal que tenga su eje en los conflictos y en los daños sociales acaecidos y que, al mismo tiempo, tenga en cuenta todos los tipos de violencia sobre los que hay que trabajar (visible/invisible, física, estructural y cultural). La política criminal debe ser esencialmente no expansiva, preventiva y reparadora, que tenga como objetivo último que no se produzcan daños sociales y que, en caso de producirse, se tenga la posibilidad de repararlos⁴⁹.

Entre los defensores de la justicia restaurativa no hay unanimidad sino posiciones matizadas. Algunas ideas son centrales, como el diálogo restaurativo, la reparación y la importancia del empoderamiento a víctima y victimario, a lo que se suma la reparación de la víctima y el ofensor en la comunidad y la ayuda a que las partes vean su relación de aproximación como algo valioso para toda la comunidad⁵⁰.

⁴⁶ LEDESMA, A., *Op. Cit.*

⁴⁷ HULSMAN, L., "El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas", en *Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo del Estado*, Ed. Juris, 1993, p. 86.

⁴⁸ HULSMAN, L., *Op. Cit.*, p. 89.

⁴⁹ FAVA, G., "La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal. Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IX, n° 2, Ed. Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 239.

⁵⁰ ARMENTA DEU, T., "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico", en LEDESMA, A. (Dir.), *El debido proceso penal*, Tomo VII, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 22.

Baratta planteó la necesidad de sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena⁵¹.

La crítica que recae sobre el sistema de justicia penal en el diseño tradicional, es que poco le interesa la víctima, dado que sus intereses ocupan un lugar secundario o directamente no ocupan ningún lugar, y a la víctima se le *roba* o *expropia* el conflicto, para finalmente resultar víctima del propio sistema penal⁵². En definitiva, en este tipo de modelos donde el Estado confisca el conflicto a la víctima, ella queda excluida de todo protagonismo procesal y es representada por algún integrante del poder judicial, lo que se traduce como ejercicio de poder pero no como un modelo de resolución de conflictos.

Además, la expectativa que recae sobre la realización de los juicios penales queda acotada en el binarismo de determinar si alguien es culpable o inocente. Es en este sentido que Beade considera que no entran en juego otras dimensiones al momento de enjuiciar penalmente a una persona y, por tal motivo, señaló que debemos establecer normas morales que construyan en nuestras comunidades democráticas la obligación de arrepentirse por las lesiones que causamos contra intereses de nuestros conciudadanos, que el acusado tenga la oportunidad para reconocer sus errores, aclarar lo que desea aclarar, enfrentar a los testigos y a las víctimas del hecho que cometió⁵³.

El citado autor refiere que mediante la imposición de un castigo se expresa la reprobación de la comunidad hacia el agresor, pero también, a partir de ese momento, sus miembros comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica imponer un castigo. Es por ello que considera necesario tomar en consideración los sentimientos de las víctimas como miembros de la comunidad y no como un grupo aislado y desprotegido⁵⁴.

⁵¹ BARATTA, A., “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y como límite de la ley penal)”, en: *Doctrina Penal*, año 10, 1987, n° 37 a 40.

⁵² CHRISTIE, N., “Los conflictos como pertenencia”, en; VVAA, *De los delitos y las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 157 y ss.

⁵³ BEADE, G., Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?, *Revista Pensar en Derecho*, N° 6, año 4, 2015, p. 182.

⁵⁴ BEADE, G., *Op. Cit.*, p. 191.

Si bien los juicios penales deberían modificar la lógica binaria, insuficiente y hermética que no permite aproximaciones de voluntades, es en este contexto crítico que se pretende lograr la reapropiación de los conflictos y considerar las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación⁵⁵.

La justicia restaurativa puede adoptar diversas formas y no todas se reducen a un diálogo entre víctima y ofensor, dado que también existen formas de afrontar el delito en las que el acento está puesto en la participación de la comunidad, no entendidas en términos necesariamente geográficos, sino como lo considera Larrauri, pueden ser personas cercanas a la víctima y al infractor, como la familia, amigos, grupos de apoyo o representantes⁵⁶.

En esa línea, Larrauri señaló que las formas más conocidas de justicia restauradora son la mediación víctima delincuente: encuentro víctima-ofensor ayudadas por un mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador; conferencias de familia: incluyen a familiares o personas de apoyo de los infractores y de las víctimas, y en las que además tienden a participar policías o agentes de libertad vigilada o trabajadores sociales; círculos: además de la víctima y el infractor, los círculos están abiertos a cualquier persona⁵⁷.

Este tipo de justicia tiene, como factor a considerar, que es más diversa y que se encuentra más alejada del sistema penal y su lógica. Esta lejanía implica que pueda intervenir antes que el sistema penal y que, si el acuerdo restaurativo es aprobado por las partes, el caso no entre al sistema penal, cuyas consecuencias inmediatas irán desde la inexistencia de antecedentes hasta la admisión de los acuerdos alcanzados por las partes en sustitución de una pena⁵⁸.

La mediación, la conciliación, la negociación o el arbitraje, son algunas de las expresiones de la justicia restaurativa. En resumidas cuentas, se destacan como sus principales características: a) protagonismo y “empoderamiento” de las personas

⁵⁵ BARATTA, A., “Principios del derecho penal mínimo...”.

⁵⁶ LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*, Ed. B de F, Montevideo, 2008, p. 221. Nota: si bien la autora en esta obra desliza la posible discusión de incluir este tipo de prácticas restaurativas en situaciones donde se encuentren involucradas agresiones en razón del género, sus apreciaciones sobre las vías reparadoras alternativas a la vía penal resultan de aplicación a otro tipo de conflictos.

⁵⁷ LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en *Revista Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia*, Vol. 61, n° 138, 2004, p. 60.

⁵⁸ LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal...*, p. 221.

involucradas en el conflicto; b) voluntariedad; c) centralidad de la víctima; d) reconocimiento del papel de la comunidad; e) apertura a nuevas prácticas restaurativas; f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso; g) no exclusión de ningún delito; h) atención a la evaluación empírica de los programas e, i) complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal⁵⁹.

Merece la pena destacar que los códigos procesales modernos que adoptaron la dinámica acusatoria, como el Código Procesal Penal Federal o las legislaciones provinciales que cuentan con experiencias enriquecedoras desde su implementación, establecieron en su articulado el siguiente principio: que los magistrados procurarán la solución del *conflicto* surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la *armonía entre sus protagonistas y la paz social*⁶⁰.

En la mencionada Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal de noviembre de 2019, dentro de las normas que dispuso aplicar en todo el territorio nacional, se encuentra el artículo 22 que determina que los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el *conflicto*, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social, mientras que el artículo 31 tipifica los “Criterios de oportunidad” en cabeza del Ministerio Público Fiscal; y el artículo 34 regula los acuerdos conciliatorios, lo cual significa un gran avance en el sentido que aquí se propicia.

Ello implica que las legislaciones que adoptaron el proceso penal de tinte acusatorio, además de contar con la herramienta de disponer de la acción penal, utilizan una terminología que evidencia que la imposición de una pena privativa de la libertad no es la única solución existente, ni mucho menos la político-criminalmente fomentada, teniendo en cuenta que los representantes del Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación deben gestionar los casos con otra lógica, distribuyendo prioridades, recursos y esfuerzos frente a los acontecimientos de diversa gravedad que deban afrontar en sus labores.

El principio de oportunidad en cabeza del Ministerio Público Fiscal es un novedoso instrumento que, en palabras de Armenta Deu, obedece a: 1) razones de interés social o utilidad pública concretadas en la escasa lesión social producida por el

⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M., *El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, Ars Iuris Salmanticensis, Vol. 1, 2013, p. 143.

⁶⁰ Art. 14 del CPP de la provincia de Río Negro, art. 22 del CPPF y art. 9 inc. “e” de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

delito y/o la falta de interés público en la persecución; para estimular la pronta reparación de la víctima o evitar los efectos criminógenos de la penas cortas privativas de la libertad y favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; 2) contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; y 3) favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁶¹.

En este nuevo esquema procesal quedarán atrás las carencias, ineficiencias y dinámicas propias del principio de legalidad procesal que obligaba a la persecución de todos los delitos, lo cual, por cierto, era de imposible cumplimiento.

VI. Reflexiones finales.

El caso analizado resultó de gran utilidad para reflexionar sobre determinados aspectos del sistema de administración de justicia penal pero, principalmente, para dejar en evidencia su funcionamiento ante situaciones de sufrimiento. Demuestra que en el actual escenario procesal no existe impedimento alguno para facilitar el encuentro entre las partes, gestionar recomposiciones y dictar sentencias menos irracionales, en términos de respeto a sus voluntades.

Además, en el desarrollo del presente ensayo se logró plasmar que el sistema de justicia penal opera cotidianamente desde el automatismo y no articula de manera eficiente las dinámicas de escucha entre las partes, avasallando muchas veces la voluntad y aspiraciones de las víctimas en la tramitación del caso, situándolas en un continuo proceso de revictimización.

Es por ello que se aprecian como insuficientes, desde el punto de vista de las expectativas de las partes implicadas en un conflicto social con consecuencias jurídico penales, aquellas soluciones binarias que ofrecen las lógicas judiciales imperantes, de modo tal que resulta auspicioso promover, no solo resoluciones alternativas, sino también alternativas al proceso penal.

Esta diversidad, ajena al pensamiento punitivo, procura la solución del conflicto para restablecer la armonía y la paz social en armonía con los postulados de los modernos códigos procesales de tinte acusatorio existentes en las provincias argentinas y el recientemente sancionado CPPF. Además, facilita consensos en la relación agresor-afectado y permite gestionar la reintegración del infractor al ámbito comunitario

⁶¹ ARMENTA DEU, M., *Estudios sobre el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 212-213.

mediante la instrumentalización de medidas, actividades y/o soluciones que se adecuen a la problemática involucrada en el caso concreto.

Es posible imaginar un derecho penal de la mínima intervención bajo los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que se implementen mecanismos alternativos, dado que la justicia restaurativa ofrecería respuestas que el sistema de justicia penal tradicional históricamente ha negado.