

EL ROL DEL PARTICULAR DAMNIFICADO EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Por Ana Paula Lucianetti

Si el hombre fracasa en conciliar la justicia y la libertad, fracasa en todo.

(Albert Camus)

Planteamiento de la cuestión:

En las siguientes líneas me propondré analizar cuál es el rol que el código de procedimiento de la Provincia de Buenos Aires le otorga a la víctima de un delito en la etapa de ejecución penal comparando ésta situación con otras provincias de la República Argentina y con el derecho comparado. Asimismo dejaré planteado en este trabajo una conclusión que pretende servir como punto de partida hacia una reforma que considero necesaria en un sistema jurídico que como el nuestro tiende día a día hacia una evolución integradora.

Introducción al objeto de análisis:

El código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires contempla en el capítulo VI del título IV, la figura del Particular Damnificado en su artículo 77 (Según ley 13.572).

Dicha figura en una primera aproximación sería cualquier víctima de un delito, o cualquier persona física o ideal que se encuentra afectada o damnificada por el delito, o que tenga un interés directo y que se presenta como parte en un

proceso penal, coadyuvando al fiscal o sosteniendo el rol acusatorio, con la finalidad de obtener la condena del imputado¹.

Sin abordar las cuestiones relativas a la constitución de la víctima en Particular Damnificado, ni a los derechos y facultades que el CPPBA le otorga en la etapa del proceso, por ser éstas todas cuestiones que exceden a la etapa de ejecución (objeto de éste análisis), me detendré sobre este punto solo a los efectos de destacar que resulta necesaria para la plena concreción de las garantías constitucionales la incorporación de las víctimas como sujetos procesales, para hacer valer sus derechos y contribuir con su visión personal al ejercicio del “*ius punniendi*” como mecanismo para restablecer el estado de cosas alterado por la comisión del delito, situación que la actuación “objetiva” e impersonal del fiscal, no puede abarcar.

El Particular Damnificado en la etapa de ejecución de la pena:

En la Provincia de Buenos Aires el código procesal penal excluye expresamente en el Art. 81 la intervención del Particular Damnificado en la etapa de ejecución penal.

Como argumentos a favor de esta postura que adopta el código provincial podemos decir que parte de la doctrina afirma que ello es sumamente razonable, porque lo contrario sería consagrar una persecución sin límites, talional, en perjuicio del imputado, soslayando el interés del mismo y del propio estado en su rehabilitación y futura inclusión social o resocialización, que como fines indiscutible de la pena establece nuestra Carta Magna.

Sostienen quienes defienden ésta postura que la etapa de ejecución de la pena es siempre una relación dialéctica entre el imputado y el estado, con miras al mejoramiento del mismo y en beneficio de la sociedad y la intervención de la víctima o el particular damnificado en esta etapa, implicaría dilatar el conflicto e iría

¹ **Site web:** <http://www.santillangarcia.com.ar>

en detrimento de la pacificación social como finalidad primordial del derecho punitivo².

Antes de considerar los argumentos contrarios a las doctrinas expuestas ut supra es menester detenernos y vislumbrar una marcada dicotomía normativa entre lo dispuesto en el artículo 81 del mencionado código y lo que dispone tanto el art 18 de la Constitución Nacional como así también los tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional desde su incorporación en el artículo 75 inciso 22 por la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994.

El artículo 18 de la Constitución Nacional, no sólo establece el derecho de defensa del imputado, sino que lo hace extensivo a otros intervinientes en el proceso penal, como lo es la víctima.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado, entendiéndose que tal doctrina se extiende al querellante y al damnificado por un delito”³

Bustos Ramírez expresa respecto de la víctima que: “resulta contradictorio que el estado se apropie del conflicto y coloque en una especie de capacidad disminuida a la víctima, pues entonces se acentúa el proceso de victimización y, por tanto, de desigualdad en su posición en el sistema”.⁴

Trasladada esta expresión al ámbito constitucional, es necesario referirnos al principio de igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado en el Art 16

² **Terrón, Sergio Manuel.** *“El particular damnificado y los alcances de la reforma de la ley 13.943 al CPP. Análisis de su rol procesal e incidencias”.*

³ **Caso Otto Wal** Citado en Pedro J Bertolino (Coordinador). *“La víctima el delito en el proceso penal Latinoamericano”.*

⁴ **Bustos Ramírez y Larrauri, Elena.** *“Victimología: presente y futuro”.*

de la CN, cuya proyección en el procedimiento penal debe alcanzar las posiciones de los protagonistas, incluyendo la víctima, del conflicto que lo origina.⁵

Por su parte el art. 81 del CPPBA también se contradice con las garantías contenidas en los tratados de Derechos Humanos incorporados en 1994 a la Constitución Nacional, con su misma jerarquía (art. 75 inc, 22), dado que los mismos disponen el derecho de acceso a la justicia, la defensa en juicio y a la tutela judicial efectiva de la víctima.

Es sabido que tales disposiciones revisten un carácter operativo y en consecuencia a los fines de garantizar su plena vigencia se requiere el inmediato compromiso del Poder Legislativo para la adecuación de la legislación procesal penal a las garantías tuteladas por los tratados de los Derechos Humanos. Asimismo se requiere el compromiso mutuo tanto del poder judicial a los fines de ejercer el debido control de constitucionalidad como así también del poder ejecutivo quien tiene la responsabilidad de implementar las medidas necesarias y oportunas dirigidas a crear las condiciones requeridas para su entrada en vigencia⁶.

De lo expuesto puedo deducir que la víctima goza de una posición similar a la del autor del delito en cuanto se encuentra amparado por las mismas garantías (bilateralidad, igualdad ante la ley, acceso a la justicia, defensa en juicio, imparcialidad de los jueces, etc.) De lo cual se deduce su necesaria incorporación durante la etapa de ejecución de la pena.

No obstante las contradicciones mencionadas no puedo dejar de introducir a esta altura del análisis una cuestión que a mi parecer agrava aún más ésta incoherencia normativa. Como sabemos las provincias son preexistentes al estado Nacional y la administración de la justicia es una de las facultades que se reservaron para sí al momento de la formación del Estado Nacional (Art.5 C.N.). Esto nos lleva a una encrucijada porque el reglamento de la CIDH le da el lugar

⁵ Adam, Nestor Horacio y Olivieri, Cecilia Beatriz. *“El nuevo rol judicial en la ejecución de la Pena”*.

⁶ Fortete, César. *“La víctima del delito y el acceso a la justicia”*.

de parte a la víctima y si aplicáramos la regla del mejor derecho estaríamos contrariando el mencionado art. 5 que le da libertad jurisdiccional a las provincias. Pero tampoco podemos perder de vista que el propio artículo 5 dispone que la autonomía de las provincias se debe ajustar a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y por analogía debemos incluir a los tratados que gozan de igual jerarquía. De esto deviene la necesidad inminente de una reforma legislativa que ponga luz a todos éstos planteos.

En contraste con lo que ocurre en la provincia de Buenos Aires en otros ordenamientos procesales como Córdoba, Catamarca y Tucumán la participación de la víctima en la etapa de ejecución no se encuentra vedada expresamente por lo que la participación de éste en tal etapa encuentra su respaldo en la regulación de los Derechos de la Víctima (Art. 94 Código Procesal Penal de Catamarca. cc. Arts. 79 a 81 CPPN; Art. 96 Código Procesal Penal de Córdoba; y Art. 96 Código Procesal Penal de Tucumán). Tal es así que son los jueces a través de sus sentencias quienes vienen reconociendo este derecho a las víctimas y haciendo efectiva su participación durante la etapa de ejecución de la pena. A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes fallos:

1. “Alvarez, Marcos Sebastián – Ejecución de pena privativa de la libertad ” Expte. Nro. 183.304) – 7/11/2008- Juzgado de Ejecución Penal de Segunda Nominación- Dr. Cristóbal Laje Ros.:

En dicha resolución se resolvió conceder la Libertad Asistida al penado para reparar, en la medida de sus posibilidades, los daños causados por el delito cometido.

2. “Ferreyra Roque Eduardo – Ejecución de pena privativa de la libertad” (Expte. Nro. 190944) – 19/12/2008 - Juzgado de Ejecución Penal de Segunda Nominación- Dr. Cristóbal Laje Ros.:

En dicha resolución el magistrado concedió el beneficio de la Libertad Condicional imponiendo regla de conducta, en consideración a la naturaleza de los hechos de condena (corrupción calificada y Violación

calificada) la de abstenerse de tener contacto personal o la distancia con los menores víctimas por los hechos que resultó condenado, ni acercarse a menos de 500mts. de sus respectivos domicilios, o de los lugares que ellas concurren. Asimismo, y en orden a la Ley de Violencia Familiar Nro 9283, dispone que comunique lo resuelto al domicilio real de las víctimas, a la defensa de éstas si se hubieran constituido en el proceso, y al Juzgado de Menores o Tribunal de Familia que hubiera intervenido.

3. “Costa, Guillermo Fabián p.s.a. Abuso sexual calificado continuado, etc. – Recurso e Casación” (Expte. “C”.44/07) Sentencia Nro. 75-14/04/08. TSJ de Cba. Sala Penal.:

En este fallo se recomienda al Tribunal de ejecución que informe a la víctima (y a sus familiares por ser menor) las resoluciones que tomen.

4. Jaime Hugo Alberto- S/Solicita Rehabilitación” Auto Número 83-15/06/2007- San Fernando de Catamarca- Juzgado de Ejecución Penal- Dr. Luis Raúl Guillamondegui:

Vale destacar el precedente fallo donde en una audiencia de solicitud de Rehabilitación del derecho de conducir vehículos, existió un acercamiento entre el condenado y sus víctimas, lo que permitió la formalización de un convenio de reparación de perjuicios extrajudicial, respecto una de ellas. Tal circunstancia no deja de incentivar a las posturas académicas que propugnan un mayor protagonismo de la víctima, instancia que permitió, en cierta manera, promover un principio de resolución del conflicto entre las partes, lo que resulta de sumo provecho para el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por el delito en miras a una ordenada convivencia social, como finalidad principal perseguida por el Derecho en general, en su rol de instrumento regulador de comportamiento sociales.

5. “Dagnes, José Jorge S/ Salida Laboral”. Auto Número 81 – 11/06/2008- San Fernando de Catamarca- Juzgado de Ejecución Penal- Dr. Luis Raúl Guillamondegui:

En este fallo se dispone que corresponde atender la posición de la víctima- y en este caso particular, de su grupo familiar en razón del ilícito consumado-, resultando entendible que ellos se sientan disconformes con la posibilidad de concesión de la Semilibertad en su ámbito de residencia.

En relación al Derecho comparado, El papel de la víctima en los procedimientos penales de otros países varía de forma significativa entre los Estados, esto depende sobre todo en si éstos cuentan con un sistema basado en el derecho anglosajón (Como Uganda, Reino Unido y Estados Unidos.) o tienen su base en el derecho Continental Europeo (la mayoría de los países de Europa Continental como España).

En el derecho anglosajón, el papel de las víctimas generalmente se limita al de los testigos. La participación activa de la víctima en el proceso penal se considera generalmente como un conflicto con los principios básicos de la justicia penal, y por ende ha existido una resistencia significativa de otorgar a éstas un papel más importante. Las principales preocupaciones expresadas por aquellos que provienen del sistema de derecho anglosajón respecto a la participación de la víctima en los procedimientos penales versan sobre el hecho de que la inclusión de una tercera parte afectaría el balance del proceso penal, el cual tradicionalmente se presenta como un concurso entre la fiscalía y la defensa. Asimismo, resaltan el hecho de que significaría una demora significativa de los procedimientos la cual consecuentemente pone en riesgo el derecho del acusado a un juicio justo. Este sistema, considera que los crímenes son cometidos en contra del Estado, y por lo tanto, éste es el que inicia el proceso penal. El papel de las víctimas se limita generalmente a brindar información o pruebas sobre el crimen. En algunos Estados como el Reino Unido, donde se aplica el derecho anglosajón, es posible que la víctima inicie un enjuiciamiento privado. Sin

embargo, los costos de la investigación y del potencial enjuiciamiento si fracasan, residen en la víctima. Por lo tanto, esta opción es usada raramente.⁷

De forma contraria, el sistema penal Continental Europeo generalmente permite a las víctimas participar de forma activa y ocupar un papel central en los procedimientos penales facilitando su participación y su reclamo a la reparación.

Muchos sistemas penales con esta base reconocen el derecho de la víctima a iniciar procedimientos penales al constituirse como parte civil en el procedimiento o como querellante particular. Bajo algunos sistemas, las víctimas pueden obligar a las autoridades a realizar investigaciones. En Francia por ejemplo, cuando la Corte decide que un caso debe ser conocido sobre una solicitud de la víctima, actuando como parte civil, el fiscal está obligado a llevar el caso. El costo de los procedimientos es entonces asumido por el Estado.

Un caso particular dentro de éste esquema donde vale la pena profundizar es el sistema jurídico Español, país en el cual hasta el año 2003 se vedaba la participación de la víctima en el proceso penal puesto que se consideraba que cualquier beneficio para la víctima suponía una pérdida para el victimario.

La ley orgánica 7/2003, de reforma del Código penal Español, introduce por primera vez en el ámbito del cumplimiento de la pena privativa de libertad, la exigencia de reparar el daño causado a la víctima para acceder al régimen de semilibertad. Esta reparación a la víctima se establece por dos vías: la de tipo material y, en algunos casos, también la de tipo moral.

Este protagonismo de la víctima en la ejecución penal, se ha visto ampliado por la Ley 4/2015 de 27 de abril, que regula el Estatuto de la víctima a un protagonismo activo de la misma.

El protagonismo activo de la víctima en la ejecución penal se perfila en dos niveles: el protagonismo directo y el indirecto.

⁷ **Site Web:** <https://www.fidh.org>

El protagonismo directo. Se circunscribe a la posibilidad que tiene la víctima de recurrir ciertas decisiones del Juez de Vigilancia penitenciaria, que este órgano judicial asume como juez de ejecución (art. 13 de la Ley 4/2015), en concreto:

Recurrir la decisión del Juez de vigilancia penitenciaria por la que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de la extinción de la mitad de la condena (art. 36.2 CP), en determinados delitos seleccionados en atención a su especial gravedad, o a la particular intensidad de la relación entre la víctima y el infractor, que tienen una penalidad grave (más de 5 años de pena) y donde el juez sentenciador ha establecido un periodo de seguridad.

.Por su parte, el protagonismo indirecto, posibilita que la víctima pueda intervenir, también, en la ejecución penal (art. 13 apartado 2, párrafo primero, Ley 4/2015), interesando que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas que se consideren necesarias para garantizar la seguridad de la víctima, cuando el victimario hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse, razonablemente, una situación de peligro para ésta. Además, se posibilita, también, esta intervención activa indirecta de la víctima del delito, permitiendo que ésta aporte información relevante para la ejecución de la pena, de la responsabilidad civil o del decomiso⁸.

Conclusiones:

En conclusión, y como lo referí anteriormente, la Constitución Nacional le asigna su misma jerarquía a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Esto conlleva a que la legislación local de las provincias debe estar subordinada a sus principios generales. Es posible prever que las disposiciones del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que prohíben la participación de la víctima en la fase de ejecución penal podrían ser cuestionadas sobre su constitucionalidad por violación a los principios de **acceso a la Justicia, Defensa en Juicio y Participación de la víctima en el proceso** establecidos en los

⁸ Nistal, Francisco Javier. "Víctima y victimario de la Mano en la Ejecución Penal"

referidos pactos internacionales. En este sentido es de esperarse un cambio en el derecho penal provincial que garantice el derecho de defensa de todos los involucrados en la relación jurídica conflictiva originada por el actuar delictivo, resguardando la igualdad procesal para hacer posible la efectiva tutela de todos los derechos.

Partiendo de la base de que el objetivo del proceso penal es la reinserción del justiciable en la sociedad cabe abrir el interrogante respecto de cuál fue el espíritu que persiguió el legislador al incorporar la participación de la víctima durante el proceso. Parecería que si la víctima tiene cercenada su participación en la etapa de ejecución la intervención de ésta durante el proceso estaría fundamentada por su necesidad o interés personal respecto de la obtención de una pena.

Este razonamiento nos conduce a una falsa antinomia: reinserción vs. Satisfacción de la víctima. Sin embargo ambos objetivos pueden ser plenamente compatibles. Es decir, que la protección a la víctima puede constituir un instrumento idóneo para conseguir el objetivo resocializador del delincuente, que persigue nuestro modelo de ejecución penal. Por todo esto, la protección a la víctima debe ir más allá de la satisfacción de sus intereses materiales y morales, es preciso restituir a la víctima en la situación en que se encontraba antes de padecer el daño del delito. Esto es lo que se conoce con la expresión: la «resocialización de la víctima», y que se puede conseguir dando a ésta el derecho a figurar como parte jurídica en la fase penitenciaria de ejecución penal en cualquier momento de la relación jurídico-penitenciaria. Este derecho comprenderá el de obtener información de todas aquellas actuaciones penitenciaras que afecten su interés legítimo desde el comienzo de la ejecución hasta el final de la relación jurídico penitenciaria, con la excarcelación del recluso.

Los efectos positivos que el reconocimiento de la víctima en los distintos momentos de la ejecución penal y su correspondiente protección tendrían como elementos favorecedores de la resocialización del delincuente se pone de manifiesto a través de las siguientes consideraciones:

1. Contribuye al sentimiento de justicia en la sociedad en la medida en que a través de la reparación del daño el responsable asume los hechos y compensa a la víctima lo que refuerza la vigencia de las normas sirviendo a la prevención general positiva; dicha finalidad es conveniente siempre que no conculque los principios y garantías constitucionales de todos los ciudadanos, ya que la defensa de los derechos y libertades fundamentales debe ser preferente a cualquier figura simbólica que quiera reforzar la confianza en el Derecho penal.
2. Incrementa el sentido de la responsabilidad del agresor ya que la reparación tiene un importante efecto resocializador, por ello su utilización se dirige a lograr que el responsable asuma su responsabilidad y se comprometa para el futuro, ya que el objetivo prioritario de nuestro modelo de ejecución es que el responsable vuelva a integrarse en la sociedad, que reconozca su delito y asuma las responsabilidades con la persona ofendida.
3. Mejora la asistencia a la víctima del delito: porque permite que la víctima sea escuchada, pueda manifestar sus inquietudes, y se vea recompensada por el daño sufrido tanto moral como económicamente, reduciendo los efectos de la victimización secundaria, lo que frena el olvido en el que ha estado la víctima en el Derecho penitenciario. El aspecto más importante de la reparación del daño es la confrontación, que exige al causante del daño saber que la víctima es de «carne y hueso», y a la víctima la sensación de que alguien va a reparar el daño causado, que no quedará en el olvido.

La reparación satisface a las dos partes (víctima y victimario) situando un centro imparcial en el que ambas resultan satisfechas ya que si la balanza se inclina hacia uno de ellas el resultado no es adecuado, de esta manera ni la víctima ha de desarrollar un sentimiento de impunidad hacia el agresor, ni éste debe percibir una injusticia hacia su persona. En la reparación del daño se ha de buscar un equilibrio entre la compensación de la víctima, los beneficios penitenciarios para el agresor, y la finalidad preventiva de la pena. La actividad reparadora debe ser el cauce para solicitar los beneficios penitenciarios, la progresión de grado, los permisos de salida y en definitiva marcar todo el proceso

de resocialización del delincuente, que se lleva a cabo con el cumplimiento de la condena.

En la fase penitenciaria de la ejecución penal las circunstancias de las víctimas se deben tener más en cuenta que lo que se las ha tenido hasta ahora, debe aplicarse la máxima de in dubio pro víctima, sin excluir, lógicamente, el principio in dubio pro reo. La atención a la víctima no es una cuestión de invertir los términos, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. Es simplemente reconocer que el sistema de ejecución penal tiene que tener en cuenta dos elementos: autor del delito y víctima y, por consiguiente, aceptar la reparación en dicho marco.

La intervención de la víctima en la fase penitenciaria de ejecución penal tiene que dejar de hacerse desde la perspectiva exclusiva del recluso, como se ha hecho hasta ahora, para entrar en este ámbito con nombre propio y plenamente legitimada, debe tener autonomía conceptual y dejar de estar ligada de manera instrumental, como lo está, en la mayoría de los casos, a los intereses del delincuente.

Las víctimas merecen no menos atención que los penados. Para lograr el protagonismo debido de sus intereses y la reparación que merecen y que la opinión pública les reconoce y demanda, habrá que conseguir un profundo cambio de mentalidad en muchas personas del mundo jurídico y en muchas que trabajan en las Instituciones penitenciarias, especialmente en quienes las dirigen.

La reparación victimológica, tanto material como moral no debe considerarse un cuerpo extraño en el Derecho penitenciario, sino que debe entenderse, incluso, como parte esencial de la sanción penal y, además, esta reparación debe ser una reparación completa, que si es posible: indemnice a la víctima, pero también la atienda y la enaltezca. La víctima espera de la sociedad y

de los poderes públicos, no sólo ni fundamentalmente una satisfacción económica, sino el justo castigo del victimario⁹.

Por último y no menos importante quisiera mencionar la tendencia actual de nuestro sistema jurídico hacia una mayor democratización y participación ciudadana como por ejemplo la implementación del juicio por jurados en varias provincias de nuestro país, entre ellas Buenos Aires. Si el camino adoptado es éste no parece lejos el cambio legislativo que a merced de todo lo expuesto resulta necesario.

⁹ **Nistal Burón, Javier.** *“El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena”.*