

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL *

Por Alberto BOVINO **

Pensamos en la Inquisición evocando grilletes, hierros candentes, mazmorras y alaridos de dolor. Pero la esencia de la Inquisición no yace en esta idea del sufrimiento. La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas y el papel de los jueces consiste en descubrirlas para lograr la expiación del pecado. El derecho inquisitorio confunde al delito con el pecado y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación.

Hay dos maneras en que, por perseguir el pecado, el derecho penal afecta seriamente nuestra dignidad; una es de fondo y la otra de forma. La persecución del pecado es esencialmente perfeccionista: lo perseguible criminalmente no consiste esencialmente en dañar a otro; la función de la coerción estatal debe dirigirse a castigar a aquellos que se apartan de ciertos ideales de excelencia. No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a DIOS. Este olvido del que sufre el daño priva al derecho de la misión de dignificar a la víctima a través de la condena del transgresor. Si el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos.

* Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Sistemas penales y derechos humanos", en San José, el 31 de mayo de 1997. Este trabajo ha sido actualizado para esta publicación.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires; *Master in Laws*, Columbia University (Nueva York); Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires; Abogado externo del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS, Buenos Aires).

El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, “derecho protector”. En cambio, el “derecho perfeccionista” no cumple esta misión.

Jaime MALAMUD GOTI, *Prólogo*.

I. INTRODUCCIÓN

I. La participación de la víctima en el procedimiento penal —y, en sentido amplio, la relación entre la víctima y el sistema de justicia penal—, es un tema que ha suscitado un destacable interés en los últimos años. Después de varios siglos de exclusión y olvido¹, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una *preocupación central* de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados, tanto en Argentina como en el extranjero; la inclusión del problema en el temario de reuniones científicas; los movimientos u organizaciones que trabajan o bregan por los derechos de las víctimas del delito; y, fundamentalmente, las recientes reformas en el derecho positivo, nacional y comparado, que giran en torno a la víctima, sus intereses y su protección².

De este modo, resulta más que relevante la investigación de la influencia que esta súbita atención sobre la víctima produce —o puede producir— en la formulación y realización de la política criminal de los modernos Estados nacionales.

¹ En el derecho continental, la víctima desaparece con el advenimiento de la Inquisición, que desde el siglo XII hasta el siglo XVIII se impone como modelo hegemónico de procedimiento penal en el derecho de Europa continental (cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 288 y ss.).

² Cf., entre otros, ABRAHAMSON, *Redefining Roles: The Victims' Rights Movement*, ps. 517 y ss.; CÁRDENAS, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, ps. 357 y ss.; ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*; MAIER, *La víctima y el sistema penal*; GITTNER, *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, ps. 117 y ss.; JOUTSEN, *Listening to the Victim: The Victim's Role in European Criminal Justice Systems*, ps. 95 y ss.; PEERENBOOM, *The Victim in Chinese Criminal Theory and Practice: A Historical Survey*, ps. 63 y ss.; PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*.

II. Antes de ocuparnos del tema directamente es preciso realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, dada la unidad político-criminal entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal³, la cuestión de la participación de la víctima en el procedimiento se halla unida *indisolublemente* al derecho penal en su conjunto. Para expresarlo con palabras de MAIER, se debe destacar que “se trata... de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal... se trata [en síntesis] de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto”⁴.

En segundo término, se debe señalar que no todas las cuestiones vinculadas con la víctima del delito constituyen objeto de la disciplina denominada victimología. La victimología es una disciplina empírica de corte sociológico cuyo objeto de estudio se centra en la víctima del delito. Por este motivo, la victimología intenta explicar las causas de la victimización, las relaciones entre autor y víctima, y, también, las relaciones entre víctima y justicia penal⁵. La victimología, entonces, podría ser considerada la contracara de las disciplinas criminológicas que centran su atención sobre el individuo infractor. Si bien es cierto que las conclusiones de la victimología sirven como presupuesto para diseñar una política criminal que atienda los intereses de la víctima, no debemos olvidar que una política criminal orientada a la víctima *no es* victimología⁶. Un operador político-criminal no se transforma en victimólogo cuando influye en decisiones políticas que afectan a la víctima; tampoco se transforma en criminólogo cuando se ocupa de la posición del criminalizado o de la actuación de la justicia penal.

³ Cf. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ps. 37 y siguientes.

⁴ MAIER, *La víctima y el sistema penal*, ps. 190 y siguiente.

⁵ Cf. LARRAURI, *Victimología*, ps. 285 y siguientes.

⁶ Una definición de victimología en RAMÍREZ GONZÁLEZ, *La victimología*, ps. 3 y ss. Allí se afirma: “En conclusión, la victimología es considerada, desde cierto punto de vista, como disciplina autónoma, el campo donde se debe estudiar con una observación más directa a la víctima de la infracción, sea esta una persona moral o una persona natural, como base del interés en el análisis de los fenómenos criminales” (p. 9).

Finalmente, resulta imprescindible aclarar que en este trabajo sólo se hará referencia a delitos con víctimas adultas individuales. Se dejará de lado, por ello, a las víctimas no adultas y a los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Aclarado esto, veamos sintéticamente la historia de la víctima y el derecho penal.

II. LA DESAPARICIÓN DE LA VÍCTIMA

I. La posición que ocupa actualmente la víctima en el proceso penal no es la misma que ella tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública. En el ámbito europeo continental, el derecho de los pueblos germánicos organizaba un derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición. Tal como se señala, “no se puede decir... que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.

La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción... en manos del Estado”⁷.

II. El modelo de enjuiciamiento penal inquisitivo se afianza, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los Estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad. “El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de

⁷ MAIER, *La víctima y el sistema penal*, ps. 187 y siguiente.

conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición”⁸. La idea de *pecado* es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un *daño* provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a DIOS o a la persona del rey⁹.

Este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días. Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento, la averiguación de la verdad:

“El reclamo que efectuará el procurador en representación del Rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido”¹⁰.

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convierte en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Esta redefinición de sujeto a objeto se ve justificada por la necesidad de determinar cómo sucedieron los hechos. Pero el imputado no es el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de la escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de titular de derechos. Al desaparecer la noción

⁸ FERNÁNDEZ BLANCO y JORGE, *Los últimos días de la víctima*, p. 14.

⁹ Sobre la oposición entre el concepto de ilicitud como daño/infracción, cf. ALAGIA, *El consentimiento en la dogmática penal*; del mismo autor, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción*; ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*.

¹⁰ FERNÁNDEZ BLANCO y JORGE, *Los últimos días de la víctima*, p. 14.

de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo Estado sólo requerirá la presencia del individuo victimizado a los efectos de ser utilizado como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde.

III. Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento inquisitivo reformado que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo histórico. La ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites, la inquisición sigue entre nosotros. Este modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político, y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente.

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención¹¹. La consideración del hecho punible como hecho que presenta *algo más* que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima¹²:

“... Esta reacción antiliberal contra las pretensiones acotantes del poder punitivo, que habían sido colocadas en la cima Feurbach y la escuela Toscana, implicó la definitiva estatización de todos los bienes jurídicos y, a la vez, sirvió para proclamar un pretendido *ius puniendi* que se convirtió en único bien jurídico a tutelar. En esta dinámica, la víctima

¹¹ Cf. BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, ps. 42 y siguientes.

¹² Cf. CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*. Este autor desarrolla diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el derecho penal.

queda reducida a mero habilitante de poder punitivo aun a expensas de su consentimiento en el hecho”¹³.

A través de la persecución penal estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bien jurídico no es más que la *víctima objetivada* en el tipo penal¹⁴. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la idea acerca de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés protegido de su titular o portador concreto, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos.

El derecho penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

¹³ ALAGIA, *El consentimiento en la dogmática penal*, p. 314.

¹⁴ Cf. BOVINO, *Contra la legalidad*.

III. El reingreso de la víctima al escenario de la justicia penal

III. 1. Las instituciones tradicionales

I. A pesar de que el movimiento reformador de la Ilustración significó una transformación del derecho penal y procesal penal, éste mantuvo, como ya hemos señalado, los principios materiales de la inquisición. El paradigma de este movimiento, el Código francés de 1808, es un buen ejemplo de ello. Sin embargo, a partir de este momento histórico la víctima comienza a tener un mayor grado de participación en el procedimiento.

En este sentido, existen varias instituciones jurídico-penales cuyo origen es anterior a las transformaciones más recientes. El actor civil, el querellante en los delitos de acción pública, y el querellante en los delitos de acción privada constituyen, en este sentido, mecanismos tradicionales que posibilitan la participación de la víctima en el procedimiento penal. Sin embargo, de estas instituciones sólo la última otorga derechos sustantivos a la víctima. Ello pues la institución del actor civil sólo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podría reclamar, de todos modos, en otro procedimiento. La participación del querellante en los delitos de acción pública, por su lado, sólo permite una intervención subsidiaria de la víctima que no le otorga derechos sustantivos sobre la solución del caso, pues es el Estado quien continúa detentando la titularidad de la acción penal¹⁵.

En los delitos de acción privada, en cambio, la víctima es titular exclusiva de la acción penal. El inicio de la persecución depende enteramente de su decisión —por ejemplo, nuevo CPP Costa Rica, 72; CP Argentina, 74 a 76—. El acusador privado tiene, además, facultades para renunciar a la persecución ya iniciada y extinguir la acción penal —por ejemplo, nuevo CPP Costa Rica, 30, inc. b; CP Argentina, art. 59, inc. 4—, y para extinguir la pena impuesta a través del perdón —por ejemplo, CP Argentina, 69—.

¹⁵ En general, los códigos latinoamericanos recientes han adoptado el modelo de querellante adhesivo. Ver art. 80, CPP Costa Rica; art. 116, CPP Guatemala.

En los delitos dependientes de instancia privada —por ejemplo, nuevo CPP Costa Rica, 18; CP Argentina, 72—, a pesar de que la acción penal es pública, la víctima tiene el poder de inhibir el inicio de la persecución, que sólo puede iniciarse “por acusación o denuncia” de la víctima o su representante —por ejemplo, CP Argentina, 72; nuevo CPP Costa Rica, 17—.

También es tradicional en el derecho argentino la solución compositiva que supuestamente tiene en cuenta los intereses y la voluntad de la víctima prevista en el art. 132, CP —hoy derogado—, para ciertos delitos contra la libertad sexual. En este sentido, el casamiento con la ofendida constituye un modo de reparación o solución simbólica del conflicto posterior al hecho que excluye la aplicación de la pena. Debemos destacar que éste es el significado de esa regla, más allá de que ella resulte cuestionable ideológicamente por los valores que sustenta¹⁶.

III. 2. Las nuevas tendencias a favor de la víctima

Los mecanismos tradicionales señalados anteriormente, sin embargo, no parecen haber resultado suficientes para satisfacer los intereses de la víctima. Por otra parte, la crisis de legitimación que padece actualmente la justicia penal y, más especialmente, la pena estatal¹⁷, ha contribuido a generar la necesidad de nuevas transformaciones para solucionar estos problemas.

Como consecuencia de esta situación, el derecho penal nacional y extranjero ha sufrido transformaciones sustanciales que representan el ingreso de los intereses de la víctima a través de diversos mecanismos jurídicos. Como veremos, estos mecanismos representan la adopción de criterios contrarios a los que informan el derecho penal propio de los Estados modernos.

¹⁶ El casamiento fue regulado como mecanismo “reparatorio” porque no se consideraba la violación como una agresión contra la libertad sexual, sino como una afectación a la “honestidad” de la víctima.

¹⁷ Cf. BELOFF, *Teorías de la pena: la justificación imposible*.

En este sentido, las novedades son: a) la reparación del daño; b) mayores derechos de participación formal de la víctima en el procedimiento penal; y c) derechos reconocidos a la víctima independientemente de su intervención formal en el procedimiento.

En este sentido, se puede afirmar que el nuevo CPP Costa Rica constituye, en el marco de América Latina, una de las legislaciones procesales que contiene mayor cantidad de disposiciones que reconocen nuevos derechos a la víctima.

III. 3. La reparación del daño

III. 3. a. La reparación

La necesidad de que la víctima obtenga la reparación del daño sufrido tiene diversos fundamentos. En primer lugar, se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en “una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito”¹⁸. Por otro lado, se destaca la necesidad de evitar las consecuencias negativas de los procesos formales de criminalización y especialmente, de la pena privativa de libertad. También se reconoce la necesidad de hacer efectiva la idea de que el derecho penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

En el marco del derecho internacional, la *Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*¹⁹ reconoce, entre otros, el derecho a la pronta reparación del daño. Se afirma que el derecho internacional supone “la protección privilegiada de la víctima”, exige una “estrategia de *privatización de conflictos* como modelo político criminal para la descriminalización de ciertos delitos” e implica la necesidad de otorgar a la víctima “mayor intervención en el tratamiento de los conflictos tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la

¹⁸ ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 28.

¹⁹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29/11/1985 por resolución 40/34.

posibilidad de indemnización, etc.”²⁰. En este sentido, el art. 7 del nuevo CPP Costa Rica establece como principio general:

“Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.

Respecto de esta cuestión, afirma MAIER:

“No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal... La reparación, en sentido amplio, es así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto”²¹.

El concepto de reparación que se propone no se debe confundir con el pago de una suma de dinero²². La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima —por ejemplo, la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera—. Se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria.

El modelo de justicia punitiva²³ se caracteriza por definir la ilicitud penal como infracción a una norma, es decir, como quebrantamiento de la voluntad del soberano. En él la persecución penal es pública y no dependerá de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo, y los intereses de la víctima del hecho punible serán dejados de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos (la pena). De este modo, la intervención del derecho penal redefine un

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal de los derechos humanos*, ps. 133 y siguiente.

²¹ MAIER, *La víctima y el sistema penal*, ps. 207 y siguiente.

²² Cf. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 289.

²³ Cf. LENMAN y PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*.

conflicto entre dos individuos —autor y víctima— como un conflicto entre uno de esos individuos —el autor— y el Estado.

El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto —que permanece definido como conflicto interindividual— y, cuando lo hace, es porque alguien —quien puede ser definido como víctima— que ha sufrido una afectación en sus intereses lo solicita expresamente. La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste, en general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que, genéricamente, permite el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior.

Ahora bien, aun cuando el ingreso de la reparación reconoce en todos los casos los intereses de la víctima, ésta puede ser incorporada de diferentes maneras al procedimiento, esto es, puede provocar diferentes consecuencias respecto de la persecución penal.

III. 3. b. El efecto extintivo de la reparación

I. La reparación del daño puede ser incorporada, en primer lugar, como causa de extinción de la acción penal. El § 167 del Código Penal austríaco, por ejemplo, dispone que el autor de un hecho punible “puede evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él, ‘sin ser obligado a ello’, realiza una reparación completa antes de que su responsabilidad sea conocida por el órgano de la persecución penal... De esta manera, la exención de la pena mediante el arrepentimiento activo es posible aun en el caso de que el autor cometa un delito patrimonial con un perjuicio económico particularmente elevado”²⁴.

Si bien el derecho austríaco limita la posibilidad extintiva cuando la reparación se realiza antes del inicio formal de la persecución, no existe ningún impedimento para extender el efecto de este arrepentimiento activo a etapas más avanzadas del proceso. Ésta ha sido la solución, en el

²⁴ ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 34.

derecho argentino, del art. 14 de la ley 23.771 —ley penal tributaria y previsional—, hoy derogada. Allí se disponía que bajo ciertas condiciones, el cumplimiento de la obligación tributaria o previsional producía la extinción de la acción penal en cualquier etapa del proceso anterior a su finalización²⁵.

En el mismo sentido temporal la solución prevista en un proyecto de ley presentado al Congreso Nacional de la República Argentina por el diputado José I. CAFFERATA NORES²⁶, cuyo art. 8 establece: “En cualquier delito contra la propiedad, o que cause un perjuicio principalmente patrimonial, cometido sin violencia significativa en las personas, la acción penal quedará extinguida cuando, antes de fijada la audiencia para el debate el imputado repare el daño ocasionado, garantice razonablemente su reparación o celebre un acuerdo en ese sentido”. El mismo proyecto establece una audiencia de conciliación para posibilitar el acuerdo (art. 9).

II. La ventaja de este tipo de mecanismos consiste en que se pretende “procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder el paso”²⁷. Esta institución ha sido incorporada en el nuevo CPP Costa Rica, que admite como causa de extinción de la acción penal la reparación (art. 30, literal j) y la conciliación (art. 30, literal k), para la cual prevé un mecanismo procesal para homologarla e incluso para alentarla por iniciativa del tribunal (art. 36). Del mismo modo, el CPP El Salvador, en su art. 31, dispone que la acción penal se extinguirá por “la conciliación” (inc. 2), y por “la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública...” (inc. 11).

Se debe señalar que la regulación del proyecto argentino citado parece más equitativa en cuanto no sólo incluye la reparación ya producida sino, también, los acuerdos reparatorios. La desventaja, por otra

²⁵ Sobre este instituto, cf. MAIER y BOVINO, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso al derecho penal de la reparación como tercera vía?* Sobre el momento en que puede aplicarse este mecanismo extintivo, cf. ps. 128 y ss. de ese trabajo.

²⁶ Cf. Proyecto de ley de Protección integral de la víctima del delito, en CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales del proceso penal*, p. 179.

²⁷ ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 34.

parte, está representada por la limitación de la solución reparatoria a un grupo taxativo de delitos. En este sentido, no se comprende por qué razón se excluye otro tipo de delitos que también podrían ser solucionados mediante respuestas reparatorias.

Resulta interesante analizar la aplicación que este instituto ha tenido en la práctica. En este sentido, las estadísticas obtenidas en El Salvador son significativas. En el período que va desde el 20 de abril de 1998 al 30 de junio de 2000, del total de casos resueltos según las reglas del nuevo Código Procesal Penal de El Salvador, el 32,21 % de ellos fue concluido por conciliación entre las partes²⁸.

El dato que llama más la atención de las cifras obtenidas en El Salvador es, quizá, el análisis de la aplicación porcentual de otros mecanismos de simplificación incorporados con la reforma procesal. Así, mientras se conciliaron el 32,21 % de los casos del período, sólo se aplicó el principio de oportunidad en el 1,47 % de los casos, la suspensión condicional del procedimiento en el 0,66 %, y el procedimiento abreviado en el 1,97 % de las resoluciones. Teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de estos cuatro mecanismos de simplificación²⁹, es posible afirmar que se trata de un cambio positivo de magnitud, pues en casi un tercio de los casos resuelto se ha aplicado un mecanismo que atiende a los intereses de la víctima sin consecuencia punitiva para el imputado y sin desgaste jurisdiccional.

III. En segundo término, la reparación se incorpora en relación con criterios de oportunidad. Así ha sido previsto en el CPP Guatemala de 1992, cuyo art. 25 dispone que en los supuestos de aplicación del principio de oportunidad previstos en esa disposición “es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido”. Del mismo modo la solución del Proyecto de CPP peruano de 1996 para los dos últimos criterios de aplicación del principio de oportunidad (art. 2).

²⁸ Cf. MARTÍNEZ VENTURA, Jaime, *Beneficios penitenciarios de las personas privadas de libertad*, Ed. FESPAD, San Salvador, 2000, p. 18, Cuadro n° 1.

²⁹ Por mecanismos de simplificación del procedimiento, en sentido amplio, entendemos todas aquellas opciones que representan la obtención de una solución para el caso a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común.

Sin embargo, se debe destacar que la aplicación de criterios de oportunidad no implica necesariamente la obligación de reparar, pues estos criterios pueden ser aplicados independientemente de esa obligación. Así, la solución prevista en el art. 230 del CPP Modelo para Iberoamérica, y el inc. 1 del art. 2 del proyecto de CPP peruano. El nuevo CPP Costa Rica (art. 22) y el CPP El Salvador no requieren esta exigencia para la aplicación de criterios de oportunidad. A nuestro juicio, esta solución es más acertada pues permite el uso del principio de oportunidad de modo más eficaz para lograr su objetivo primordial: racionalizar los esfuerzos persecutorios del ministerio público.

IV. En tercer lugar, la obligación de reparar se vincula con el instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba. Así se ha incorporado al derecho positivo argentino en los arts. 76 *bis* y siguientes del CP. Al solicitar la suspensión, el imputado debe “ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible” (CP Argentina, 76 *bis*, párrafo III).

La regulación del instituto, sin embargo, si bien reconoce el interés de la víctima en obtener la reparación, coloca este interés en segundo plano respecto del interés del imputado en evitar la continuación de la persecución, pues el rechazo de la oferta por parte de la víctima no impide la suspensión del procedimiento. En este caso, tampoco se descuida el interés de la víctima pues ella cuenta con la “acción civil correspondiente” (76 *bis*, párrafo III). De modo similar la regulación del nuevo CPP Costa Rica (art. 22, párrafo II).

V. La característica más importante de estos mecanismos es que ellos son utilizados para mejorar la situación de la víctima y, al mismo tiempo, beneficiar al imputado. Ello pues se pretende obtener la reparación del daño para evitar la solución del derecho penal tradicional: la pena. La finalidad de estos institutos consiste, entonces, en satisfacer los intereses y expectativas de la víctima. Lograda esa finalidad, considerada prioritaria, se deja de lado el tratamiento penal del caso. En este sentido, la reparación como respuesta alternativa representa el quiebre de uno de los elementos más característicos del derecho penal estatal: la reacción punitiva como única y exclusiva solución³⁰.

³⁰ Cf. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, p. 73.

Esta circunstancia demuestra dos cuestiones. En primer lugar, que la atención de los intereses de la víctima no implica la formulación de una política criminal contra el autor, según lo proponen ciertos sectores de la victimología³¹ o ciertos movimientos sociales, como sucede con algunos sectores del movimiento feminista respecto de los delitos sexuales³².

En segundo término y más importante, ella manifiesta el conflicto entre los intereses estatales en la persecución penal y los intereses de la víctima. Al respecto se debe tener en cuenta que no todas las víctimas tienen los mismos sentimientos, reacciones y necesidades, y que la justicia penal no considera a las personas en su singularidad. El derecho penal con su única respuesta, la pena, ignora los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas. Experiencias empíricas han contribuido a destruir el mito de la “víctima vengativa”. En un servicio de atención a las víctimas de París se determinó que las personas que asistían no hacían diferencias entre asuntos civiles y penales, esto es, que el público no se reconocía en las distinciones puramente jurídicas. También se determinó que acudían espontáneamente personas que, aunque se consideraban víctimas, no tenían la voluntad de perseguir penalmente³³. Quienes trabajaban en el servicio afirmaron: “Las personas que vienen a este servicio no tienen nada especialmente agresivo. No exteriorizan un ánimo vengativo. Han venido a hablar del perjuicio que sufrieron, simplemente con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentan y recobrar, si procede, su dinero. Lo que quieren estas

³¹ LARRAURI cita como ejemplo de esta tendencia a quienes constituyeron la victimología originaria (cf. *Victimología*, p. 284). Sin embargo, estas tendencias son mantenidas en la actualidad, por ejemplo, en los EE.UU. de América. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta, entre otras: “si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables”; cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 953.

³² Un ejemplo de postura feminista de fuerte contenido punitivo en SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*. Una crítica a esta posición en BOVINO, *Delitos sexuales y justicia penal*; LARRANDART, *Control social, derecho penal y género*; ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*.

³³ Cf. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, ps. 107 y siguiente.

víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía”³⁴. En síntesis, las soluciones que atienden a los intereses sustantivos de la víctima desde una perspectiva reparatoria resultan contrarias al interés estatal en la aplicación de la respuesta punitiva tradicional.

Estos mecanismos, además de beneficiar a la víctima y al imputado, representan un beneficio para la administración de justicia penal, al retirar rápidamente un gran número de casos y permitir un mejor tratamiento de los casos restantes —generalmente los más graves y complejos, que demandan mayores esfuerzos persecutorios—.

III. 3. c. Otros efectos de la reparación

También se puede pensar en la reparación en otro sentido que, en este caso, no excluye la posibilidad de obtener una decisión condenatoria. En este sentido, la reparación del daño puede ser utilizada para tomar distintas decisiones respecto de una persona que ha sido condenada:

- a) como causa que permite prescindir de la imposición de la pena (exclusión de la pena);
- b) como causa que permite la condenación condicional;
- c) como criterio legal abstracto de reducción de la escala penal aplicable en principio al caso —como sucede, por ejemplo, con la reducción de la escala penal para la tentativa—;
- d) como criterio favorable para la determinación judicial de la pena en el caso concreto; y
- e) como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena —por ejemplo, libertad condicional, régimen de salidas, instituciones penales abiertas—³⁵.

En el derecho argentino, la reparación del daño, si bien no está prevista expresamente, puede ser tomada en cuenta tanto para aplicar la condenación condicional —la “actitud posterior al delito” del art. 26, CP

³⁴ HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, ps. 108 y siguiente.

³⁵ MAIER, *La víctima y el sistema penal*, p. 210.

Argentina— como para la determinación judicial de la pena —el art. 41 hace referencia a los “*antecedentes y condiciones personales*, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y *las circunstancias* de tiempo, lugar, modo y ocasión *que demuestren su mayor o menor peligrosidad*” (CP Argentina, 41, destacado agregado).

También podría ser tomada en cuenta para la decisión acerca de la libertad condicional. Los requisitos establecidos para la libertad condicional —cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad, observancia de los reglamentos carcelarios, informe de la autoridad penitenciaria: CP Argentina, 13— se vinculan con la necesidad de verificar cierto progreso en el proceso de rehabilitación del condenado. En este contexto, la reparación del daño causado, a pesar de no estar contenida expresamente en la disposición citada, también debe ser tenida en cuenta como un indicador más de este progreso y, por ende, debe influir favorablemente en la decisión acerca de la libertad condicional.

En estos últimos supuestos, la reparación cumple un papel mucho menos significativo que en los anteriores, pues ella no autoriza a resignar los intereses estatales en la obtención y pronunciamiento de una decisión condenatoria y, en los últimos tres —reducción de la escala penal, criterio de determinación de la pena y criterio favorable en la ejecución—, no impide la aplicación efectiva de una pena. Ello significa que en estos supuestos el Estado coloca sus necesidades de control social punitivo sobre las necesidades de satisfacer los intereses de la víctima, pero no por ello deja de incentivar la reparación mejorando la situación del condenado.

III. 4. La reparación como sanción penal independiente: la tercera vía del derecho penal

También se propone actualmente la incorporación de la reparación del daño como instrumento de realización de una tercera vía del derecho penal, junto con la pena y las medidas de seguridad. Esta posición reconoce a la reparación como una tercera posibilidad del derecho penal para alcanzar los fines asignados a la pena tradicional³⁶. ROXIN explica sintéticamente:

³⁶ Cf. ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 145.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

“resulta que la reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal... ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir la pena o ser computada para atenuarla”³⁷.

Así como las medidas de seguridad se imponen cuando la pena no se puede justificar debido al principio de culpabilidad, la reparación obtiene legitimación político-criminal en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar la pena sin resignar la realización de los fines de la pena para atender las necesidades de la víctima³⁸.

Para dotar de autonomía sancionatoria a la reparación correspondiente, se sostiene, “la creación, también, de un procedimiento penal de restitución independiente, como lo ha propuesto SCHÖCH”³⁹.

Si bien ROXIN propone utilizar la reparación, en algunos casos, del mismo modo que algunos de los institutos ya analizados —por ejemplo, como causa de extinción de la acción o como exigencia de la suspensión del procedimiento—, el carácter *sancionatorio* que le atribuye, como instrumento idóneo para cumplir los fines de la pena tradicional, diferencia su postura de las anteriores.

Los fines de la sanción penal tradicional —preventivo-generales o especiales— están orientados a la protección de los bienes jurídicos de todos —o gran parte— de los miembros de la comunidad, y no a la protección de los intereses de la persona concreta que ha resultado víctima de un hecho punible. Por este motivo, la consideración de la reparación como tercera vía del derecho penal puede producir consecuencias negativas.

Sintéticamente, la finalidad penal atribuida a la reparación privilegiará la realización de los fines del derecho penal sobre los intereses de la víctima individual. Esta circunstancia afectará, necesariamente, el con-

³⁷ ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 154.

³⁸ ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 155.

³⁹ ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 155.

cepto de reparación, el contenido de la obligación reparatoria y, además y especialmente, las facultades de la víctima de influir significativamente en el proceso de definición del daño sufrido y de determinación de la reparación concreta aplicable al caso. De este modo, la reparación propuesta por ROXIN, para servir a los fines del derecho penal estatal, deberá objetivar la sanción reparatoria y desatender a la víctima⁴⁰ —cuyos intereses particulares se consideran secundarios—.

Este concepto punitivo o sancionatorio de reparación presenta problemas. Puede suceder, por ejemplo, que el tribunal rechace la reparación ofrecida por el autor y aceptada por la víctima —por ejemplo, una disculpa— a pesar de que ésta satisfaga íntegramente sus intereses, si aquél considera que su contenido no alcanza para cumplir con los fines de la pena. Esta objetivación de la reparación, de este modo, disminuye las posibilidades de satisfacer a la víctima. Otra consecuencia negativa de esta posición consiste en que la reparación no sirve para respetar el principio de *ultima ratio*, pues la solución reparatoria no es utilizada en todos los casos posibles, sino sólo en aquellos en los cuales ella resulta posible y, además, resulta adecuada para cumplir los fines de la pena. Finalmente, esta concepción puede representar una ampliación del control social jurídico-penal si la sanción reparatoria, en lugar de reducir la aplicación de la sanción penal tradicional, termina por agregarse a ella sin alterarla⁴¹.

III. 5. Mayores derechos de participación en el procedimiento penal

El segundo grupo de transformaciones en el derecho procesal penal actual se vincula con la decisión de otorgar mayor protagonismo a la participación formal de la víctima en el procedimiento penal. La forma más directa para reconocer mayores derechos sustantivos de partici-

⁴⁰ ROXIN habla, por ejemplo, de delitos “no reparables” definidos abstractamente. La calificación *a priori* de ciertos daños o ciertos delitos como hechos no pasibles de reparación implica, necesariamente, un juicio “objetivo” externo que ignora la opinión particular de la víctima en el caso concreto (*La reparación en el derecho penal*).

⁴¹ Este fenómeno expansivo del control ha sido señalado respecto de las penas alternativas a la prisión y a la *diversion* estadounidense. Cf., respecto a las penas alternativas, PAVARINI, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*; respecto a la *diversion*, BOVINO, *La suspensión del procedimiento penal en el Código Penal argentino y la diversion estadounidense. Un análisis comparativo*.

pación consistiría en la ampliación significativa del catálogo de los delitos de acción privada. Sin embargo, esta solución no ha sido adoptada.

III. 5. a. El querellante en los delitos de acción pública

Los ordenamientos procesales recientemente establecidos, en cambio, se caracterizan por la incorporación de la figura del querellante en los delitos de acción pública. El CPP Costa Rica (art. 75), el CPP Tucumán (art. 7), el CPP Córdoba (art. 7), el CPP Guatemala (art. 116), el CPP El Salvador (art. 95), el CPP Chile (art. 111), el CPP Modelo (art. 78) y el CPP Nación (art. 82), por ejemplo, regulan la intervención del acusador particular (querellante) en delitos de acción pública. La novedad, en este sentido, consiste en el hecho de que la tradicional institución del querellante se ha expandido a sistemas jurídicos que no la contemplaban anteriormente —por ejemplo, el CPP Córdoba 1939—.

En los códigos más modernos, además, la regulación del querellante en los delitos de acción pública fue acompañada por una importante ampliación de la legitimación para intervenir en el procedimiento penal como acusador particular. Se han propuesto, fundamentalmente, dos opciones.

Se propone, por ejemplo, un sistema de *acción popular* que permite a cualquier ciudadano intervenir como acusador particular cuando se trata de ciertos delitos. Este sistema ha sido previsto de dos maneras diferentes. En primer lugar, se dispone la acción popular a favor de cualquier ciudadano en los delitos de acción pública que afecten *intereses colectivos* o cometidos con *abuso de la autoridad* estatal, según el cual cualquier ciudadano puede asumir el papel de querellante (CPP Modelo, nota al art. 78).

El CPP Costa Rica otorga legitimación para querellar a “cualquier persona contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos” (art. 75, párr. II, CPP Costa Rica).

El CPP El Salvador, por su parte, reconoce legitimación para querellar a “todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos... cuando se trate de delitos oficiales y delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que impliquen una grave y directa violación a los derechos humanos fundamentales, los que se cometan contra el ejercicio del sufragio, o cuando se trate de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto” (art. 95, párr. II).

Los ejemplos contienen dos supuestos distintos de aplicación de la acción popular. El primero se refiere a hechos que afectan intereses colectivos. Este supuesto no hace sino extender la solución tradicional de la intervención de la víctima individual como acusadora particular a casos con multiplicidad de víctimas anónimas. El mecanismo, entonces, representa una adaptación de la institución tradicional del acusador particular a un supuesto novedoso y singular —delitos que afectan intereses colectivos—. Un sistema similar está previsto en el derecho federal estadounidense por delitos que afectan el patrimonio del Estado, cometidos por particulares, en los que se autoriza a intervenir como acusador exclusivo o, en algunos casos, conjunto, a cualquier ciudadano⁴².

El segundo supuesto de acción popular se refiere a delitos cometidos por agentes del Estado. Se trata de un supuesto completamente distinto al anterior. El CPP Guatemala autoriza a los ciudadanos —y a las asociaciones— a intervenir como querellantes en los delitos de acción pública cuando se trate de delitos cometidos por agentes estatales en ejercicio de su cargo, que impliquen violación de derechos humanos, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que abusen de su cargo (art. 116, párr. II).

La razón que justifica la intervención de todo ciudadano o asociación de ciudadanos (CPP Guatemala, art. 116) y a las asociaciones (CPP Guatemala, art. 117, inc. 4) en calidad de querellantes se vincula con las especificidades del grupo de casos comprendido en la regla legal. En estos supuestos, el fundamento esencial de la intervención del querellante se vincula con la desconfianza hacia los órganos estatales de la persecución, y con la necesidad de controlar a estos órganos en el

⁴² Cf. BOVINO, *Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el derecho federal de los Estados Unidos*, especialmente ps. 63 y siguientes.

desempeño de su tarea en cierto tipo de casos. El mecanismo representa un control de la sociedad civil respecto de la actuación de los órganos estatales encargados regularmente de la persecución penal cuando se trata de delitos cometidos por otros agentes del Estado, tales como delitos contra los derechos humanos o delitos cometidos por funcionarios con abuso de su cargo.

Por otro lado, se propone que las asociaciones reconocidas por el Estado estén facultadas a intervenir como querellantes en los delitos de acción pública que afecten intereses colectivos, y por pedido del ofendido en los demás casos, siempre que la persecución se vincule con el objeto de la asociación (CPP Modelo, nota al art. 78). En este sentido, el CPP Guatemala admite como querellante en los delitos de acción pública, junto con la víctima y ciertos parientes, a “las asociaciones de los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses” (art. 117, inc. 4). El CPP Costa Rica, por su parte, define como víctima legitimada para actuar como querellante a “las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses” (art. 70, inc. d).

Este supuesto —intervención de asociaciones— supone la participación de organizaciones no estatales con el objeto de resguardar el interés de la víctima y controlar la actuación del acusador público. Se pretende dar intervención a una asociación que cuenta con mayores recursos que la víctima individual y, también, que eventualmente posee mayores aptitudes técnicas para intervenir en el procedimiento, y mayor interés específico en la protección de los bienes jurídicos vinculados con el objeto de la organización. En cierta medida, esta “representación” se asemeja a la “representación” realizada por el acusador estatal, con la importantísima diferencia de que la asociación es una “representante” natural e inmediata del interés colectivo protegido que, por lo demás, suele contar con mayor compromiso, recursos e idoneidad para desempeñar esa tarea.

En realidad, se puede afirmar que todos estos supuestos tienen algunas notas comunes. Están orientados a favorecer la participación ciudadana en la administración de justicia penal. Comparten la finalidad

de aumentar la eficiencia de la política persecutoria, y posibilitan el control de los funcionarios encargados de la persecución penal estatal por parte de los diversos miembros de la sociedad civil ajenos al Estado.

III. 5. b. La conversión de la acción penal pública en acción privada

Otro mecanismo novedoso que atribuye mayores facultades de participación sustantiva a la víctima es el instituto de la conversión de la acción. Se trata de un mecanismo que permite que un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada sólo perseguible por el acusador particular, sin intervención alguna del ministerio público. El CPP Costa Rica regula esta institución en el art. 20:

“La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas”.

El CPP Guatemala, por su lado, dispone que las “acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercidas por el agraviado...”, en tres tipos de supuestos (art. 26). El primer supuesto remite a los casos en los cuales resulta posible la aplicación del principio de oportunidad. El segundo supuesto se refiere a delitos dependientes de instancia privada. El tercero de ellos, finalmente, incluye a todos los delitos contra el patrimonio. Es interesante destacar que dos de esos supuestos están regulados como derecho de la víctima, pues no requieren autorización del ministerio público.

El CPP El Salvador, en su art. 29, se asemeja al texto del art. 20 del CPP Costa Rica. Allí se definen los tres supuestos de procedencia: a) delitos dependiente de instancia privada (art. 29, inc. 1); b) cualquier delito contra la propiedad (inc. 2); y c) cuando “se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe”.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La conversión de la acción reconoce el interés de la víctima vinculado a la necesidad de llevar adelante al procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del derecho penal. Representa, claramente, una excepción al principio de la persecución pública. Además, permite a la víctima jugar un papel decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal y, al mismo tiempo, le otorga poder de disposición de la acción penal convertida en privada. Por otra parte, aumenta las posibilidades del imputado de llegar a una conciliación que ponga fin al caso, y simplifica notablemente el procedimiento, pues resultan aplicables las reglas del proceso de acción privada.

III. 5. c. La revocación de la instancia

Tradicionalmente, el único poder con que contaba la víctima en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada (art. 18, CPP Costa Rica; art. 26, CPP El Salvador; art. 54, CPP Chile) consistía en brindar la autorización que permitía iniciar la persecución. Pero una vez iniciada esta persecución, la víctima carecía de todo poder de disposición sobre ella. En la actualidad se ha impuesto la tendencia de reconocer, además, la facultad de retirar la autorización que, una vez ejercida, exige la clausura de la persecución penal ya iniciada.

En este sentido, el CPP Costa Rica, como la gran mayoría de los nuevos códigos y proyectos de América Latina, prevé en el art. 17, párr. IV: “La víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. La revocatoria comprenderá a los que hayan participado en el hecho punible”. El efecto de la revocatoria consiste en la extinción de la acción penal (art. 30, inc. h).

III. 6. Nuevos derechos reconocidos a la víctima

I. Hasta aquí hemos visto transformaciones que significan, en más o en menos, el reconocimiento a la víctima de mayores facultades sustantivas de participación en el caso penal. Más allá de ello, la actual preocupación por los derechos de la víctima ha conducido al reconocimiento de

diversos derechos que no están vinculados directamente con su participación en el procedimiento penal.

El CPP Nación (Argentina), como otros ordenamientos procesales recientes, contiene algunas disposiciones referidas a la cuestión. Estas disposiciones pueden ser divididas en dos grupos: unas referidas a cómo debe ser tratada la víctima, y otras vinculadas a la creación de una oficina específica dedicada a la asistencia y asesoramiento de las víctimas.

Se ha afirmado que ésta es la innovación más importante del CPP Nación⁴³. La afirmación es acertada porque estas disposiciones son clara expresión de tendencias político-criminales actuales, mientras que el diseño procesal del CPP Nación responde a una estructura que, en lo fundamental, fue establecida dos siglos atrás por el Código francés de 1808. Estas disposiciones, por supuesto, no existían en el proyecto original de LEVENE, y fueron agregadas al Código en el trámite legislativo.

II. Las disposiciones comentadas están en el Libro I, Título IV, Capítulo III, del CPP Nación (Argentina), y comprenden tres artículos. Según el art. 79, el Estado nacional tiene el deber de asegurar ciertos derechos a las víctimas y testigos durante todo el procedimiento. Entre ellos, el derecho a ser tratados digna y respetuosamente por las autoridades (inc. a), a la protección de su integridad física y moral (inc. c), y a ser informados sobre los resultados del acto procesal en el que han participado (inc. d). El art. 80 agrega, entre otros, los siguientes derechos de la víctima: a ser informada por la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos acerca de las facultades que puede ejercer en el procedimiento penal (inc. a), y a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado (inc. b). Por último, el art. 81 establece que estos derechos deben ser informados por el tribunal en la primera citación de la víctima o el testigo. Existen distintas opiniones acerca de qué debe hacerse en caso de incumplimiento de esta obligación de informar. Según D'ÁLBORA, ese incumplimiento podría generar responsabilidad penal⁴⁴. CÓRDOBA, en cambio, opina que el lenguaje de

⁴³ Cf. CÓRDOBA, *La posición de la víctima*, p. 98.

⁴⁴ Cf. D'ÁLBORA, *Código procesal penal de la Nación*, p. 100.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

estas disposiciones es tan vago que su carácter coercitivo puede ser cuestionado⁴⁵.

Según el art. 40 de la ley 24.050 argentina, la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos debe cumplir con las disposiciones referidas a los derechos de la víctima del CPP Nación. El art. 40 establece que la Oficina tendrá un director asistido por un equipo profesional y dependerá de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal. La ley 24.121, por su parte, “creó” la Oficina y estableció que el equipo profesional estaría integrado por dos trabajadores sociales, dos psicólogos y dos abogados. La Corte Suprema asignaría los empleados administrativos.

Si tenemos en cuenta los recursos humanos asignados al organismo, resulta por lo menos ingenuo creer que la Oficina será capaz de atender las necesidades de todas las víctimas y testigos de la ciudad de Buenos Aires. Además, se debe tener en cuenta que las leyes citadas no dicen nada sobre los deberes de la Oficina, más allá del ámbito de la ciudad de Buenos Aires, a pesar de que el CPP Nación es aplicable a las causas federales en todo el territorio nacional. En este contexto, la innovación más importante del CPP Nación es, en todo caso, una mera expresión de deseos.

III. El CPP Costa Rica, por su parte, incorpora otros derechos de la víctima, más allá de la facultad de intervenir como actor civil (art. 37) y como acusador particular (art. 75). En este sentido, el art. 71 dispone que la víctima, aun cuando no se haya constituido en querellante, tiene derecho a: 1) a intervenir en el procedimiento; 2) a ser informada de resoluciones definitivas si lo solicita; 3) a recurrir la desestimación y el sobreseimiento definitivo; y 4) a ser informada de sus derechos en su primera intervención en el procedimiento.

En el mismo sentido el artículo 13 del CPP El Salvador, que agrega un derecho novedoso, al permitir que la víctima pueda “impugnar el sobreseimiento o la absolución, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento” (art. 13, inc. 5).

⁴⁵ Cf. CÓRDOBA, *La posición de la víctima*, ps. 99 y siguiente.

Las disposiciones analizadas, a diferencia de las anteriores, no representan una transformación significativa del derecho penal. Por el contrario, podrían ser calificadas como un tímido intento de reducir los niveles de revictimización que produce habitualmente la justicia penal. Esta afirmación se limita al ámbito de la ciudad de Buenos Aires, pues existen oficinas de este tipo fuera de ella que cumplen satisfactoriamente sus funciones a pesar de la escasez de recursos. En el contexto de la ciudad de Buenos Aires, en cambio, estas disposiciones no son sino un intento frustrado de utilizar el valor simbólico de la víctima para realimentar una justicia penal punitiva profundamente desacreditada.

IV. Consideraciones finales

IV. 1. Los efectos de la política criminal orientada a la víctima

La historia del derecho penal puede ser analizada, en cierta medida, como la historia de la víctima. En otras palabras, es posible analizar el desarrollo histórico del derecho penal a través del desarrollo histórico de los derechos de la víctima. Esta tendencia constituye una buena oportunidad para analizar algunos de los principales problemas y peculiaridades de nuestros sistemas de justicia penal. Uno de los aspectos de la crisis de la justicia penal actual, la exclusión de la víctima, actuó como mecanismo disparador de los movimientos por los derechos de la víctima.

Las tendencias político-criminales referidas a la víctima han tenido, indudablemente, efectos sobre la justicia penal. Mientras algunos derechos podrían ser considerados, hasta cierto punto, neutrales respecto de los elementos estructurales de la justicia penal —por ejemplo, el derecho a ser informado sobre el caso—, la mayoría de los nuevos derechos de la víctima representan claramente uno de los dos modelos de justicia penal posible —punitiva o reparatoria—. O bien la víctima es convocada a colaborar con el modelo de justicia penal punitivo o, por el contrario, obtiene el reconocimiento de derechos para proteger sus propios intereses en un modelo de justicia reparatoria, con total prescindencia del interés estatal en la persecución penal. En ambos casos, la víctima es colocada en una posición mejor que la que ocupaba antes.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

El valor simbólico de la víctima la ha convertido en un elemento especialmente útil para la reforma de la justicia penal. Mientras que los partidarios del modelo punitivo necesitan a la víctima para ofrecer alguna respuesta a la crisis actual de la justicia penal, los partidarios de la justicia reparatoria necesitan a la víctima para provocar cambios sustanciales, orientados al establecimiento de un sistema de justicia penal no punitivo. Si bien existe una gran posibilidad de que la justicia penal incorpore a la víctima para sortear su crisis y preservar el modelo punitivo, se debe admitir que la sola exposición pública de la preocupación por la víctima ha aumentado la posibilidad de lograr cambios orientados al modelo reparatorio.

En el derecho continental, la víctima fue excluida completamente del procedimiento penal desde la irrupción de la inquisición. En 1808, Francia adoptó el Código que sería el nuevo paradigma del procedimiento penal continental-europeo y que estableció la intervención del actor civil. Sin embargo, este Código no fue una expresión del reconocimiento de los intereses de la víctima, sino una perfecta expresión del modelo de justicia punitiva rediseñado según los principios de la nueva era.

El derecho federal argentino representa una extraña combinación de elementos del derecho continental propios de distintos momentos históricos. La estructura principal del procedimiento —investigación formal a cargo de un juez inquisidor; juicio oral escasamente contradictorio frente a un tribunal con numerosas facultades inquisitivas— y la figura del actor civil representan características fundamentales del modelo procesal establecido por el Código francés de 1808. Por otro lado, algunas innovaciones recientes resultan completamente incoherentes con ese modelo pues son expresiones de tendencias político-criminales actuales.

En general, el desarrollo del derecho continental está relacionado con el hecho de que la víctima gozó, a partir de la reforma del siglo XIX, de algunos derechos, antes de que emergiera la actual tendencia político-criminal orientada hacia ella (ver punto II. 1). En este contexto, los cambios recientes en el procedimiento penal continental han permitido otorgar más derechos a la víctima sin alterar significativamente las

principales características de la justicia penal⁴⁶. Muchos de estos cambios, por otra parte, se han fundado en la necesidad de aumentar la eficiencia del sistema de justicia penal.

Si bien la tendencia político-criminal orientada a la víctima ha adoptado diferentes expresiones, es evidente que nuestra justicia penal aún representa el modelo punitivo. Los pequeños cambios logrados no han alterado esa situación. Por lo tanto, la lucha por garantizar los intereses de la víctima en un modelo de justicia reparatoria todavía debe ser enfrentada.

IV. 2. Los peligros de la víctima: las prácticas de la justicia penal

A pesar del entusiasmo expresado por diversos autores respecto de las posibilidades de los mecanismos establecidos para garantizar los derechos de la víctima en la justicia penal⁴⁷, no se pueden ignorar los peligros de la política criminal orientada a la víctima, por las consecuencias que ella puede producir sobre la justicia penal.

Debemos tener en cuenta, en este contexto, la posibilidad de que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de estas nuevas instituciones, asimilándolas a la lógica represiva que informa todo el sistema. Ello podría suceder, por ejemplo, con el instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba, mecanismo que, en principio, es político-criminalmente valioso⁴⁸.

⁴⁶ De todos modos, en términos comparativos podría afirmarse que se han producido transformaciones más significativas en el ámbito de nuestro derecho, pues en el ámbito anglosajón el reconocimiento de derechos sustantivos a la víctima se enfrenta con la valla insalvable de las profundas alteraciones que esos cambios producirían en el sistema de persecución penal pública. Cf. BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, ps. 65 y ss.; *Victim Participation in Criminal Procedure. A Comparative Analysis between Argentine and American Law*.

⁴⁷ Cf., entre otros, ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*; MAIER, *La víctima y el sistema penal*; ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*.

⁴⁸ Sobre la regulación del instituto en el derecho argentino, cf. VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*. Un análisis del mecanismo en el CPP Costa Rica en LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso Penal Comentado*; HOUED VEGA, *Suspensión del proceso a prueba*.

El mecanismo, tal como está regulado en la legislación penal argentina (CP, arts. 76 *bis* y ss.) persigue como finalidad principal y superior el beneficio del imputado —para evitar la continuación de la persecución penal en su contra—, como finalidad secundaria —limitada por la anterior— el interés de la víctima en obtener la reparación y, finalmente, como objetivo de menor jerarquía, la necesidad de racionalizar el uso de los recursos estatales persecutorios. A pesar de ello, y del claro sentido político-criminal del instituto, si los tribunales, al aplicarlo, desconocen la jerarquía de cada una de estas finalidades, se pueden producir graves consecuencias.

Si el tribunal, por ejemplo, hiciera prevalecer la finalidad de menor jerarquía (racionalización de los recursos persecutorios), seleccionaría los casos teniendo en cuenta principalmente su complejidad y el trabajo que cada uno de ellos demanda. La finalidad principal de beneficiar al imputado sólo se realizaría cuando el caso implique un ahorro significativo de trabajo para la justicia penal, y se frustraría cuando el caso sea sencillo y no altere significativamente la carga de trabajo judicial. De este modo, se pervertiría claramente el sentido y los fines del instituto de la suspensión. Lo mismo sucedería si, al aplicar la suspensión, el tribunal no concediera la importancia debida a la reparación —o al acuerdo reparatorio— y, además, utilizara arbitraria y abusivamente la facultad de imponer reglas de conducta (CPP Costa Rica, 26; CP Argentina, 76 *ter*)⁴⁹. En ese caso, se privilegiaría el interés en someter a un inocente a medidas de control innecesarias y arbitrarias sobre los demás intereses en juego, axiológicamente superiores en el marco legal y el sentido político-criminal del instituto.

El desarrollo concreto del movimiento por los derechos de la víctima es un buen ejemplo del peligro al que hacemos referencia. Las disposiciones legales referidas a la víctima pueden representar tanto el reconocimiento de sus intereses —con prescindencia del interés estatal de

Sobre el instituto en el CPP Guatemala, cf. BOVINO, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, ps. 119 y siguientes.

⁴⁹ Estas reglas son de aplicación eventual, sólo se pueden imponer en la medida en que resulten manifiestamente necesarias y, por supuesto, deben guardar relación con el hecho objeto de imputación. Cf. BOVINO, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, ps. 122 y siguientes.

control— como también un perfeccionamiento del modelo punitivo que reconoce la necesidad de incorporar a la víctima (colaboracionista) para aumentar la eficiencia del sistema y relegitimar su existencia.

El desarrollo reciente del derecho federal estadounidense acerca de los derechos de la víctima puede ser considerado, hasta cierto punto, como un ejemplo de ambos modelos, si bien en términos de oposición entre posiciones liberales y conservadoras. Según HENDERSON, la preocupación por la víctima integró la agenda liberal y significó la promoción de la reparación a las víctimas desde los '60 hasta los '70⁵⁰. Luego de que los liberales comenzaron a perder reflejos e iniciativa en el tratamiento del problema de la criminalidad, los conservadores señalaron las fallas del programa liberal y adhirieron al modelo de justicia penal de “control del delito”⁵¹ —opuesto al del debido proceso— (modelo punitivo con víctima colaboracionista). Mediante el proceso de “politización de la víctima”⁵² el movimiento por los derechos de la víctima adoptó una posición decididamente conservadora⁵³. El estado actual del derecho penal estadounidense ha sido descrito como sigue:

“Como resultado, los ‘derechos de la víctima’ han producido una estructura emergente de derecho penal y procesal penal que se asemeja notablemente al modelo de ‘control del delito’ tan opuesto al pensamiento liberal. Basados en un concepto simplificado de ‘víctima’ y en un concepto inarticulado de ‘derechos’, los cambios en el procedimiento penal propuestos o desarrollados por el movimiento por los derechos de la víctima son los mismos cambios defendidos por los conservadores durante largo tiempo. Irónicamente, esos cambios pueden hacer poco aun para la restringida categoría de víctimas que dieron significado al símbolo. Además, la manipulación simbólica de la víctima evitó exitosamente un debate más serio sobre cómo el proceso de la justicia penal debe ser estructurado y ocultó el carácter verdaderamente revolucionario de las reformas propuestas. Si las

⁵⁰ Cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 944.

⁵¹ Cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 945.

⁵² Cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 948. Los conservadores usaron la figura de la víctima como un símbolo político efectivo, definiéndola como una figura virtuosa cuyos derechos e intereses podían ser usados para contrarrestar los derechos del imputado (p. 949).

⁵³ Cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 951.

reformas tienen alguna relación con las víctimas, y si son deseables, son preguntas aún sin respuesta”⁵⁴.

La experiencia de los EE.UU. resulta útil para poner de manifiesto la necesidad de analizar el sentido político-criminal de toda regulación jurídica establecida en nombre de la víctima y, también, los efectos reales producidos por la aplicación práctica de los mecanismos jurídicos adoptados en relación con la persona victimizada.

IV. 3. Los peligros de la víctima: criminalización de la reparación

Más allá del peligro señalado en el punto anterior, es necesario evaluar críticamente la racionalidad y el acierto político de la incorporación de los mecanismos procesales analizados.

Mecanismos tales como la reparación como causa de extinción de la acción penal pública reconocen los efectos negativos de la intervención penal, y la necesidad de atender los intereses de la víctima. Si ello es así, resultaría más razonable la descriminalización de aquellos hechos solucionables por esa vía y el establecimiento del tratamiento civil del caso —aun con la posibilidad de recurrir a reparaciones punitivas como las del derecho privado anglosajón, en donde resulta posible determinar que se pague el valor real de la reparación multiplicado por tres, en el marco del derecho privado—.

En este sentido, afirma FERRAJOLI que la única forma efectiva de reducir el ámbito del derecho penal para estructurar un sistema garantista de derecho penal mínimo consiste en despenalizar todos aquellos casos que no signifiquen graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales, y que puedan ser resueltos por medios no punitivos —por ejemplo, la reparación—⁵⁵.

El concepto de reparación como tercera vía propuesto por ROXIN, por su parte, presenta problemas adicionales. La objetivación del contenido de la reparación penal —que se diferencia de la reparación civil no sólo por el proceso de determinación de su contenido sino,

⁵⁴ HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 953.

⁵⁵ Cf. FERRAJOLI, *Justificación de la pena*.

además, por su forma de ejecución y control dependiente de un tribunal penal—, vuelve a objetivar el interés de la víctima individual. No se trata de una reparación que satisfaga a la víctima, sino de una "reparación" que sirva a los fines que el Estado atribuye a la pena. El contenido de esta reparación como tercera vía se asemeja más al contenido de la pena de multa, sólo que destinada a la víctima.

Si se tratara de una auténtica reparación, el único papel que el tribunal debería desempeñar en la determinación de la reparación sólo podría ser el de establecer límites para impedir pretensiones excesivas —que se pague \$ 10.000 por un daño de \$ 2.000— o de contenido ilegítimo —que se obligue al autor a trabajar gratuitamente en favor de la víctima en condiciones inhumanas—. Si la víctima está satisfecha y la reparación no es excesiva ni ilegítima, el tribunal no debería tener poder alguno para rechazarla en contra de los legítimos deseos de las partes. ROXIN agrega que la reparación no debe ser utilizada para delitos "graves" o para lesiones no reparables —como la amputación de un brazo—⁵⁶. En este contexto, es él o el legislador quien define objetiva-mente qué delito es "grave" o qué lesión no es reparable. La víctima concreta no juega papel alguno en la decisión acerca de la gravedad del delito o de la posibilidad de que el daño sea reparado. Una vez más, el autoritarismo del derecho penal ignora los intereses de la víctima.

El principal problema que plantean las cuestiones estudiadas consiste en la dificultad de que mecanismos orientados a la víctima, incorporados a un derecho penal orientado contra la víctima y a favor del Estado, puedan funcionar con un grado mínimo de coordinación. ¿Es posible incorporar estos institutos, contrarios a los principios configuradores del derecho penal estatal imperante en nuestros países, y hacerlos funcionar en el sentido para el que fueron previstos? ¿No parece poco probable que esto suceda y, en cambio, más probable que estos mecanismos se transformen y se adapten a los criterios rectores del modelo de justicia punitiva? Piénsese que estos mecanismos no sólo son opuestos a los criterios rectores que informan la justicia penal. Se debe tener en cuenta que algunos de ellos han sido propuestos por los abolicionistas y, en consecuencia, han sido pensados como alternativas a

⁵⁶ Cf. ROXIN, *La reparación en el derecho penal*.

la justicia penal, para operar fuera de ella. ¿No podría esta circunstancia dificultar su aplicación?

Se afirma que la propuesta político-criminal del derecho penal mínimo, programa desarrollado extensamente por FERRAJOLI⁵⁷, no ha tenido ninguna influencia significativa en el derecho positivo. Al mismo tiempo, se señala que los abolicionistas han tenido más éxito, a pesar del carácter radical de su posición, pues las nuevas transformaciones del derecho penal han adoptado, en cierta medida, alguna de sus propuestas —por ejemplo, la reparación⁵⁸—.

Sin embargo, parece dudoso que los abolicionistas estén de acuerdo con la “penalización” de sus soluciones compositivas o reparatorias, pues ellos no sólo cuestionan el carácter punitivo de la sanción penal. Los abolicionistas critican la justicia penal existente porque se trata de órganos burocráticos y especializados del Estado, extraños a la situación que pretenden resolver, que intervienen coactivamente, a través de procedimientos formalizados, para dar una respuesta punitiva conmi-nada por las leyes, independientemente de la voluntad de la víctima⁵⁹.

Mientras la justicia penal conserve ésas y otras características —su carácter binario; la redefinición del conflicto como un acto reconstruido exclusivamente según los criterios relevantes de la ley penal, aislado de toda relación y del contexto social en el que sucede; expropiación del sentido del conflicto; la selección arbitraria e irracional de los casos a ser resueltos por la administración de justicia penal— el abolicionismo continuará cumpliendo su vocación crítica y provocadora⁶⁰.

En conclusión, debemos tener en cuenta los peligros y problemas señalados para determinar si estamos en el camino correcto. En este

⁵⁷ Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*.

⁵⁸ Esta afirmación pertenece a Julio B. J. MAIER.

⁵⁹ Cf. BOVINO, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, ps. 261 y siguientes.

⁶⁰ Sobre las propuestas del abolicionismo penal, cf. CHRISTIE, *Los límites del dolor*; del mismo autor, *Los conflictos como pertenencia*; AA.VV., *Abolicionismo penal*; PAVARINI, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*; HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*; LARRAURI, *Abolicionismo del derecho penal: la propuesta del movimiento abolicionista*; BIANCHI, *Justice as Sanctuary*; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La abolición del sistema penal*.

marco, la evaluación del funcionamiento empírico de estas instituciones, la generación de nuevos mecanismos alternativos, el estudio de experiencias del derecho comparado y la crítica abolicionista pueden resultar extremadamente útiles para ayudarnos a determinar si los cambios producidos representan elementos positivos para la implementación de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, orientada principalmente a la satisfacción de los intereses de la víctima y, al mismo tiempo, a la protección de los derechos fundamentales del imputado.

Bibliografía

- AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- ABRAHAMSON, Shirley S., *Redefining Roles: The Victims' Rights Movement*, en "Utah Law Review", 1985, vol. 1985.
- ALAGIA, Alejandro, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", Buenos Aires, 1997, n° 1 y 2.
- ALAGIA, Alejandro, *El consentimiento en la dogmática penal*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999 / A.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BELOFF, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- BIANCHI, Herman, *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Ed. Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 1994.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 8.
- BOVINO, Alberto, *Delitos sexuales y justicia penal*, en AA.VV., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.
- BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en "Pena y Estado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, n° 2.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la diversión estadounidense. Un análisis comparativo*, en "La Ley", Buenos Aires, periódico del 28/2/97.
- BOVINO, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- BOVINO, Alberto, *Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el derecho federal de los Estados Unidos*, en "Pena y Estado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, n° 1.
- BOVINO, Alberto, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.
- BOVINO, Alberto, *Victim Participation in Criminal Procedure. A Comparative Analysis*, Nueva York, 1994, inédito.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- CÁRDENAS, Juan, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, en "Harvard Journal of Law and Public Policy", 1986, vol. 9.
- CÓRDOBA, Fernando, *La posición de la víctima*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- D'ÁLBORA, Francisco J., *Código procesal penal de la Nación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 7.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima. Hacia una revalorización del rol del ofendido*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1993, n° 9.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

- FERRAJOLI, Luigi, *Justificación de la pena*, conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho Penal realizado en Vaquerías, prov. de Córdoba (Argentina), los días 8 y 9 de septiembre de 1996.
- GITTler, Josephine, *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, en "Pepperdine Law Review", 1984, vol. 11.
- HENDERSON, Lynne N., *The Wrongs of Victim's Rights*, en "Stanford Law Review", 1985, vol. 37.
- HOUEd VEGA, Mario, *Suspensión del proceso a prueba*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- HULSMAN, Louk, y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- JOUTSEN, Matti, *Listening to the Victim: The Victim's Role in European Criminal Justice Systems*, en "The Wayne Law Review", 1987, vol. 34.
- LARRANDART, Lucila, *Control social, derecho penal y género*, en AA.VV., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.
- LARRAURI, Elena, *Abolicionismo del derecho penal: la propuesta del movimiento abolicionista*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1987, N° 3.
- LARRAURI, Elena, *Victimología*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- LENMAN, Bruce y PARKER, Geoffrey, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, en AA.VV., *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, Ed. Europa Publications, Londres, 1980.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, Ed. UCI, San José, 1998.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición.
- MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley penal tributaria. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- MALAMUD GOTI, Jaime, *Prólogo*, en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.
- MARTÍNEZ VENTURA, Jaime, *Beneficios penitenciarios de las personas privadas de libertad*, Ed. FESPAD, San Salvador, 2000.
- PAVARINI, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1990, N° 1.
- PAVARINI, Massimo, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991.
- PEERENBOOM, R. P., *The Victim in Chinese Criminal Theory and Practice: A Historical Survey*, en "Journal of Chinese Law", 1993, vol. 7.
- PERIS RIERA, Jaime M., *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en AA.VV., *Victim's Right and Legal Reform: International Perspectives*, Ed. Oñati IISL, Oñati, 1991.
- RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo, *La victimología*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- ROXIN, Claus, Conferencia sobre *La reparación en el derecho penal*, pronunciada en el "Seminario de Derecho Penal" realizado en Vaquerías, prov. de Córdoba, los días 8 y 9 de septiembre de 1996.
- ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- SMAUS, Gerlinda, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 7.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal de los derechos humanos*, en AA.VV., *Justicia para todos*, Ed. Fespap, San Salvador, 1997.
- VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *El discurso feminista y el poder punitivo*, en AA.VV., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.