

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

SAN JUAN 12,13 Y 14 DE SETIEMBRE DE 2019

COMISION 4;RELACION ENTRE LA VICTIMA Y EL MINISTERIO PUBLICO
FISCAL

PUNTO 4: COMO ESCUCHAR A LA VICTIMA?

AUTOR; GRACIELA ELIZABETH GOMEZ

DIRECIÓN . JUJUY 1126 .CORRIENTES

CORREO. "gracielaegomez@hotmail.com"

“El Estado debe a todos justicia, protección y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad, él se obliga a ponerlos a cubierta de toda injusticia o violencia. Que las víctimas al fin sean escuchadas, asistidas e informadas es un acto de estricta justicia”.

Sumario: Breve síntesis de la propuesta. 1.-El renacer de la víctima en el proceso penal. 2.-Un fallo que quedará en la historia. 3.-La nueva ley de víctimas N° 27372 y 27375 .4.-El MPF y la víctima .5.- Conclusiones.

BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Hoy día, la participación de la víctima en el proceso penal es un tema de creciente interés doctrinal, toda vez que existe la percepción de que hay una importante deuda con ella por parte el sistema penal. Por lo mismo resulta importante destacar que el tema escapa a la separación existente entre el derecho penal y el procesal penal sino que, en cambio, es un problema de todo el sistema penal en su conjunto, se trata pues de un problema de política criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto. Según los lineamientos de los TIDH, la política criminal de finales del siglo XX, expuso dos temas de principal preocupación en materia procesal penal: 1) la postulación del reingreso al *procedimiento acusatorio*, despojando al proceso penal de todos los elementos de corte inquisitivo que subsisten en él, y 2) el reconocimiento de los *derechos de la víctima del delito*. Sólo en el marco de un *procedimiento acusatorio*, rodeado de todas las *garantías judiciales* reconocidas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales que son parte de ella, puede asegurarse el respeto a los *derechos humanos*. Asimismo, para responder a la garantía de la tutela judicial efectiva “que también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima, consagrada en los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la CADH, es necesario, volver la mirada a la víctima del delito y asegurar su participación en la resolución del conflicto penal, del que fue protagonista. Los estados democráticos deben asegurar la participación de la víctima en el procedimiento penal. Después de largas décadas de oscurantismo y olvido, la víctima reaparece como una preocupación central de la política criminal de hoy. Es necesario definir políticamente, el nuevo perfil de la víctima, determinar si queremos verla como un “sujeto” del proceso con facultades “dispositivas”, o si queremos mantenerla en el rol de un simple “colaborador” del Ministerio Público.

Mirar a la víctima como sujeto, implica reconocer sus intereses concretos, darle la posibilidad de expresar su voluntad y de participar activamente en la resolución del conflicto penal, inclusive a través de mecanismos de composición. Esta concepción en la faz procesal, supone la revisión del límite material absoluto de la verdad real -heredada del sistema inquisitivo- para crear espacios de “consenso”. Desde el punto de vista material, implica el reconocimiento de un derecho penal de “alternativas”, abierto a la recepción de las necesidades de los verdaderos protagonistas del conflicto. En ese contexto, la pena estatal, como “última ratio”, se aplica sólo cuando las alternativas no funcionen. Reconocer a la víctima como un verdadero sujeto del sistema penal, implica la necesidad de buscar un nuevo paradigma procesal de base acusatoria, que la admita realmente como parte. En ese contexto, la víctima se sitúa frente al juez como ciudadano libre y activo, dotado del derecho de hacer valer sus razones, y de ser *escuchada* en el marco de un proceso dialéctico, basado en la relación entre sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante. Un sistema acusatorio que considere a la víctima como un verdadero sujeto del proceso, al mismo tiempo que debe permitir que ésta participe eficazmente en el momento crucial de la resolución de la causa, debe dar eficacia jurídica a su voluntad para acordar formas alternativas de solución de los conflictos penales, ya sea para evitar la pena, para simplificar o acelerar su imposición, o para pactar su extensión. El Estado democrático, debe reconocer a los individuos, la capacidad de solucionar sus conflictos, del modo más conveniente. En un derecho penal de alternativas, la intervención del Estado debe estar justificada; esa “justificación” opera como garantía del ciudadano, a la vez que sirve de límite a la intervención punitiva del Estado. Desde esta visión, la participación activa de la víctima rompe con las reglas absolutas de estatalidad y legalidad, para dar paso a la aplicación de criterios de oportunidad y de justicia restaurativa, a la vez que conduce a traspasar el límite absoluto de la verdad real, la que en determinados casos deberá ceder ante la verdad consensuada. El desarrollo de la victimo-dogmática, impulsó y dio fuerza política, a la visión de derecho penal como instancia de solución de conflictos sociales, antes que como expresión del poder estatal. En esta concepción, propia de un Estado democrático, la rígida estructura del

proceso penal, construido sobre la base del paradigma de la búsqueda de la verdad, para imponer una pena, debe ser concebido como última ratio. El regreso a la composición y la concepción del derecho penal, como instancia de solución de conflictos sociales, antes que como reacción del poder estatal, se manifiestan hoy como tendencias universalmente admitidas. Estas tendencias, recepcionadas en nuestro sistema constitucional, reconocen que todo conflicto penal, encuentra su génesis, en un conflicto social a resolver. Ese conflicto social, tiene como protagonistas reales a quien delinque (agresor u ofensor) y a quien soporta la agresión u ofensa, por ser el portador real del interés o bien jurídico que la norma protege. Estas relaciones humanas se establecen aún en los delitos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, en los que por su naturaleza es más difícil la determinación particular de las víctimas. Esta nueva visión del proceso, es incompatible con el procedimiento mixto. Ella sólo es viable dentro del marco de un procedimiento acusatorio, en el que los derechos de las partes no sean avasallados por los vestigios inquisitivos que subsisten en el paradigma de vigencia mayoritaria en el territorio argentino. Sin dudas estamos siendo protagonistas de un nuevo cambio de paradigma, llega la hora de escuchar a la víctima.

1.-EL RENACER DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL:

Siempre se ha estudiado y analizado unilateralmente al delito, esto es desde el punto de vista del delincuente y se ha dejado de lado la personalidad de la víctima, históricamente se ha estudiado al autor del delito, quién es, su accionar delictivo, su peligrosidad pero la víctima del delito no ha sido considerada, ha sido objeto de marginación y ocultamiento, recién a mediados del siglo pasado (1940) empezó a desarrollarse un interés más claro sobre la víctima, ella que con su denuncia es parte esencial en la reacción social institucional, ella que permite el conocimiento del delito, del delincuente y fundamentalmente con su denuncia evita nuevas víctimas. Esta reacción social es aún ignorada en su valor intrínseco por las instituciones, especialmente la administración de justicia, que considera a la misma sólo como un testigo que frecuentemente la vuelve a victimizar. La víctima es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del delincuente que transgrede las leyes de su sociedad y

cultura. De este modo la víctima está íntimamente vinculada al concepto de consecuencias del delito, que se refiere a los hechos que resulten de la conducta antisocial, principalmente el daño, su extensión y el peligro causado individual y socialmente, ella sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión, toda victimización produce una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectivo, el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia y a su comunidad social y cultural, ella se siente vulnerable y esto provoca sentimientos de angustia, desconfianza, inseguridad individual y social, el delito crea una verdadera situación de stress porque significa un daño y un peligro, la sensación de inseguridad se acentúa porque no recibe la información, atención y respuesta adecuada a su grave situación individual, familiar y social, esa inseguridad se presenta en dos aspectos; la desprotección institucional y la impunidad del delincuente. Existen pues un antes y después en la vida de la víctima. pero podemos afirmar que progresivamente se está avanzando en las consideraciones a las víctimas desde diferentes disciplinas, teorías y pensamientos, hoy se propone como conveniente, ampliar protagonismo de la víctima en el aspecto sustancial, acordándole alguna posibilidad de condicionar o determinar la solución final del caso penal, lo que, desde otro punto de vista, importará modificar algunos principios que rigen la persecución penal (v. gr., legalidad) y restringir atribuciones de sus responsables oficiales (el Ministerio Público Fiscal). Para ello, se piensa en permitir a la víctima de ciertos delitos de acción pública, el ejercicio de facultades que incidan sobre la persecución penal (similares a las que se le reconocen en los delitos de acción privada) acordándole nuevo valor a la libre expresión de su voluntad. Se propone en tal sentido, que la reparación (que no siempre tendrá un contenido estrictamente civilista, sino que podría hasta ser simbólica –v. gr., disculpa aceptada–) del daño causado en delitos que afecten bienes jurídicos disponibles, de contenido patrimonial o de naturaleza culposa, pueda extinguir la acción penal. El mismo efecto se pretende para la retractación de la instancia privada en los delitos que dependen de ella, y también se proyecta –como alternativa– autorizar la conversión de la acción pública en acción privada, en aquellos casos y bajo ciertas condiciones. Estas propuestas –inspiradas en el reconocimiento del

derecho de defensa en juicio (art. 18 CN)– responden, por un lado, a la idea de hacer más efectivo el derecho a la tutela jurídica de las personas (la víctima), que es de nivel constitucional (art. 25, CADH; art. 75 inciso 22, CN). Por otro, llevan implícita la aceptación de que el derecho penal puede cumplir otra función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría, si no en la totalidad, de los casos penales. Pero debe quedar claro que si la víctima quiere, puede procurar la imposición de una pena para el autor, constituyéndose en querellante (con los alcances que se fijen) y conjuntamente puede reclamar la reparación del daño que ha sufrido, ejercitando en el proceso penal o en otro civil independiente la acción resarcitoria. Pero si encuentra que la mejor solución para su interés lo constituye la reparación, puede aceptarla y consentir la extinción de la acción penal emergente del delito que ha sufrido. No se pretende imponerle solución alguna; se propone dejar libradas estas opciones a la autonomía de su voluntad. Ampliación del concepto. Hoy se procura ampliar el concepto de víctima en relación a su sentido tradicional (el ofendido por el delito), buscando captar los llamados bienes o intereses jurídicos colectivos (v. gr., derechos humanos y del consumidor; protección del medio ambiente, etcétera), permitiéndose que actúen como tales, en coordinación con el M.P. Fiscal, aquellas asociaciones intermedias cuyo objetivo específico sea la defensa de ese bien o interés. El énfasis de esta ponencia está puesto entonces en la capacidad real de los poderes judiciales de incorporar la perspectiva y los derechos de las víctimas escuchando a las mismas en el trámite de los procesos judiciales.

2.- UN FALLO QUE QUEDARÀ EN LA HISTORIA: un antes y un después:

La reciente decisión judicial por la cual la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió no permitir que el responsable de la conocida masacre de Flores sea puesto en libertad trajo un cambio de aire en la ciudadanía, cada vez más atenta a la tarea de los jueces. El conocido caso de Matías Bagnato ha venido ocupando la atención de los medios de comunicación y ha suscitado la adhesión social de una comunidad que cada

vez se identifica con mayor frecuencia con quien sufre las consecuencias del delito. En este caso, el homicidio de su padre, madre y hermanos cuando el condenado a prisión perpetua por ese crimen incendió su casa. Matías salvó su vida de milagro al lograr saltar por una ventana. Tenía apenas 16 años. A 24 años de ocurrida esa tragedia, Matías es la cara de muchas víctimas que día a día recorren nuestros tribunales de justicia tras un objetivo común: ser escuchadas. Matías lo logró cuando, el 12 de abril de 2018, los jueces Niño, García y Bruzzonelo *escucharon en la audiencia que tenía por objeto resolver un pedido de libertad del condenado por aquel delito*. La decisión que tomaron los jueces es muy importante para nuestra comunidad y trasciende su caso particular. Es la primera vez que una instancia judicial extraordinaria como la Cámara Nacional de Casación Penal escucha a la víctima de un delito grave en el marco del proceso de ejecución de la pena. Esta es la etapa donde se debate todo lo relativo al cumplimiento de la sanción impuesta al condenado, como su posible libertad condicional o sus salidas transitorias de manera anticipada al cumplimiento total de la pena. La víctima siempre fue ignorada en esa instancia, pues la letra fría de la ley establece que no es "parte" en ese proceso. Sin embargo, con fundamento en la nueva ley de víctimas N° 27.372 (BO 26/07/2017), los jueces tomaron la decisión de *escuchar a Matías en una audiencia pública*. No solo eso, sino que permitieron que también sus abogados tuvieran unos minutos para aportar su visión jurídica del caso y se le dio valor a una prueba que el propio Matías había incorporado para el debate jurídico. Esto último tal vez sea lo más trascendente de esta importante sentencia. En una sociedad siempre al borde de la desintegración social, donde las ideologías suelen condicionar la interpretación de la ley, las víctimas tienen derecho a ser escuchadas antes de que los jueces tomen decisiones claves que las afecten. Las víctimas nos sacan de nuestra zona de comodidad y nos interpelan con sus reclamos de justicia. Escucharlas nos devuelve el sentido común que la burocracia judicial y los vericuetos legales de un sistema legal complejo suelen hacernos perder. Nadie elige ser víctima de un delito y nada puede devolver a las víctimas aquello que han perdido. Ningún juez podrá volver a poner las cosas en su lugar. Pero al escucharlas en el proceso penal, se les está devolviendo por parte del Estado aquella dignidad que el

delito les arrebató ilegítimamente. Los jueces en el caso de Matías sin dudas parecen haber inaugurado un nuevo tiempo, sin olvidarnos también del fallo 258/18.4 “Junco Oscar Omar s/recurso de casación”.

3.- LA NUEVA LEY DE DERECHOS Y GARANTIAS DE LAS PERSONAS VICTIMAS DE DELITOS: 27372 Y LA 27375 (BO 26/07/2017) Esta ley crea un Observatorio de Víctimas de Delitos, que les otorga mayor protagonismo a las víctimas que podrán monitorear los procesos y hacer el seguimiento y análisis de los casos y el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID) que tendrá un representante en cada uno de los 88 Centros de Acceso a Justicia (CAJ) de la Red federal del Ministerio con presencia en las 23 provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La CENAVID coordinará con los distintos organismos del Estado el asesoramiento jurídico, psicológico y social para la asistencia a las víctimas de delitos federales. Por ello hay que advertir que en principio la ley aplica sólo para los fueros federales y nacionales. A nivel de la productividad penal, la justicia nacional y federal en su conjunto representan el 15% de los privados de libertad del país. Es decir, hasta que las provincias la hagan propia o hasta que dicten su propia ley, lo que establece esta ley será aplicable en una porción pequeña de los procesos penales. Pero además hay que aclarar que el fuero penal federal tiene un porcentaje de delitos de víctimas difusas o “sin víctimas” concretas muy superior a los fueros ordinarios. En efecto se encarga principalmente de causas de narcotráfico (no de los delitos comunes que comete un narcotraficante: homicidios, robos, o extorsiones, sino del delito general de narcotráfico), de delitos de corrupción que involucran a funcionarios públicos nacionales, falsificación de documentos públicos, y luego otros delitos “con víctima” individualizable: violencia de las fuerzas de seguridad federales, trata de personas, secuestros extorsivos, etc. No está de más, entonces, aclarar que la ley no introduce ni resuelve el problema de la víctima en el proceso penal “en general”, puesto que la práctica del proceso penal se resuelve en los circuitos provinciales. Sólo la Provincia de Buenos Aires genera más de la mitad del encarcelamiento de todo el país. Por eso, la verdadera transformación sustantiva de los procesos penales, se juega en las

provincias y no en el sistema federal. En definitiva, los objetivos declarados de la ley son reconocer y garantizar en el fuero federal los derechos de las víctimas, garantizando su asesoramiento, asistencia y representación; establecer y coordinar los mecanismos, acciones y medidas necesarios para garantizar y permitir el efectivo ejercicio de esos derechos; lograr una investigación eficaz y dictar recomendaciones y protocolos para aquellos organismos que intervengan en procedimientos relacionados con víctimas de delitos. Puntualmente, establece que los derechos de las víctimas son, entre otros, recibir un trato digno y respetuoso, que se reciba su denuncia sin dilaciones, a ser informada, a recibir medidas de protección y a ser escuchada; mereciendo una especial tutela aquellas víctimas que la ley define como vulnerables: aquellas menores de edad o mayores de setenta años, o aquellas que tienen una relación que implica algún tipo de dependencia o subordinación con el presunto autor. Además, precisa que la actuación de las autoridades debe responder a los principios de rápida intervención, al enfoque diferencial en función de la clase de víctima que se trate y a evitar la revictimización, como así también obliga a adoptar medidas en ciertos casos (delitos contra la vida, la integridad sexual o cometidos en un contexto de violencia de género, entre otros) en que se presume la existencia de peligro para la víctima. También establece que las víctimas tienen el derecho a contar con un patrocinio gratuito para ejercer sus derechos y querellar si ese es su deseo. Para cumplir este objetivo la ley crea la figura del *Defensor Público de Víctimas*, en el seno del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Este aspecto quizás sea uno de los más discutibles en virtud de que existe todo un debate en torno a si la función de la Defensa Pública debe limitarse sólo a la defensa de los intereses de sus asistidos en el marco del proceso penal y eventualmente querellar sólo cuando sus defendidos sean víctimas de un delito vinculado o por el contrario si la Defensa Pública también puede asumir funciones de asesoramiento y patrocinio a víctimas. Este tema fue el que más confusión me causó, ya que el representante natural de las víctimas es el MPF, sin embargo la ineficacia del mismo en el abordaje de esta problemática no se resolverá, entonces, mediante de la cobertura indiscriminada por parte de las asesorías jurídicas de víctimas. Pero la solución tampoco vendrá a través de

la reconversión de las defensas públicas en defensorías de víctimas, tal como algunos países han venido implementando. No caben dudas de que existe una demanda válida por parte de la ciudadanía que los gobiernos democráticos no pueden desoír ni dejar de atender. No obstante, la creación de defensores públicos especiales para las víctimas es una decisión desacertada en varios niveles de análisis. Por un lado, hablamos de administración de recursos escasos, que en este caso ya existen en las fiscalías pero que están siendo mal utilizados. Sin embargo, pese a que el Estado reconoce esa ineficacia en su propio seno, no decide corregir los errores y rediseñar la forma en que los Ministerios Públicos están trabajando, sino duplicar recursos creando un cuerpo de “abogados de víctimas” en forma paralela. Queda claro, que la brecha entre fiscales y víctimas es una seria dificultad. A diferencia de otras temáticas, en este caso no ha surgido todavía un modelo sostenido en el tiempo que pueda mostrar resultados exitosos y que permita ser utilizado de ejemplo. Eso evidencia la gravedad del problema y la necesidad de diseñar nuevos enfoques y variantes que sean superadores de lo intentado hasta el momento. Sin embargo, sí existen propuestas concretas, algunas de las cuales ya han sido llevadas a la práctica en algunos países y que pueden servir de base para estructurar una nueva relación entre los Ministerios Públicos y las víctimas. Una de las experiencias en donde la cuestión fue abordada de manera integral ha sido en Guatemala. Si bien todavía es muy pronto para realizar una calificación concluyente de este proceso, lo cierto es que el lugar que el Ministerio Público guatemalteco le ha otorgado a la víctima es digno de ser estudiado con atención. Una primera aproximación al problema permite enunciar las siguientes ideas centrales para esta nueva etapa en la vinculación entre los Ministerios Públicos y las víctimas: a) Transversalización de la política de víctimas: Uno de los problemas que trajo aparejada la creación de Oficinas de Atención a las Víctimas al interior de los Ministerios Públicos fue que el resto de los órganos fiscales delegaron en ella gran parte de las cuestiones vinculadas con la atención a la víctima. Esa tendencia debe ser corregida, convirtiendo a esa oficina en un nexo intermediario entre la víctima y el Ministerio Público en su conjunto. Por lo tanto, todas las áreas de las fiscalías deben internalizar como propia la tarea de asumir al problema

de la víctima en su trabajo cotidiano. En este sentido, el establecimiento de protocolos que estandaricen criterios mínimos de actuación facilitaría la efectivización de los derechos de los afectados y evitaría su revictimización.

b) Capacitación, evaluación de desempeño y sistema de incentivos: En vez de desligar a los fiscales del problema de las víctimas, debe impulsarse un cambio de prácticas para que esa función comience a ser asumida. La capacitación especializada es una excelente oportunidad para revisar esos hábitos. Por otra parte, la realización de encuestas a víctimas y testigos es un insumo básico para conocer la efectividad del trabajo realizado y de ese modo reorientar la política institucional. Bien realizada, esa evaluación puede formar parte a su vez de un sistema de incentivos que lleve a los fiscales a tomarse en serio el interés de la víctima. Asimismo, se debería facilitar un sistema de denuncias que permitan detectar los tratos inadecuados. c)

Opinión de la víctima: Uno de los corolarios de comprender al fiscal como un gestor del interés de la víctima es que la opinión de ésta sea una guía esencial, aunque no exclusiva, para la tarea del fiscal, incluso cuando no sea legalmente vinculante. No hay que temerle a la víctima: muchas veces su interés será el de resolver el conflicto a través de un medio alternativo. Cuando eso sucede, la acción penal pública pierde legitimidad y el fiscal tendrá que tener algún fundamento particular para continuar con ella. Por el contrario, cuando es el fiscal quien quiere desistir de la acción y la víctima tiene interés en seguir adelante con la misma, debe otorgarse una amplia facultad de revisión al ofendido y permitirse en todos los casos la conversión de la acción penal pública en privada, además de ofrecer excepcionalmente, en casos y por causas que así lo ameriten, un patrocinio jurídico gratuito a cargo de los Ministerios de Justicia u otra instancia del Poder Ejecutivo. d)

Otras aristas a trabajar pasan por la claridad y oportunidad en la información que se le brinda a la víctima, la interdisciplinariedad y la especialización en la atención de víctimas vulnerables. La solución del conflicto como eje de la cuestión Como hemos visto, la cuestión excede la necesidad de protección o asistencia a la víctima. Si admitimos que el objetivo del proceso penal es la solución del conflicto primario –sin cuya existencia la intervención estatal no sería admisible-, una relación adecuada entre fiscalías y víctimas será aquella que se oriente al cumplimiento de ese fin. De allí la necesidad de

que los fiscales centren su actuación en la satisfacción de los intereses de la víctima, el cual requerirá, en muchos casos, una respuesta distinta a la punitiva. En ese sentido, la duplicación de organismos estatales no será una solución real al problema de las víctimas si no se modifica la lógica de respuestas unívocas orientadas al castigo antes que a la resolución de los conflictos. Por lo tanto, la mejor forma de satisfacer los legítimos intereses y derechos de las víctimas consiste en reorientar la actuación del Ministerio Público hacia mecanismos alternativos de resolución de conflictos cuando el caso así lo permita. Dejar de pensar a las salidas alternativas como una herramienta de descongestión y pasar a concebirlas como un medio esencial para brindar respuestas de mayor calidad es uno de los desafíos más grandes que nuestros sistemas penales deberán afrontar en los próximos años. La ley también dispone que durante la etapa de ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión ante el juez de ejecución cuando se sustancie cualquier planteo relativo a la libertad del imputado. La figura de la víctima que está en la mirada de la concepción de esta ley es pensada en función de la actitud vindicativa: prevé la intervención de la víctima en el proceso penal, aun sin constituirse en querellante, para perseguir o impulsar medidas y sanciones más gravosas; pero omite legislar sobre la posible intervención de la víctima en clave no punitiva. Por ejemplo, no se prevé la conciliación o reparación integral entre acusado y víctima, no se reglamenta, por tanto la extinción de la acción penal por estas causas, lo que provocará que algunos jueces, haciendo una lectura lineal de la ley, no apliquen esa causal de extinción de la acción penal. O dicho de otro modo, aun cuando la víctima y el imputado deciden poner fin a su conflicto de un modo compositivo y no punitivo algunos jueces podrán hacer una interpretación lineal de la ley por sobre la voluntad de la propia víctima y continuar con la persecución. Es decir, hay víctimas a las que se les da voz y hay víctimas silenciadas, o mejor aún, a la víctima se le da voz para perseguir, pero no para perdonar. Sin dudas que es una ley que trabaja sobre el sistema federal, el desafío es que en breve todas las provincias se adhieran para tener un alcance integral ya que esta ley amplifica el encogido camino que debió recorrer el ofendido por el delito. Este, a la luz del arco del tiempo, ha observado posiciones pendulares, ya que, de ser el único

perseguidor durante la génesis del proceso penal, fue excluido decididamente durante largos siglos, con el nacimiento de los Estados que ha expropiado su conflicto. Básicamente, la nueva ley acuña una técnica expansiva que puede resumirse en los siguientes ejes: tutela judicial de la víctima en el proceso penal; principios rectores de su actuación en este; calidad y consideración de qué se entiende por víctima; medidas especiales de protección para ella; creación de un órgano de aplicación de la ley con niveles de atención a las víctimas y funcionamiento durante las 24 horas; asistencia y representación gratuita; notificación de actos procesales que importen desistimiento, archivo o suspensión de los procedimientos; medidas que modifiquen o atenúen cautelas reales o personales; resoluciones que importen una culminación anormal del proceso, fuga del imputado y libertades transitorias emergentes del régimen progresivo con variaciones sustanciales de las condiciones de encierro.

Sin dudas que la ley, se afilia a un enfoque que tiende a ampliar el reconocimiento del derecho de la víctima a ser escuchada, asistir a las audiencias, ser legitimada activamente y subrogar, en algunas oportunidades, la inacción estatal ante la posición taciturna del perseguidor oficial, así como también de dotarla de asistencia jurídica gratuita con miras a una intervención más decidida. La víctima puede, en caso de que desee adentrarse de manera activa en el progreso de la acción, pretender la imposición de un castigo. Ello es el reverso del derecho de tutela judicial efectiva que reconoce su simiente en la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, recogida, a su vez, por otros ordenamientos supranacionales y que se unen, de manera simbiótica, con el derecho jurisprudencial plasmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por nuestra Corte Suprema de Justicia. Es cierto que el proceso penal se estructura, porque así lo indican la Constitución Nacional, los pactos internacionales y las normas reglamentarias, partiendo del imputado y de sus derechos. También no dudó en proclamar que el derecho de defensa, que es sagrado, abarca la posibilidad de audiencia, la de ofrecer la prueba que desvirtúe la imputación, que se corroboren las manifestaciones de inocencia, la posibilidad de controlar la prueba tanto de cargo como de

descargo e inspeccionar los actos procesales que autoriza la ley de rito, aun cuando sea prudente señalar que, por una lógica transitiva de las relaciones procesales, no todo reclamo del ofendido debe ser necesariamente la imposición del castigo, quedando el límite de la actuación de la víctima, en todas las instancias que predica la ley, en la intervención del juez, en tanto que una de sus funciones es justamente poner fines diversos en las peticiones de las partes para equilibrar la tutela de derechos. Finalmente, estimo que los paradigmas han cambiado con esta ley pero necesariamente debe ser abastecido con recursos presupuestarios, edilicios y humanos idóneos para cumplir debidamente la tarea que se le ha encomendado .

4.-EL MINISTERIO PUBLICO FISCAL Y LA VICTIMA

No podemos dejar de señalar que el MPF ha reforzado también su política activa de elaborar instrumentos, resoluciones y demás recomendaciones para fortalecer los derechos de quienes han sido damnificadas/ os por la comisión de delitos, entre las que se destacan las Resoluciones PGN N° 174/08 y N° 58/09 mediante las que se adhiere a las prácticas de la Guía de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, y las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, respectivamente. La Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, viene a receptar históricos reclamos de diversos sectores de la sociedad para ubicar a las víctimas como sujetos de derechos en el marco de las investigaciones penales y, entre otros propósitos, lograr una justicia receptiva a sus necesidades y pretensiones. Resulta importante advertir la relevancia de la ley en el marco del arribo de la reforma procesal penal que implicará el paso de un sistema mixto, predominantemente inquisitivo en la etapa de instrucción, a otro de neto corte acusatorio adversarial, pues, en este sistema la víctima adquiere un rol protagónico. En ese sentido, la ley fija en su art. 3 los objetivos que se propone alcanzar ratificando un rol procesal de la víctima abandonando la concepción tradicional que la ubicaba como una mera fuente de información para la obtención y preparación del material probatorio. Por el contrario, sus disposiciones se encauzan en el propósito de adjudicarles a las víctimas un

papel protagónico. Así es como la ley reconoce una mayor participación en las decisiones y garantiza un efectivo acceso a diversos derechos como el asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad, y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Nacional es parte, y demás instrumentos legales internacionales ratificados por leyes nacionales, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales (conf. art. 3 inc. a). En esa misma línea, se establece que se deberán adoptar y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados (conf. art. 3 inc. b). De tal manera, entonces, los órganos judiciales deberán asegurar a las víctimas dos extremos: por un lado, el efectivo ejercicio de sus derechos para promover el acceso a la justicia y, por el otro, garantizar el derecho a la verdad y la sanción de los eventuales responsables. A la vez, la ley también se propone como objetivo que las autoridades desarrollen dispositivos consistentes en recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a su cargo y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito (conf. art. 3 inc. c). De esa forma, se impone la necesidad de evitar improvisaciones, profesionalizar y profundizar la atención a las víctimas por parte de todas las autoridades competentes. Por otra parte, la ley establece tres principios rectores: rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (conf. art. 4), que deberán guiar la actuación de las diversas autoridades y personas que interactúen con las víctimas de delitos. En ese sentido, es importante destacar que la ley refiere a toda autoridad del servicio de administración de justicia que tenga contacto con alguna víctima de delitos, vale decir, que los principios rectores son transversales a todos los órganos –entre ellos, por supuesto al Ministerio Público Fiscal– y durante todo el procedimiento penal. En relación a la rápida intervención, la ley dispone que, por un lado, las diversas medidas de ayuda, atención,

asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y, por el otro, que si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia. Esta obligación supone que durante el proceso penal deberá priorizarse de manera expeditiva la adopción de todas aquellas diligencias necesarias para garantizar su atención integral. Por su parte, la ley también ordena que dichas medidas deben realizarse de acuerdo a un enfoque diferencial, lo que supone que deben adoptarse de acuerdo al grado de vulnerabilidad de las víctimas. Es así que la norma considera que cuando la víctima presente situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad o cualquier otra causa análoga, se deberá dispensar por parte de las autoridades una atención especializada que permita atenuar las consecuencias nocivas del hecho criminal. Según la norma, la situación de vulnerabilidad se presumirá frente a dos supuestos: a) si la víctima fuere menor de edad o mayor de 70 años, o se tratare de una persona con discapacidad; b) si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito (conf. art. 6). El enfoque diferencial al que alude la ley es coherente con la concepción de integralidad de los cuidados en salud. La visión de integralidad implica una forma particular de intervención. Supone pensar la salud como una cuestión de ciudadanía al incorporar las dimensiones del respeto por la singularidad de los sujetos y las comunidades a las cuales pertenecen. En este marco toma sentido la categoría de dignidad en la atención y se jerarquizan los espacios que las propias personas relevan como centrales en su devenir histórico y social. Las formas de intervención, entonces, se adecúan a los sujetos que en este contexto pueden formular sus elecciones y convertirse, por tanto, en protagonistas de los procesos. Desde hace al menos dos décadas, el plexo normativo referido a poblaciones específicas tal como los niños y adolescentes, las personas con discapacidad y/o problemas de salud mental, las personas mayores, etc., enfatiza los procesos de toma de consentimiento informado, la provisión de apoyos para el ejercicio de autonomía invirtiendo tangencialmente un paradigma donde el Estado reemplazaba la toma de decisiones de las

personas/interesados/víctimas, por otro que brinda orientación, acompañamiento y apoyos. El enfoque diferencial supone que deberá tenerse en cuenta, entre otras causas: la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras situaciones análogas. Así, se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización, siendo que la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Es importante recordar que las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad consideran en este estado a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, dicho instrumento destaca que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Respecto de la edad, entonces, es necesario precisar que, de acuerdo a los lineamientos de las Reglas de Brasilia y nuestro ordenamiento jurídico se considera menor hasta los 18 años y la normativa supranacional y la nuestra establece tres principios fundamentales; interés superior del niño, autonomía progresiva y el derecho a ser oídos por lo que en todo proceso penal deben ser oídos sobre sus pretensiones. En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) basa el reconocimiento de derechos en la infancia en estos tres principios fundamentales. Así es como se reconoce el derecho de toda persona menor de edad a ser oída en cualquier proceso judicial que le concierne como a participar en las decisiones sobre su persona. Esta prerrogativa coincide con los principios emanados de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 que, en su art. 3° dispone el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los

ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”, y con la propia Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12). La Observación General N° 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño expresó que “...El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente...el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan...”. Por otra parte, el envejecimiento también constituye una causa de vulnerabilidad, así, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define como “persona mayor” a aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años. En su art. 31 garantiza el derecho al acceso a la justicia de toda persona mayor disponiendo que tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En ese sentido, los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. De igual forma, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

expresa que la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor. Las personas con discapacidad también constituyen un grupo en especial situación de vulnerabilidad. Según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se considera persona con discapacidad a aquélla posee deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En este caso, las Reglas de Brasilia ordenan tomar todas aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos disponiendo de todos los recursos que garanticen la seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación. Los pueblos indígenas también pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad al ejercer sus derechos ante el sistema de justicia. Frente a ello, las Reglas de Brasilia disponen que se deberán promover las condiciones destinadas a posibilitar que puedan ejercitar con plenitud sus derechos, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas debiéndose asegurar que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.. A la vez, el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. De igual modo, las personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar de su hogar o de su lugar de residencia habitual también pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad. En el mismo sentido, las Reglas de Brasilia también destacan a la pobreza, el género, la pertenencia a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, o la privación de la libertad ordenada por autoridad pública competente, como condiciones de vulnerabilidad que pueden generar dificultades para ejercitar sus derechos con plenitud ante el sistema de justicia. El último de los principios rectores que establece la ley refiere a la obligación de no revictimización, Así, dispone que la víctima no debe ser tratada como responsable del hecho sufrido y se deberán limitar las molestias que el proceso pueda ocasionarle a las estrictamente imprescindibles. Este

principio, entonces, supone que el perjuicio ocasionado por el delito no debe acrecentarse por el propio sistema de administración de justicia por lo que toda autoridad –incluido el Ministerio Público Fiscal– debe tener como horizonte de su actuación evitar dispensar cualquier situación o acto que coloque a la víctima frente a molestias o daños innecesarios. Del mismo modo, se deben evitar convocatorias recurrentes y contactos infundados con el imputado (art. 10). La ley establece una serie de medidas que se podrán adoptar con propósito de evitar situaciones revictimizantes, tales como: a) toma de la declaración de la víctima en su domicilio o en una dependencia especialmente adoptada a tal fin, b) el acompañamiento de un profesional en aquellos actos en que participe la víctima, c) se podrá tomar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público (art. 10).

Concepto de víctima en la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos: considera víctima a) la persona ofendida directamente por el delito, y b) cónyuge, conviviente, padre, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos (conf. art. 2). El primer supuesto refiere a la llamada víctima directa, o sea, el sujeto pasivo titular del bien jurídico atentado por el delito en cuestión; mientras que el segundo apartado comprende a las víctimas indirectas que son quienes sin ser las damnificadas directas, también han sufrido las consecuencias del delito que, habitualmente, engloba al grupo referencial de la primera. En definitiva, víctima es cualquier persona que ha sufrido menoscabo en sus derechos como consecuencia de un delito”.

5) CONCLUSIONES

Cuando se habla públicamente de “acordarse de las víctimas” o “tener en cuenta a las víctimas” en el juicio penal hoy se habla en clave “punitivista”. Así fue pensada esta ley. Sin embargo, algunos movimientos están nuevamente empezando a disputar este sentido de lo que significa “la víctima” en el proceso penal. La iniciativa que entiendo más relevante es la aparición de la organización “Víctimas por la Paz”, al reunir e intentar

organizar a una serie de víctimas de crímenes o delitos que afirman que su problema no se soluciona con un castigo duro, si no que intentan nuevamente reconstruirse a partir del perdón, de la compensación, de tender lazos afectivos, de comprender la realidad propia y del otro más allá del hecho del cual se ha sido víctima. Pero lo cierto es que estamos siendo protagonistas de un cambio fundamental de paradigmas, pues la paz jurídica quebrada por el delito solo será verdaderamente restablecida mediante la aplicación de una justicia integradora que valore no solo la particularidad, sino la universalidad, el “todo” de la relación jurídica penal, que la justicia sea realizada no solo con el autor, sino también con la víctima, dándole a “cada uno lo suyo”. Por otra parte no se puede soslayar y decir que es la primera vez que este tema de creciente interés doctrinal, esté en un plano sobresaliente de la reflexión penal, porque la víctima estuvo allí en sus comienzos, en la génesis del proceso penal, cuando reinaba la composición como forma de solución de conflictos y el sistema acusatorio privado como forma principal de la persecución penal.