



# PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA

---

## "EN BÚSQUEDA DE UNA MIRADA TRANSVERSAL:

## **DERECHO PENAL, VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES Y PROCESOS RESTAURATIVOS<sup>II</sup>**

## **TRABAJO FINAL**

---

Alejandro OLIVERA IRIARTE

*«Sólo hay dos emociones: el amor y el miedo. Todas las emociones positivas nacen del amor y todas las emociones negativas, del miedo. Del amor fluyen la felicidad, la paz y la alegría. Del miedo nacen la rabia, el odio, la ansiedad y la culpa. Porque no podemos sentir estas dos emociones a la vez, en el mismo instante. Son opuestas. Si tenemos miedo, no nos encontramos en el lugar del amor. Cuando estamos en un lugar de amor, no podemos estar en un lugar de miedo.»*

Elisabeth Kübler-Ross

## **SUMARIO**

Este trabajo es presentado en la Escuela Judicial de Barcelona, España, para obtener el título correspondiente al Programa de Formación Especializada para Operadores Jurídicos Iberoamericanos (7<sup>a</sup>ma. Promoción). Su objetivo radica en interpelar al lector acerca de si es posible un modelo de justicia restaurativa en supuestos de víctimas vulnerables. A tal fin, se abordan los problemas penales subyacentes, los que se contrastan con argumentos propios del sentido común. Finalmente, y a través de la utilización de procesos restaurativos complementarios al sistema penal, se propone pensar en la posibilidad de una relación transversal que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de las partes involucradas en el conflicto, evitando su privatización. En búsqueda de una mirada transversal, intenta tender un puente entre la dogmática penal y las necesidades de las víctimas. De este modo, se introduce la cuestión arquitectónica y se demuestra como sirve de operador de cambio y curación para víctimas y victimarios.

## **PALABRAS CLAVE**

Justicia Restaurativa, Víctimas Especialmente Vulnerables, Derecho penal.-

## **ABSTRACT**

This work is presented at the Judicial School of Barcelona, Spain, to obtain the corresponding title to the Specialized Training Program for Ibero-American Legal Operators (7th. Promotion). Its objective is to question the reader about whether a restorative justice model is possible in cases of vulnerable victims. To this end, the underlying criminal problems are addressed, which are contrasted with common sense arguments. Finally, and through the use of complementary restorative processes to the penal system, it is proposed to think about the possibility of a transversal relationship that is capable of responding to the needs of the parties involved in the conflict, avoiding its privatization. In search of a transversal view, he tries to bridge the criminal dogmatics and the needs of the victims. In this way, the architectural question is introduced and it is demonstrated how it serves as an operator of change and healing for victims and victimizers.

## **KEY WORDS**

Restorative Justice, Especially Vulnerable Victims, Criminal Law.-

## AGRADECIMIENTOS.-

Todo este esfuerzo sólo es posible gracias al acompañamiento eterno de Macarena y Paz. Solo ellas saben el tiempo que les he quitado.

A mis padres y a Félix, Francisco y Amalia.

A Susana M. Echevarría, Marín Irurzun, María R. Servini y Claudia Levín, quiénes han apoyado siempre todas y cada una de mis iniciativas.

A mis compañeros y compañeras de trabajo: Sofía Amaya, Diego Cimino, Judith Ambrune, Dolores Ferrari, Ana González, Susana Ramos, Sabrina Merino, Guadalupe Quetto, Daniel Valladares, Matías Moreno Vera, Claudia Zadorollne, Marcelo Rimbano, Evangelina Veleda, Clara Virasoro, Rodolfo Acuña y Agustín Cortes Vela.

A la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España. Muy especialmente a Jorge Jiménez y a Clara Carulla Terricabras por la excelencia académica brindada y por su don de gente.

A mis queridísimos compañeros jueces, juezas y funcionarios Iberoamericanos, quiénes depositaron su confianza en mi persona y con quiénes hemos forjado una entrañable amistad en las circunstancias más adversas.

A mis extraordinarios compañeros jueces y juezas de la 70ª Promoción de la Escuela Judicial de Barcelona, a quiénes llevaré siempre en el corazón, sin importar el tiempo que pase.-

---

# INDICE

---

INTRODUCCIÓN.....	1.-
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA VÍCTIMA.....	3.-
II. LOS DCHOS. DE LAS VÍCTIMAS EN EL PLANO INTERNACIONAL.....	8.-
A). ÁMBITO EUROPEO.....	8.-
B). CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	12.-
III. VÍCTIMAS VULNERABLES Y PROCESOS RESTAURATIVOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.....	15.-
IV. VÍCTIMAS VULNERABLES Y PROCESOS RESTAURATIVOS EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO.....	17.-
V. VICTIMAS VULNERABLES Y EMERGENCIA SANITARIA.....	20.-
A). VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONTEXTO DE ENCIERRO.....	21.-
B). VÍCTIMAS DE ABUSO Y MALTRATO INFANTIL.....	23.-

<b>C).</b> LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.....	<b>25.-</b>
<b>D).</b> CÁRCELES Y CORONAVIRUS.....	<b>27.-</b>
<b>VI.</b> PROBLEMAS PENALES SUBYACENTES: ENTRE LA DOGMÁTICA Y EL SENTIDO COMÚN.....	<b>29.-</b>
<b>A).</b> LOS PROBLEMAS PENALES.....	<b>29.-</b>
<b>B).</b> EL SENTIDO COMÚN.....	<b>32.-</b>
<b>VII.</b> CONJUNTO UNIÓN ¿POSIBLE?: HACIA UN MODELO DE PROCESOS RESTAURATIVOS.....	<b>36.</b>
<b>A).</b> LA CUESTIÓN ARQUITECTÓNICA.....	<b>37.-</b>
<b>B).</b> PROCESOS RESTAURATIVOS Y VÍCTIMAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN.....	<b>42.-</b>
<b>VIII.</b> CONCLUSIONES Y PROPUESTA: EN BÚSQUEDA DE UNA MIRADA TRANSVERSAL.....	<b>52.-</b>

## **Introducción.-**

El rol de la víctima en el proceso resulta -desde siempre- una de las cuestiones más controvertidas en el Derecho penal. Al mismo tiempo, su participación en el procedimiento se encuentra sujeta a diversos debates por parte de un sector de la academia que defiende la neutralización de víctima en aras de limitar su intervención y de no condicionar los intereses públicos involucrados. En ese sentido, todos mis grandes maestros de la vida y los más destacados profesores de Derecho penal. Del otro lado, el auge de la Victimología y las Asociaciones de víctimas de delitos que abogan por un mayor protagonismo en el proceso.

La experiencia personal me ha colocado en ocasiones del lado del *ius puniendi* y en ese ejercicio me encontré -en más de una ocasión- arguyéndole a la víctima que no constituía parte del sumario. Confieso que esto último siempre me causó cierto estupor. En rigor de verdad, entiendo que al damnificado del injusto le corresponde cuanto menos, información acerca de lo que acontece en el procedimiento en el que se ha visto afectado. Pues, los bienes jurídicos que protegen los tipos penales -en definitiva- corresponden a personas de piel y hueso, a menudo olvidadas entre el papel.

Afortunadamente, la República Argentina sancionó en el año 2017 la primera Ley de víctimas de delitos. La norma reconoce una serie de derechos base que el Parlamento y el Consejo Europeo ya preveían en la Directiva 2012/29/UE y que España transpuso a su ordenamiento jurídico por Ley 4/2015, de 27 de abril. La norma conocida como “Estatuto de la Víctima”, fue desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre.

Este trabajo intentará poner de relieve el estado de la cuestión en nuestros días. Así las cosas, pasaremos revista sobre alguno de los aspectos atinentes a la protección de víctimas en general para abordar luego, el marco normativo en la República Argentina y en España, respectivamente. Simultáneamente, aprovecharé para hacer un breve comentario sobre la situación de la víctima en la legislación internacional, muy especialmente, sobre su rol en la Corte Penal Internacional. Posteriormente, pondré el foco en lo que el estudio realmente se propone esto es, el tratamiento de las víctimas especialmente vulnerables.

Mientras escribo estas líneas, el mundo entero se encuentra afectado por una pandemia pocas veces experimentada. En este contexto, los menores de edad, las personas con discapacidad, los adultos mayores y las mujeres víctimas de violencia de género, como colectivos particularmente vulnerables, merecen una especial atención. Y me pregunto; ¿Dónde podrá estar a salvo quién en su núcleo más esencial nunca pudo estarlo? En efecto, intentaré exhibir en qué medida la coyuntura puede convertir el lugar idílico del hogar, en el campo de batalla.

Y esta visión, centrada en la víctima especialmente vulnerable, no busca alimentar la llamada democracia iliberal o el populismo punitivo, más bien debe ser enfocada -a mi juicio- en restablecer la relación horizontal entre víctima y victimario en búsqueda de procesos restaurativos. Pues, el modelo clásico de solución de conflictos que ofreció el Derecho penal ha demostrado su fracaso. Se impone en cambio, un modelo comunicativo que -en términos de Silva Sánchez- mitigue el dolor del derecho penal.

Intentaré entonces interpelar al lector acerca de si es posible un modelo de justicia restaurativa en supuestos de víctimas vulnerables. A tal fin, abordaré los problemas penales subyacentes e indagaré brevemente acerca del rol protagónico que la arquitectura adquiere como operador de cambio y curación, para víctimas y victimarios.

Concluyentemente, y a través de la utilización de procesos restaurativos complementarios al sistema penal, propongo pensar en la posibilidad de una relación transversal que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de las partes involucradas en el conflicto, evitando su privatización.

## **I). Breves apuntes en relación a la Evolución Histórica de la Víctima.-**

Tal y como lo explica Natalia Pérez Rivas todo trabajo de corte victimológico exige determinar, con carácter previo, el concepto de víctima o, presunta víctima<sup>1</sup>, que se va a emplear<sup>2</sup>. Al respecto, la doctrina viene construyendo una doble corriente: una más amplia, que incluye a víctimas de cualquier acción humana o natural y otra más restringida, que se ciñe a las víctimas de infracciones penales.

De aquí en adelante, me referiré al concepto amplio de víctima acuñado por el artículo 1 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada por Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, por la Directiva 2019/29/UE y por la mismísima Ley española del Estatuto de las Víctimas de Delitos (LEVD).

Antes que nada, y con el objeto de presentar la hipótesis introducida, efectuaré un breve análisis en relación a la evolución histórica del estatus jurídico de la víctima<sup>3</sup>.

En una primer etapa, en tiempos remotos<sup>4</sup>, la venganza privada (primero individual, luego colectiva) caracterizada por el protagonismo absoluto de la víctima en la determinación de la reacción penal ante la victimización sufrida. Más tarde en el tiempo, la institucionalización de la venganza a través de figuras como la Ley del Talión y el surgimiento de la Compensación<sup>5</sup>, a partir de la cual la restauración de la paz se obtenía mediante un pacto resarcitorio entre las partes implicadas.

En consecuencia, en el Derecho romano primitivo (Derecho de los pueblos germánicos) y en el Derecho medieval, fue posible asistir a lo que se conoce como

---

<sup>1</sup> Con razón, apunta SILVA que en ocasiones se habla de víctimas antes de que se haya probado en el proceso la existencia de un hecho antijurídico y culpable. En efecto, “(...) solo puede hablarse de derechos de las víctimas en cuanto a los pronunciamientos posteriores a la determinación de la antijuricidad (culpable) del hecho (...)”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de “la lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, p.16.

<sup>2</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *Los Derechos de la Víctima en el Sistema Penal Español*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p.15.

<sup>3</sup> BUNGE CAMPOS exhibe su preocupación en torno a correr la balanza hacia una de las partes en detrimento de la otra, aludiendo a las cartas de derechos de las víctimas, citando la normativa iberoamericana, la europea y la obra de CHRISTIE. Cfr. BUNGE CAMPOS, Luís María, *Derechos de las víctimas en el proceso penal*, Revista Judicial N°10592, Quito, 2014

<sup>4</sup> Los autores aluden a una época comprendida desde los orígenes de la vida en sociedad, hasta la Baja Edad Media (S. XI a XV). Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op. cit.*, p.21.

<sup>5</sup> *Ibidem*, nota 46, p. 24. Citando a JIMENEZ DE ASUA: el sistema compensatorio representa el segundo estadio en la evolución histórica de las formas de castigar.

“edad de oro” de la víctima<sup>6</sup>. En ese tiempo, explica Silva Sánchez, que la confusión existente entre el Derecho civil y el Derecho penal suponía que la reacción al ilícito quedaba en manos del sujeto pasivo, o de sus allegados, quienes devolvían la ofensa sobre la esfera jurídica del sujeto activo.

La evolución de los sistemas compensatorios, con el desarrollo del Feudalismo, abrieron paso al surgimiento de la Asamblea, que constituyó el primer indicio del proceso de apropiación del conflicto por parte del Estado. La exigencia de la intervención de esta Asamblea significó un paso decisivo en la evolución de la justicia privada a la justicia pública iniciándose así, el progresivo proceso de publicación del sistema penal que culminará con la asunción por parte del Estado del *Ius Puniendi*<sup>7</sup>.

Más tarde en el tiempo, entre los siglos VIII y XVIII se produce la progresiva neutralización de la figura de la víctima<sup>8</sup>, dejando de ser la protagonista en la determinación de la solución del conflicto para pasar a ocupar un personaje secundario. Es en esta época, cuando el Estado se va haciendo cargo de la Administración de Justicia y el delincuente se erige como el personaje central en los estrados judiciales. Así, el proceso penal instaura el mecanismo para la imposición de la sanción estatal y no para atender a las cuestiones privadas<sup>9</sup>.

En suma, “(...) *El ius puniendi como monopolio del Estado tiene su origen en una desconfianza respecto a la posible reacción al delito por parte de la víctima actual, y su capacidad real para resolver el conflicto desatado por el autor al menor coste posible - de ahí la desaparición de los sistemas de venganza privada (...)*”<sup>10</sup>.

Asumido por el Estado el monopolio del *ius puniendi*, la figura de la víctima pasará a convertirse en un personaje prescindible dentro del esquema procesal, en cuyo seno serán el Estado y el ofensor quienes desempeñen los roles protagonistas.

---

<sup>6</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Las Consideraciones del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la “Victimodogmática”*, p.1.

<sup>7</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.21-25.

<sup>8</sup> “(...) *El Derecho penal público, en cambio, ha tenido como vocación histórica la de la neutralización de la víctima. Es sabido, con todo, que en las últimas décadas, a raíz del auge de la victimología, se inició un resurgimiento del papel de la víctima en el Derecho penal monopolizado por el Estado (...) la idea del derecho de la víctima al castigo del autor (...) parece indicar que el responsable de dicha reaparición fue Jan Philipp REEMTSMA, un adinerado intelectual alemán, tras su secuestro en 1996 (...)*”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *op.cit.*, “Nullum Crimen...”, p.14.

<sup>9</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Sobre la Relevancia Jurídico-Penal de la Realización de Actos de “Reparación”*, Revista del Poder Judicial N°45, ISSN 1139-2819, págs. 183-202.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.4.

Ciertamente, el surgimiento de las teorías preventivas (pena como medio de evitación para la comisión de nuevos delitos) jugarán un papel fundamental en la postergación de la figura de la víctima<sup>11</sup>.

Luego, surgirá una etapa de pre-redescubrimiento de la víctima, en la que Pérez Rivas sitúa a autores tales como Bentham, Bonneville de Marsangy, la Escuela Clásica (Carrara) y la Escuela Positivista Italiana (Garófalo, Ferri, Lombroso)<sup>12</sup>.

Posteriormente, tras la II Guerra Mundial, y como consecuencia de las atrocidades vividas, el interés por la víctima resurge y comienza una etapa de integración dentro del estudio científico del delito. Así, Hans von Henting (1948) con su obra *“The criminal and his victim”*, Mendelsohn (1956) con *“La Victimologie”*, el VI Congreso Internacional de Criminología en Madrid (1970), el Simposio Internacional de Victimología de Jerusalén (1973) y los que le siguieran de forma trianual. El último, y decimosexto, llevado a cabo en la Universidad de Hong Kong entre los días 10 al 14 de junio del año 2018, bajo el título *“Victimas y Victimización: hacia una Victimología Internacional”*<sup>13</sup>.

Y aquí quisiera hacer un alto en el relato histórico, para hacer una breve reseña acerca de lo acontecido en el XVI Simposio de la Universidad de Hong Kong, que va en armonía con la tesis que aquí se postula.

Más precisamente, el Profesor Benjamin Roebuck (Universidad de Algonquin, Canadá) se refirió a los procesos de resiliencia en las víctimas de violencia, con el interés de entender cómo se recuperan las personas de esta experiencia y qué apoyos y recursos son más significativos para ellas. Por su parte, la Profesora Fernanda Fonseca Rosenblatt (Universidad Católica de Pernambuco, Brasil), se centró en las víctimas de la violencia doméstica en Brasil y en las posibilidades de la justicia restaurativa. A su término, el Profesor Eric Chui (City University de Hong Kong) también aludió a la justicia restaurativa para aplicarla al *bullying* en China, en particular como forma de empoderamiento para las víctimas. Seguidamente, la consultora internacional Annette

---

<sup>11</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.28.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>13</sup> Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, David L.; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa M. y AGUILAR CÁRCELES, Marta M., *Victimología: Un Estudio sobre la Víctima y los Procesos de Victimización*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p.5.

Pearson, y el Profesor Jeremy Sarkin (Universidad de Sudáfrica) constataron que los problemas clásicos, como la victimización secundaria y la invisibilidad de muchas víctimas, señalados desde la victimología hace décadas, continúan a pesar de los sucesivos encuentros académicos, avances legislativos, la formación y la introducción de planes, protocolos y agentes especializados<sup>14</sup>.

Por ende, es dable constatar que la Victimología moderna (de a poco) va tomando distancia de las soluciones conocidas para ir concediendo espacio a soluciones nuevas que apacigüen el dolor del derecho penal. Así, los investigadores proponen diseñar programas más efectivos y humanos que aseguren que las víctimas puedan participar y ser escuchadas. Todo lo cual, conlleva la necesidad de propiciar espacios de contacto e intercambio de conocimiento entre académicos, profesionales y voluntarios que trabajan con víctimas. Sobre estas cuestiones, ahondaré luego.

Ahora bien, retomando el relato histórico, en definitiva única forma de comprender el presente y de cambiar el futuro, vale destacar que fue el holocausto judío lo que detonó el resurgimiento del interés por la figura de la víctima, dando lugar al nacimiento de esta nueva disciplina científica, la Victimología<sup>15</sup>. Si bien es cierto que se les atribuye a Von Henting y Mendelsohn un papel fundamental en su creación, se reconoce también, la existencia de una etapa pre-clásica de esta disciplina en la que diversos poetas, escritores y novelistas, desarrollaron un papel esencial de lo que se conoce como Victimología tradicional.

Más tarde en la historia, comenzará una etapa de *tránsito o académica*, donde se avanzará hacia la promoción de la víctima como objeto de reconocimiento, aunque la figura del agresor seguirá siendo el principal objeto de estudio. Posteriormente, el surgimiento de la *Victimología constructivista* (de segunda mitad del Siglo XX) con una visión más humanista, en defensa del reconocimiento político de los derechos de las víctimas. Luego, el auge de la *Victimología crítica*, con objeciones al *ius puniendi* estatal y en favor de la justicia restaurativa, como medio de resarcir el daño causado y

---

<sup>14</sup> Cfr. VARONA, Gema y FARIDE REYNA, Peña, *Una panorámica internacional del estado de la Victimología a través del 16º Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología*, Revista de Victimología, ISSN 2385-779X, N. 7, 2018, p.157-162.

<sup>15</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.33.

ya -en nuestros tiempos- la *Victimología dogmática*, que proclama el reconocimiento penal de la figura de la víctima<sup>16</sup>.

Por su parte, se conoce como *Victimología de acción* (denominación acuñada por Fattah en 1980), al fin de la etapa de teorización de la Victimología y al inicio de su aplicación práctica. De ahí, el surgimiento de los movimientos sociales de apoyo a las víctimas y las encuestas de victimización<sup>17</sup>.

Al respecto, comenta Silva Sánchez que -el nacimiento de la Victimología- se propicia no solo en virtud de que la intervención jurídico penal no otorga satisfacción a los auténticos intereses de la víctima, sino que en ocasiones incluso supone un daño adicional para la misma (victimización secundaria). Asimismo, conforme el autor, por el hecho de falta de mecanismos que aseguren un efectivo resarcimiento del daño sufrido en el delito. En efecto; “(...) aunque se produzca una sentencia condenatoria para el autor, éste es a menudo insolvente (...)”<sup>18</sup>.

Mientras tanto, la Victimodogmática se dedicará al estudio de la existencia de víctimas que, en uno u otro modo, contribuyen a la lesión del bien jurídico en el sentido de que éstas “(...) son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor (...)”<sup>19</sup>.

Del relato histórico efectuado, seguramente incompleto y mejorable, me interesa particularmente enfatizar en la tipología victimal de Von Henting por cuanto es el primero en categorizar a las que hoy conocemos como víctimas especialmente vulnerables<sup>20</sup>. Y en ese sentido, es curioso verificar que ya en el año 1948, ubica a los niños, mujeres, ancianos, débiles y enfermos mentales, inmigrantes, minorías y tontos,

---

<sup>16</sup> Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ; PATRÓ HERNÁNDEZ y AGUILAR CÁRCELES, *op.cit.*, p.67.

<sup>17</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.37.

<sup>18</sup> Sin embargo, explica el profesor, “(...) todo ello instituido con la loable finalidad de obtener una justicia penal objetiva y desapasionada en la que queden debidamente garantizados los derechos del sujeto activo del delito (...)”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Las Consideraciones”, p.1.

<sup>19</sup> Aunque para el autor coexistan una postura moderada (el comportamiento de la víctima importa a los fines de graduación de la pena) y otra minoritaria (comportamiento de la víctima como presupuesto de exención de responsabilidad penal); pienso en los supuestos de autopuestas en peligro de la víctima excluyentes del tipo (ej. consumidores adictos a estupefacientes, en los que uno de ellos fallece producto de su propio y voluntario consumo). Explica Silva; “(...) se observa que la insistencia en argumentos de esta índole podría favorecer la aparición de sentimientos de culpabilidad en la víctima y el surgimiento de un clima social de tensión en el que todo el mundo podría ver en el prójimo un agresor y en sí mismo una víctima favorecedora o provocadora (...)”, *Ibidem*, p.3.

<sup>20</sup> Para más detalle; Cfr. FERRANTE, MARCELO: *El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima en el proceso penal*, Lecciones y Ensayos, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.85-114.

en una categorización que denominaba “*clases generales*”<sup>21</sup>. Sin dudas, el antecedente de las actualmente identificadas como víctimas necesitadas de especial protección a las que aludiré *infra*.

## **II). Los Derechos de las Víctimas en el Plano Internacional.**

El redescubrimiento de la víctima supuso la implementación de políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos desde los años setenta. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, donde se alertó por primera vez sobre las necesidades de las víctimas<sup>22</sup>.

Posteriormente, en el Sexto (Caracas, 1980) y Séptimo Congreso de Naciones Unidas (Milán, 1985), oportunidad en la que se le recomendó a la Asamblea General la adopción de una declaración sobre los derechos de las víctimas. Así, la aprobación de la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, conocida como la “Carta Magna de los Derechos de las Víctimas”<sup>23</sup>, donde se reconocen por primera vez, los derechos de información, participación en el proceso, protección, asistencia y reparación a las víctimas de delitos<sup>24</sup>.

### **a). Ámbito Europeo.**

Tanto el Consejo como la Unión Europea, al menos desde al año 1977, han venido mostrando su preocupación en torno a la cuestión relativa a las víctimas de delitos<sup>25</sup>. En efecto, la Comisión Europea estima que el 15% de los europeos, es decir

---

<sup>21</sup> Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ; PATRÓ HERNÁNDEZ y AGUILAR CÁRCELES, *op.cit.*, p.157.

<sup>22</sup> En el marco del Quinto Congreso de las Naciones Unidas celebrado en el año 1975.

<sup>23</sup> Cfr. Organización de las Naciones Unidas (1985), disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/40/34>.

<sup>24</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.39-42.

<sup>25</sup> Cfr. Resolución n° (77) 27, de 28 de septiembre de 1977, *sobre Indemnización a las víctimas de delitos*. Otros instrumentos jurídicos del Consejo de Europa para la protección de las víctimas de delitos son: El Convenio Europeo sobre la *indemnización a las víctimas de delitos violentos* (1983); La Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros sobre la *posición de la víctima en el procedimiento penal* (1985); La Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros sobre la *asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización* (1987); El Convenio para la *Prevención del Terrorismo* (2005); El Convenio del Consejo de Europa sobre la *lucha contra la trata de seres humanos* (2005); La Recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros sobre la *asistencia a las víctimas de delitos* (2006) y el Convenio del Consejo de Europa para la *protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual* (2010).

75 millones de personas en la Unión Europea, son víctimas de delitos<sup>26</sup>. En el ámbito del Consejo de Europa, se han redactado diversas Recomendaciones en torno a los derechos de las víctimas, entre las que me interesa destacar la Recomendación de 28 de junio de 1985, por cuanto previene la victimización secundaria, sobre lo que volveré luego<sup>27</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, creo conveniente focalizar la cuestión en la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>28</sup>. La Directiva entró en vigor el 16 de noviembre de 2015.

A partir de entonces, la Directiva regula los derechos base que deben transponer los Estados miembro en sus respectivos países. No obstante, las naciones pueden articular de forma más amplia su contenido, con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección a las víctimas de delitos. Si los Estados miembro no transponen plenamente la Directiva a sus ordenamientos jurídicos locales, las víctimas pueden confiar en la eficacia directa de los derechos contenidos respecto a los procedimientos nacionales.

El artículo 2.1.a) de la Directiva relativa a los Derechos de las Víctimas de la UE define a la víctima como; *“(...) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal y a los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona (...)”*.

El abanico de derechos base que la Directiva reconoce, se integra con: el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el reembolso de los gastos, la devolución de los bienes, el derecho a obtener una resolución relativa a una indemnización, el derecho a evitar el contacto con el infractor, la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, el derecho a la privacidad, el derecho a comprender y a ser

---

<sup>26</sup> Cfr. Comisión Europea (2020), disponible en [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/protecting-victims-rights\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/protecting-victims-rights_en).

<sup>27</sup> En el mismo sentido la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización (1987).

<sup>28</sup> Cfr. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>.

escuchado, recibir información, interpretación y traducción y el derecho al acceso a servicios de apoyo.

En suma, en cada etapa de la participación de las víctimas en el sistema judicial penal, los profesionales del Derecho tienen una serie de obligaciones que deben conocer. Así, el deber de tratar a las víctimas de manera respetuosa, profesional y no discriminatoria, el deber de proteger su privacidad, el deber de proporcionar información sobre sus derechos, servicios de apoyo y protección, el deber de garantizar que se presten servicios de interpretación y traducción cuando sea necesario y el deber de identificar y atender a las víctimas con necesidades especiales de protección.

Se recogen luego una serie de situaciones especiales, en atención a la vulnerabilidad de las víctimas. A propósito, la UE reconoce que las víctimas de trata o violencia doméstica, y los niños o las víctimas con discapacidad, en virtud de las dificultades para hacer frente a las consecuencias del delito o para comprender los procedimientos judiciales, las dificultades para recuperarse y reconstruir sus vidas, requieren de una especial protección<sup>29</sup>.

Al mismo tiempo, los artículos 22, 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE, regulan los derechos de las víctimas con necesidades especiales de protección. De este modo, los Estados deben garantizar evaluaciones individualizadas de las víctimas para identificar tales necesidades. Ello, en consideración de las características personales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito, y las circunstancias del delito.

Asimismo, se establecen una serie de medidas especiales que deben estar disponibles para las víctimas especialmente vulnerables, entre las que se incluye: la forma en que se deben realizar las entrevistas con las víctimas (art. 23.2) y las medidas especiales que deben aplicarse durante los procedimientos judiciales (evitar contacto visual con el acusado, testificar a través de las tecnologías, evitar la formulación de preguntas innecesarias y la celebración de audiencias sin presencia de público). El artículo 24 establece que las declaraciones efectuadas por los menores de edad, puedan ser grabadas y utilizadas como elementos probatorios en los procesos penales.

---

<sup>29</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE* (2011), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0274&from=en>.

A su término, el artículo 25 instituye que los profesionales que entren en contacto con estas víctimas, deberán tener una formación general como especializada, con el fin de mejorar su concienciación respecto de sus necesidades. Jueces y fiscales deben velar por que se imparta tanto una formación general como especializada.

Por otro lado, y en relación a la posibilidad de la implementación de procesos restaurativos, a los que me referiré luego, conviene apuntar que ya la Decisión marco de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, regula -en el artículo 10.1 y 10.2- la necesidad de que los Estados miembro procuren impulsar la mediación en las causas penales.

En el mismo sentido, el artículo 12 de la Directiva relativa a los Derechos de las Víctimas de 2012, hace hincapié en que los Estados adopten medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que deben aplicarse cuando se faciliten servicios de justicia restaurativa. Ello, asegurando: 1) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; 2) que se ofrezca a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre él mismo y sus posibles resultados; 3) que el infractor haya reconocido los elementos fácticos del caso y 4) que los debates en los procesos de justicia restaurativa sean confidenciales y no se difunda, salvo que así lo exigiera el Derecho nacional.

Finalmente, vale consignar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido configurando un concepto jurídico de vulnerabilidad. Así, tal y como lo reseña el Catedrático de Derecho Constitucional, Miguel Ángel Presno Linera, se reconoció la condición de grupo vulnerable a: minorías gitanas, a quienes padecían una enfermedad mental, a los enfermos de V.I.H. y a los demandantes de asilo<sup>30</sup>. En suma, explica el autor; “(...) *el concepto de grupo vulnerable es relacional, pues su reconocimiento depende de factores históricos, sociales e institucionales (...)*” y “(...)

---

<sup>30</sup> Asuntos *Chapman c. Reino Unido*, de 18 de enero de 2001; *D.H y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007; *Orsus y otros c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010, *Plesó c. Hungría*, de 2 de septiembre de 2012; *Kiyutin c. Rusia*, de 21 de marzo de 2011; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 enero 2011 y *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018. Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Estado de Alarma por Coronavirus y Protección Jurídica de los Grupos Vulnerables*, número 86-87, Revista El Cronista (2020), disponible en <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>.

*las causas de vulnerabilidad son fluctuantes, puesto que dependen de las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas (...)*<sup>31</sup>.

#### **b). Corte Penal Internacional.**

Creo conveniente introducir el estado de la cuestión en el seno de la Corte Penal Internacional (CPI). En efecto, es allí donde -por primera vez en la historia de la justicia criminal internacional- las víctimas adquieren la posibilidad de compartir sus puntos de vista y sus preocupaciones, en los procedimientos, representadas por un abogado<sup>32</sup>.

Ciertamente, el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, y que entró en vigor el 01 de julio del año 2002, supuso un cambio de entender el rol de la víctima dentro del procedimiento penal. De concepción utilitarista, reconoce el derecho a la participación y a la reparación en un intento de aproximación a la justicia restaurativa<sup>33</sup>. En efecto, la víctima de la CPI ya no es simplemente testigo, sino que adquiere participación con capacidad propia e intereses diferentes al de las partes, no necesariamente coincidentes con los de la acusación<sup>34</sup>. Sin embargo, ello no supone que se les haya concedido la condición de parte del proceso penal<sup>35</sup>.

Al mismo tiempo, la habitual participación de víctimas especialmente vulnerables en el ámbito de la Corte es una lamentable realidad. El reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de quince años para participar activamente en hostilidades, el tráfico de niños como forma de esclavizarlos y los crímenes sexuales

---

<sup>31</sup> *Ibídem*, p.54.

<sup>32</sup> Cfr. CPI, *Victims*, (2020), disponible en <https://www.icc-cpi.int/about/victims>.

<sup>33</sup> Cfr. CALATAYUD, Esperanza Orihuela, *Las Víctimas y la Corte Penal Internacional*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 21.

<sup>34</sup> *Ibídem*, p.28.

<sup>35</sup> El artículo 68 del Estatuto de Roma dispone, en su inciso 3 que la Corte; “(...) permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba (...)”.

y por motivos de género<sup>36</sup>, son una constante en los casos de la CPI. El mejor ejemplo de ello, seguramente lo constituya el caso seguido contra *Thomas Lubanga Dyilo*<sup>37</sup>.

Por otro lado, tal y como lo desliza Esperanza Orihuela Calatayud, el modelo de justicia restaurativa que el Estatuto se propuso en sus orígenes, no es el que actualmente está funcionando en el ámbito de la Corte<sup>38</sup>. En ese sentido, resultan acertadas sus afirmaciones en torno a la necesidad de una modificación de los mecanismos de resolución de conflictos, las consideraciones en torno a la cuestión financiera y a la inclusión de un Protocolo adicional al Estatuto que lo contemple taxativamente. Con todo, agregaría las expresiones de la Fiscal de la CPI, por cuanto la describe como un gigante sin piernas y sin brazos que necesita de la cooperación de los Estados para funcionar adecuadamente<sup>39</sup>.

Dicho esto, y de conformidad con lo establecido por el artículo 79 del Estatuto, lo cierto es que la CPI goza de un Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (*The Trust Fund for Victims*) único en su especie. Al respecto, el rol del Fondo viene dado justamente por el reconocimiento de los derechos de reparación y asistencia. Efectivamente, el Fondo ejecuta las reparaciones ordenadas por la Corte y provee apoyo físico, psicológico y material a las víctimas y sus familias. A la fecha, el Fondo ha brindado asistencia a más de ciento veinte mil (120.000) personas víctimas.

El abordaje que me gustaría efectuar con relación a la participación de la víctima en la CPI no puede ser expuesto aquí con detalle. Más, quisiera ilustrar el estado de la cuestión a partir de una investigación actual y concreta. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*<sup>40</sup>.

El caso seguido contra Dominic Ongwen, comandante de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (LRA), un grupo guerrillero que opera en el norte de

---

<sup>36</sup> La Fiscalía de la CPI en su Plan Estratégico para 2012-2015 y 2016-2018 se ha comprometido a prestar particular atención a este tipo de casos. Cfr. FISCALÍA DE LA CPI, *Política Relativa a los Niños*, 2016, disponible en [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115\\_OTP\\_ICC\\_Policy-on-Children\\_Spa.PDF](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Spa.PDF).

<sup>37</sup> Cfr. CPI, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, de 14 de marzo de 2012 (Sentencia de condena de Lubanga), disponible en [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_03942.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF).

<sup>38</sup> Cfr. CALATAYUD, Esperanza Orihuela, *op.cit.*, p.219.

<sup>39</sup> Cfr. BENSOUA, Fatou, Oxford Union (2018), disponible en [https://youtu.be/5Qz3\\_p4WwAI](https://youtu.be/5Qz3_p4WwAI).

<sup>40</sup> Cfr. CPI, *Ongwen case: closing statements*, 2020, disponible en <https://youtu.be/z9FNNQckhV4>.

Uganda desde 1987, y donde se lo investiga por actos que incluyeron asesinatos, secuestros, esclavitud sexual, mutilaciones, quemaduras masivas de casas y saqueos de asentamientos y de campamentos, así como el secuestro y reclutamiento de niños para servir al LRA (*Lord's Resistance Army*), servirá para ilustrar la participación de las víctimas en el proceso ante la CPI.

A propósito, es importante destacar que al menos cuatro mil sesenta y cinco víctimas (4.065) participaron del proceso, cuya fase de alegatos finales acaba de culminar el pasado 12 de marzo del corriente año. En efecto, resulta interesante apuntar una escena que sirve para ejemplificar el estado de la cuestión en el Derecho penal moderno. Más precisamente, sobre el final del alegato de la representante legal de las víctimas, la defensa de Ongwen plantea que se ha excedido en su mandato y argumenta que el rol de la acusación debe ser ejercido por la Fiscalía, más no por la abogada de las víctimas.

Seguidamente, razona que el principio de igualdad de armas se ha visto alterado, afectando la garantía del un juicio justo. Concluyentemente, la defensa solicita que borren de los registros de la CPI el alegato de la letrada de las víctimas. La discusión resulta hartamente interesante puesto que lo que se discute, en definitiva, es el alcance de esta nueva representación y la posible afectación a las garantías del debido proceso<sup>41</sup>.

En resumen, es dable observar como la CPI -desde su establecimiento- se propone instaurar un sistema de justicia restaurativo. Igualmente, al momento de indagar en relación a sí las víctimas de esos delitos -de competencia de la Corte- son parte de ese colectivo especialmente vulnerable, la respuesta decanta por su afirmativa. Axiomáticamente, si el modelo comunicacional de resolución de conflictos está previsto para los crímenes más atroces de la humanidad, también sería deseable su aplicación en los supuestos que nos convocan. En definitiva, no se trata de prescindir del procedimiento punitivo, sino de incorporar procedimientos restaurativos que se complementen con aquél.

---

<sup>41</sup> Cfr. CPI, *Ongwen case: closing statements*, 2020, disponible en <https://youtu.be/VyNQM8o-BbM>.

### **III). Víctimas Vulnerables y Procesos Restaurativos en el Sistema Penal Español.-**

Al nivel básico de protección, constituido por los derechos de información, participación, protección, reparación y asistencia integral, transpuestos al ordenamiento interno por la Directiva 2012/29/UE, la Ley del Estatuto de la Víctima (LEVD) añade un nivel reforzado para las víctimas especialmente vulnerables necesitadas de especial resguardo.

Así las cosas, el artículo 23 de la LEVD dispone que se efectuará una evaluación individual considerando especialmente: “(...) a) *las características personales de la víctima y en particular: 1. si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito. 2. si se trata de víctimas menores de edad o necesitadas de especial protección o en las que concurran factores de especial vulnerabilidad (...)*”<sup>42</sup>.

Seguidamente, y a los mismos efectos, la norma establece que se atenderá a “(...) b) *la naturaleza del delito*”<sup>43</sup> y la *gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito (...)*” y a las “(...) c) *las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos (...)*”<sup>44</sup>.

Por su parte, el nivel de protección híper-reforzado, se encuentra destinado a las víctimas menores de edad y a las personas con discapacidad<sup>45</sup>. Se consideraran menores de edad a todas las víctimas que, al tiempo de los hechos, tengan menos de dieciocho años de edad. En el supuesto de que la edad no pueda determinarse fehacientemente, se presumirá su minoridad. Por el contrario, la LEVD no define quién es persona con

---

<sup>42</sup> La norma no regula fehacientemente cuáles son los factores de vulnerabilidad a los que se refiere. Más claramente, la propia Directiva 2012/29/UE, estableciendo una serie de características personales a considerar a saber; edad, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia del mismo y su anterior victimización.

<sup>43</sup> Cfr. Artículos 23.2.b). LEVD y 30.3.b) RD 1109/2015: “(...) 1º *Delitos de terrorismo. 2º Delitos cometidos por una organización criminal. 3º Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente. 4º Delitos contra la libertad o indemnidad sexual. 5º Delitos de trata de seres humanos. 6º Delitos de desaparición forzada. 7º Delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad (...)*”.

<sup>44</sup> En relación a la naturaleza del delito, cabe destacar la crítica en torno a la falta de inclusión de los delitos de homicidio, lesiones graves, detenciones ilegales y secuestros. Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.105, citando al Consejo de Estado (2014), CGPJ (2014) y FGE.

<sup>45</sup> Cfr. Artículos 23.4 y 26 LEVD, respectivamente.

discapacidad<sup>46</sup>. Con todo, el ordenamiento español busca evitar la denominada *victimización secundaria* más frecuente en este colectivo de personas necesitadas de especial protección.

En ese sentido, cabe mencionar la previsión legal en torno al rol de las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos (OAVD)<sup>47</sup>, por cuanto tienen como objetivo general prestar una atención integral, coordinada y especializada a las víctimas y dar respuesta a sus necesidades específicas en el ámbito jurídico, psicológico y social, con el fin último de minimizar la victimización primaria y evitar, en la medida de lo posible, la secundaria<sup>48</sup>. Así, se estipula que se deberá prestar apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocésal que legalmente se establezcan.

Por otro lado, el artículo 5 de la LEVD dispone el derecho de toda víctima a recibir información sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles desde el primer contacto con las autoridades. Esta explicación debe ser actualizada en cada fase del procedimiento. Asimismo, el artículo 15 LEVD estipula que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito<sup>49</sup>. En ese sentido, vale destacar la previsión legal, en torno a que los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y las partes podrán revocar su consentimiento de participar en cualquier momento del proceso.

Para concluir, cabe mencionar que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de menores, contempla la mediación, la conciliación y la reparación en su artículo 19<sup>50</sup>. Finalmente, el Código Penal español en sus artículos 80.1

---

<sup>46</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.110.

<sup>47</sup> Cfr. Artículo 29 LEVD.

<sup>48</sup> Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia, *op.cit.*, p.198.

<sup>49</sup> La norma exige el cumplimiento de una serie de requisitos: a). reconocimiento por el infractor de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad (no constituye una confesión acerca de la materialidad de los hechos); b). consentimiento informado de la víctima acerca del contenido de la JR; c). consentimiento del infractor; d). que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para ella y e). que no esté prohibida por la ley para el delito cometido (por ejemplo; en los casos de violencia de género).

<sup>50</sup> Han surgido algunas experiencias piloto relativas a la aplicación de la mediación en la Jurisdicción penal ordinaria e incluso alguna de ellas ha adquirido una notoria implantación, como el Programa de Mediación y Reparación de adultos del *Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya* que es pionero y lleva más de 15 años en funcionamiento. También en Madrid, Málaga, Valladolid y Valencia.

párrafo 2 y 84, prevé que frente al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes o al esfuerzo de reparación del daño causado, respectivamente, el juez podrá acordar la suspensión de la ejecución de la pena.

#### **IV). Víctimas Vulnerables y Procesos Restaurativos en el Sistema Penal Argentino.-**

La sanción de la ley 27.372 de julio del año 2017, reconoce y garantiza -por primera vez- una serie de derechos base a la persona víctima de delitos<sup>51</sup>. En efecto, la normativa incluye: la posibilidad de denunciar el delito y la recepción inmediata de su denuncia; el derecho a recibir un trato digno y respetuoso; la obligación de que se reduzcan al mínimo las molestias del proceso penal; el derecho a que se respete su intimidad en la medida que no sea un obstáculo para la investigación; a pedir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés; el derecho a recibir asistencia en forma especializada para lograr su recuperación psíquica, física y social; así como a recibir información sobre sus derechos cuando haga la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento y la obligación de que se hagan con la mayor rapidez posible las pericias y diligencias sobre las cosas que le hayan sustraído, en un delito contra la propiedad.

Del mismo modo, la ley garantiza el derecho a intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal; a examinar documentos y actuaciones; a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; a aportar información y pruebas durante la investigación; a ser escuchada antes de cada decisión sobre extinción o suspensión de la acción penal; a ser escuchada antes de cada decisión sobre penas o sobre la libertad del imputado durante el proceso; a ser notificada de las resoluciones que pueden afectar su derecho a ser oída; a pedir la revisión de cualquier decisión que ponga fin a la investigación del delito; a que se adopten rápidamente medidas (como la detención o la prohibición de consecuencias); a que le

---

Cfr. VALL RIUS, Anna, *La Justicia Restaurativa y la Mediación en el ámbito Penal y Penitenciario*, p.27.

<sup>51</sup> Cfr. Artículo 2, Ley 27.372, se considera víctima: “(...) a) a la persona ofendida directamente por el delito y b) al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos (...)”.

devuelvan con la mayor urgencia los bienes que le sacaron y que le paguen los gastos necesarios para ejercer sus derechos si no tiene posibilidad económica de afrontarlos<sup>52</sup>.

Al mismo tiempo, el legislador argentino interpreta que hay situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos: cuando la víctima sea menor de edad; cuando tenga más de 70 años; cuando se trate de una persona con discapacidad y/o cuando la víctima tenga una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación con el autor del delito.

En estos supuestos, la norma dispone que las autoridades deban dispensarle atención especializada a las víctimas especialmente vulnerables. Sin embargo, no se explica en qué consiste esa atención diferenciada<sup>53</sup>.

También, y a fin de satisfacer las necesidades de las víctimas, la ley crea un Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID)<sup>54</sup> y un Defensor Público de Víctimas<sup>55</sup>, con el objeto de asistirles jurídicamente cuando no tengan recursos o se encuentren en situación de vulnerabilidad. Además, la norma insta un Observatorio de Víctimas de Delitos (OVD), integrado por Asociaciones de víctimas legalmente constituidas y por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En otro orden de ideas, y en relación a la implementación de procesos restaurativos, vale consignar que la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 27.063 (promulgada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 118/2019) reformó el Código Procesal Penal Federal y reguló (en sus artículos 22 y 34) la conciliación como método alternativo de resolución de conflictos.

De este modo, el artículo 34 establece un catálogo de delitos en los que procede su aplicación a saber; aquellos que tengan contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. Esta limitación, evidentemente, no da acabada respuesta al modelo que aquí se propone<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. Artículo 5, ley 27.372.

<sup>53</sup> Tampoco lo establece el decreto reglamentario 421/2018.

<sup>54</sup> Cfr. Artículos 22 a 28, ley 27.372.

<sup>55</sup> Bajo la órbita del Ministerio Público de la Defensa. Cfr. Artículos 29 a 36 ley 27.372.

<sup>56</sup> Y ello sin desconocer los límites a la disponibilidad de la acción penal asumida por diversos instrumentos internacionales. Se trata de repensar la cuestión. No obstante, no es menos cierto que - aunque con una implementación cuestionable- el nuevo Código finalmente abandona el modelo

Precedentemente, es necesario mencionar que el Código Penal vigente en la República Argentina resulta común a todo el territorio nacional y cada Provincia reserva para sí una serie de poderes no delegados, entre los que se encuentra el de regular sus procedimientos penales<sup>57</sup>. Mientras tanto, en España convive el Derecho común con el Foral (propio de cada Comunidad Autónoma) y existe una única Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que regula el proceso penal en todo el país.

A propósito, resulta oportuno destacar que el Código de fondo argentino (en su artículo 59) ya preveía una forma alternativa de resolución de conflictos. No obstante, estimo que la fórmula elegida por el legislador resulta insuficiente, por cuanto refiere solo a la conciliación o la reparación integral del perjuicio<sup>58</sup>, dejando a un lado todo el abanico de posibilidades que acarrear los procesos restaurativos. Además, no queda claro el alcance de la competencia.

A nivel provincial, el asunto es regulado por los Códigos Procesales de la C.A.B.A (Arts. 199 y 204), del Chaco (Art. 6, inc. 1), del Chubut (Arts. 44, inc. 1°, 47 y 48), de Entre Ríos (Art. 5, inc. 2), de Jujuy (Art 101, inc. 1), de La Pampa (Art. 15, inc. 1), de La Rioja (Art. 204, inc. 1), de Mendoza (Art. 26, inc. 1), de Misiones (Art. 60, inc. B), de Neuquén (Art. 106, inc. 1), de Río Negro (Art. 96, inc. 1), de Salta (Art. 231, inc. a), de Santiago del Estero (Art. 61, inc. 1), de Tucumán (Art. 27, inc. 1) y de Tierra del Fuego (Arts. 309, inc. 7 y 331)<sup>59</sup>.

Seguidamente, me dedicaré al estudio de víctimas vulnerables en épocas de pandemia. A su turno, expondré las variables de neutralización de victimización secundaria que ofrece el modelo restaurativo.

---

inquisitivo mixto para adoptar uno adversarial o acusatorio. Asimismo, creo oportunas las incorporaciones tendientes a la simplificación del proceso, la oralidad, la autonomía procesal de la víctima y la concepción integral del hecho delictivo (más en línea con el paradigma de la justicia restaurativa). Sobre el estudio histórico de las categorías de “inquisitivo” y “acusatorio”, Cfr. BUNGE CAMPOS, Luis María, *Poder, pena y verdad en la historia*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2019.

<sup>57</sup> Cfr. Artículo 121 Constitución Nacional Argentina. En este sentido, interesantísimo el artículo de TERRAGNI, Marco Antonio, que describe el proceso histórico citando las “Bases” de ALBERDI, disponible en [https://www.terragnijurista.com.ar/libros/sistema\\_penal.htm](https://www.terragnijurista.com.ar/libros/sistema_penal.htm).

<sup>58</sup> Coincido con LEDESMA en que el espíritu del legislador al incorporar la `o´ fue el de escindir los institutos a los que se refiere la norma. Cfr. LEDESMA, Ángela Ester, *Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal*, Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Nº13), 2018, p.33-92.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.33-92.

## V). Víctimas Vulnerables y Emergencia Sanitaria.-

La situación de emergencia sanitaria que aqueja a la humanidad toda, plantea múltiples interrogantes jurídicos, a la vez que agrava la situación de las víctimas necesitadas de especial protección<sup>60</sup>. En otras palabras, la afectación a los derechos fundamentales reconocidos por la mayoría de las Constituciones de los países democráticos, el régimen sancionador dispuesto para quienes incumplen el confinamiento, los sistemas de vigilancia masiva y su consecuente lesión al derecho a la privacidad de las personas, se han convertido en problemas comunes de diversa solución.

En ese sentido, cabe apuntar que las declaraciones de emergencia prolongadas en el tiempo han significado, en ocasiones, la vulneración de determinados derechos para siempre. De este modo, el atentado a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001, supuso que se aprobaran una serie de leyes para luchar contra el terrorismo pero que significaron -al mismo tiempo- lesionar la privacidad de las personas (tales como la intervención de correos electrónicos o las requisas de efectos personales en los aeropuertos). Sin embargo, la realidad indica, que cuando los supuestos de hecho que justifican el dictado de las medidas excepcionales desaparecen, las normas limitativas de derechos permanecen en el tiempo.

Por otro lado, la emergencia sanitaria pone de relieve sesgos autoritarios de los gobiernos que concentran poder suprimiendo el normal funcionamiento de los parlamentos y de los poderes judiciales. Y allí radica, desde mi punto de vista, la importancia del control parlamentario<sup>61</sup> y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.

Concluyentemente, son atendibles las preocupaciones en torno a que el miedo de la población sirva de excusa perfecta para implementar políticas que restrinjan cada vez más derechos fundamentales.

---

<sup>60</sup> La declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 se efectuó en España, a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3692-consolidado.pdf>. En la República Argentina, el Decreto 297/2020, de 19 de marzo, dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320?busqueda=1>.

<sup>61</sup> Curioso el caso argentino, donde la Comisión Bicameral del Congreso para el control de los Decretos de Necesidad y Urgencia que, desde que existe, prácticamente nunca ejerció ese contralor.

Renglón seguido, efectuaré un breve análisis en relación al estado de alarma por Covid-19 y a la protección jurídica de los grupos vulnerables. Me referiré particularmente, a las víctimas de violencia de género y a las de maltrato y abuso infantil<sup>62</sup>. Finalmente, una reflexión en torno al Covid-19 y la situación de las cárceles.

#### **a). Víctimas de Violencia de Género en Contexto de Encierro.-**

Las medidas adoptadas por los gobiernos a raíz de la emergencia sanitaria provocan un especial impacto en determinados colectivos particularmente vulnerables. Así, las mujeres víctimas de violencia de género en situaciones de aislamiento domiciliario, pueden verse forzadas a convivir con su agresor, lo que las sitúa en una situación de mayor riesgo. Este escenario, conmina a las administraciones a tomar medidas tendientes a su protección. En rigor de verdad, el confinamiento y la convivencia conllevan un incremento en el espiral de la violencia que genera cada vez más casos.

Por ejemplo, Cira García Domínguez, jueza en el Tribunal de Violencia contra la Mujer número uno de Albacete, advierte que en España (durante el año 2019) el 90% de las mujeres fueron asesinadas en su domicilio y que (en lo que va del 2020) el 72% de las mujeres convivían con su agresor. Asimismo, indica que aunque los llamados de emergencia van en aumento, las denuncias en los Juzgados disminuyen significativamente. Así, resalta que el 70% de las mujeres matadas en el pasado, no habían efectuado denuncias previas<sup>63</sup>.

En el mismo sentido, Mirta Susana Granado Martínez, jueza de Paz de Nueva Colombia, República del Paraguay, por cuanto asevera que (desde el dictado del aislamiento preventivo en su país, el 21 de marzo) se han detectado al menos novecientos ochenta y siete (987) casos de violencia familiar, registrándose un aumento del 66% de los asuntos (durante el Covid-19), en comparación con el mismo período del año anterior.

---

<sup>62</sup> No es objeto de este trabajo y por eso no ha sido incorporado aquí. No obstante, aparece cada vez más patente, una corriente de opinión que plantea la necesidad de que el acceso a internet sea considerado un Derecho Humano.

<sup>63</sup> Cfr. IAWJ (*International Association Of Women Judges*), Webinar *Abordar la Violencia Doméstica durante la Pandemia del Covid-19*, del día 07 de mayo del año 2020, disponible bajo petición en <http://www.iawj.org/event/seminario-en-linea-abordar-la-violencia-domestica-durante-la-pandemia-del-covid-19/>.

Asimismo, otro de los inconvenientes que se constata, es que el cierre de los puntos de encuentro familiares significó un incremento de la violencia por parte de los agresores, que se conectan con la víctima exigiendo retomar el contacto con sus hijos.

En el caso español, el Decreto-Ley 12/2020 de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, regula una serie de disposiciones tendientes a asegurar y proteger los derechos de las víctimas confinadas<sup>64</sup>.

Así, el decreto garantiza la prestación de los servicios de información y atención telefónica durante las 24 horas y añade un nuevo canal de comunicación vía *WhatsApp*. El paquete de medidas incluye los servicios de acogida, centros de emergencia, pisos tutelados y alojamientos seguros, así como la disponibilidad de establecimientos de régimen turístico, en el caso de ausencia de vacantes en los centros designados durante el estado de alarma. Resumiendo, en España la atención a las víctimas de violencia de género se mantiene como un servicio esencial.

Por su parte, el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, publicó una guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliar derivada del estado de alarma<sup>65</sup>. La guía está escrita en lenguaje sencillo y comprensible, permitiendo a las víctimas conocer rápidamente los servicios que tiene a disposición.

Mientras tanto, en la República Argentina, vale destacar la labor de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cargo de la vicepresidenta Elena Highton de Nolasco, que permanece abierta de manera ininterrumpida las 24 horas. A tal fin, quedan exceptuadas de la prohibición de circular, las personas afectadas por hechos de violencia familiar que quieran trasladarse a denunciar a sus agresores.

Análogamente, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, habilitó una línea directa de *WhatsApp* para asistir a personas en situación de violencia

---

<sup>64</sup> Cfr. RD 12/2020, de 31 de marzo, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/01/pdfs/BOE-A-2020-4209.pdf>.

<sup>65</sup> Cfr. GOB. ESPAÑA, Ministerio de Igualdad, *Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliar derivada del estado de alarma*, disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/covid19/GuiaVictimasVGCovid19.pdf>.

por motivos de género. Sin embargo, los especialistas aseveran que, en tiempos de aislamiento social, los casos seguirán en aumento<sup>66</sup>.

Concluyentemente, en estos supuestos, donde el hogar se convierte en un lugar de peligro extremo por convivencia con el generador de violencia, resulta de fundamental importancia el otorgamiento de una serie de medidas cautelares de protección en favor de las víctimas tales como; las de prohibición de acercamiento, comunicación, limitación de encuentros y/o separación inmediata del agresor. En ese sentido, es imprescindible el otorgamiento de la prórroga automática de las medidas que pudieran haberse dispuesto con anterioridad a la declaración de los estados de emergencia.

#### **b). Víctimas de Maltrato y Abuso Infantil**<sup>67</sup> .-

Aún cuando el hogar debiera ser el lugar más seguro para un niño, el confinamiento por coronavirus ha agravado los casos de violencia infantil. Así las cosas, según la Organización Internacional *Save The Children*, uno de cada cuatro niños ha sufrido maltrato por parte de sus padres, madres o cuidadores en España.

En el mismo sentido, la Organización advierte que el aislamiento domiciliario puede provocar un aumento de los casos de violencia contra la infancia. Las circunstancias de incertidumbre y reclusión afectan de manera significativa a la salud de las familias y todo ello provoca que se disparen emociones como el estrés o la ansiedad, que dificultan la convivencia y pueden derivar en distintas formas de violencia contra los menores de edad<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> El Observatorio “*Ahora que si nos ven*”, informa que ya hubieron 49 femicidios en la Argentina: el 78% perpetrados en la vivienda de la víctima.

<sup>67</sup> La justicia restaurativa también puede ser una respuesta apropiada en los casos en que los niños son víctimas de violencia. Puede ofrecer un entorno donde los niños víctimas, con el apoyo de familiares, amigos o una persona de apoyo/defensor, participen en un proceso que cumpla con sus diferentes necesidades, evitando más traumas que el procedimiento convencional. Cfr. UNODC, *Second Edition of the Handbook on Restorative Justice Programme*, Vienna, 2020, disponible en [https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146\\_Handbook\\_on\\_Restorative\\_Justice\\_Programmes.pdf](https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf).

<sup>68</sup> Cfr. ONG SAVE THE CHILDREN, *Coronavirus: Save the Children advierte de un posible aumento de la violencia contra la infancia durante el periodo de confinamiento* (2020), disponible en <https://www.savethechildren.es/notasprensa/coronavirus-save-children-advierte-de-un-posible-aumento-de-la-violencia-contra-la>.

Al mismo tiempo, la ONG asevera que los niños y niñas que ya vivían en situación de pobreza carecen de acceso a la alimentación básica que tenían antes del coronavirus, en los comedores escolares. En consecuencia, la declaración de la emergencia sanitaria, supone en algunos casos, que las familias vean empeoradas su situación.

En esa inteligencia, Elvira Álvarez Olazabal, jueza de la Corte Suprema de la República del Perú, confirma que en lo que va del confinamiento, al menos tres mil setecientas sesenta y tres (3.763) personas han sido detenidas por violencia sexual. Enseguida, advierte que con motivo de la pandemia se prevén en el Perú, unos siete millones de embarazos forzosos de niñas madres, menores de catorce años de edad. El enemigo está en la casa, afirma Olazabal<sup>69</sup>.

De lo hasta aquí expuesto, se deduce que, aunque las autoridades comienzan a dictar medidas paliativas para remediar el impacto del Covid-19 en los niños y niñas, no será hasta dentro de algunos años que terminemos de comprender el impacto psicológico que finalmente acarreará para ellos<sup>70</sup>.

Mientras tanto, conviene ensayar algunas consideraciones en torno a los menores de edad especialmente vulnerables: i). Resulta fundamental realizar una detección temprana de casos de maltrato y abuso infantil. A tal fin, se propone la habilitación de canales de denuncias digitales, accesibles y con lenguaje comprensible. Además, se comparte la necesidad de brindar una ii). Atención psicoterapéutica *online* para atender al bienestar emocional de los menores con pautas sobre crianza positiva.

Por otro lado, ya en términos procesales, sería deseable; iii). La utilización de Cámara Gesell<sup>71</sup>, de acuerdo a los protocolos y recomendaciones para víctimas menores

---

<sup>69</sup> Cfr. IAWJ (*International Association Of Women Judges*), *op.cit.*, “Webinar...”.

<sup>70</sup> SAVE THE CHILDREN, aconseja especialmente que los adultos expliquen, con lenguaje adecuado y adaptado a su edad, qué está sucediendo y cuáles son los peligros derivados del uso de las tecnologías. Con el aumento de la conectividad, se incrementan las posibilidades de que niños y niñas puedan sufrir distintas formas de violencia *online*, como el ciberacoso o el *sexting*.

<sup>71</sup> Aunque no sea objeto del presente, creo de especial interés señalar las propuestas elaboradas por BUENO DE MATA en cuanto a la importancia de utilizar infraestructuras adecuadas, respetar ciertas pautas técnicas de grabación y emplear un lenguaje adaptado a la edad y la situación de la víctima. Cfr. *Propuestas para la configuración de un protocolo de videograbación de la declaración de menores víctimas de violencia de género en Protocolos de Actuación con Víctimas Especialmente Vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.115-122. En el mismo sentido, BEGOÑA, HERRERO, IBÁÑEZ y ORTEGA, *Grabación de testificales de víctimas especialmente vulnerables por parte de los operadores jurídicos*, *op. cit.* “Protocolos...”, p. 123-130.

de edad<sup>72</sup>. En ese sentido, conviene practicar prueba preconstituida evitando declaraciones sucesivas.

**c). Breve consideración en torno a la Prueba Preconstituida.-**

El daño causado a la víctima no concluye con el delito (victimización primaria), sino que continúa y a menudo aumenta en el recorrido procesal, agravando el mal inicialmente causado, originando victimización secundaria, que se favorece frente a la reiteración del relato (en sede policial, ante el órgano instructor y el de juicio)<sup>73</sup>.

De construcción jurisprudencial, y no regulada claramente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, puede entenderse consagrada normativamente por la Ley 4/2015 (LEVD). En ese sentido, el artículo 26 señala que en supuestos en los que intervengan menores de edad y personas con discapacidad; “(...) *Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)*”<sup>74</sup>.

No obstante ello, el precepto solo contempla la posibilidad de practicar prueba preconstituida en los supuestos en los que se constate la existencia de víctimas menores de edad o de personas con discapacidad lo que, a mi juicio, resulta razonable en aras de respetar las garantías de inmediación y contradicción del debido proceso<sup>75</sup>.

Sin embargo, vale mencionar que la práctica de prueba preconstituida no significa, en modo alguno, desconocer la importancia del principio Constitucional de la presunción de inocencia. Así, tal y como lo explica Huertas Martín, la regla general según la cual sólo la prueba practicada en juicio oral puede ser valorada a efectos de

---

<sup>72</sup> Si bien es cierto que tanto en Catalunya, como en gran parte de la República Argentina, el uso de la Cámara Gesell no es novedoso, aún resta que los diversos ordenamientos procesales recojan la noción de prueba preconstituida tendiente a evitar la revictimización de menores y víctimas especialmente vulnerables.

<sup>73</sup> Cfr. HUERTAS MARTÍN, M. I., *La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables*, op. cit. “Protocolos...”, p. 53-60.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 56-58.

<sup>75</sup> En ese sentido la STC 105/2014, de 23 de junio y la STC 120/2009 según las cuales los principios de inmediación y contradicción imponen que la prueba personal se practique ante el órgano judicial en debate público, sin que tales garantías puedan suplirse con la sola reproducción de la grabación audiovisual. *Ibidem*, p. 59.

hacer decaer la presunción de inocencia, no puede ser entendida de forma tan radical que lleve a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias<sup>76</sup>.

En efecto, la propia doctrina del Tribunal Constitucional español reconoce excepciones a la regla general. De este modo, la STC 68/2010, de 18 de octubre, al exigir que se constaten para su admisión, unos presupuestos a) materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b). subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c). objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción (convocatoria al abogado del imputado) y d). formales: la introducción del contenido de la declaración a través de la lectura del acta en que se documenta, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público.

Concluyentemente, será admisible la prueba preconstituida cuando concurra una causa legítima, esto es, cuando se acredite la inconveniencia de la presencia de la víctima en el acto de juicio y el daño psicológico que para aquella podría ocasionar su comparecencia<sup>77</sup>.

Asimismo, vale subrayar lo dispuesto por el artículo 2.1 y 2.2 de la Decisión marco 2001 de la UE, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, a la que me refiriera *ut-supra* y en virtud de la cual se conmina a los Estados a que brinden un trato específico a las víctimas especialmente vulnerables. Además, el artículo 19 de la Directiva del año 2012 de la UE, por cuanto reconoce el derecho a evitar el contacto con el infractor. A tal fin, se dispone que los Estados deban incluir salas de espera separadas para las víctimas.

Finalmente, cabe destacar el Asunto Pupino C-105/03, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, oportunidad en la que se señaló que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad, que alegan haber sido víctimas de malos tratos, presten declaración según unas formas que garanticen un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. Como resultado, el órgano de jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 59-60.

Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco<sup>78</sup>.

#### **d). Cárceles y Coronavirus.-**

El populismo punitivo, la sobrepoblación carcelaria y el coronavirus constituyen un cóctel explosivo que se traduce en excarcelaciones masivas y/o flagrantes violaciones a los derechos humanos, según el territorio del globo que se estudie. En ese contexto, la República Argentina, en emergencia penitenciaria desde el año 2019, no resulta ajena a este fenómeno mundial<sup>79</sup>.

Es sabido que el Derecho penal ha sido utilizado para visibilizar los conflictos sociales. Sin embargo, también es notorio que la norma penal no puede dar respuesta a todo cuanto se pretende. Más aún, entiendo que conviene dejar de legislar a golpe de telediarario y utilizar la ley penal solo en última instancia<sup>80</sup>, allí donde no se vislumbre otro remedio más idóneo y solo a la postre de los correspondientes debates parlamentarios.

En mi opinión, el problema no son las excarcelaciones masivas otorgadas con motivo de la declaración de la emergencia sanitaria, más bien la dificultad viene dada por el incumplimiento sistemático de las Reglas de Beijing<sup>81</sup> y Tokio<sup>82</sup>, que ya preveían lineamientos para reducir la población carcelaria. Por otra parte, es innegable que el

---

<sup>78</sup> El *Tribunale de Firenze* remitió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De la resolución de remisión se desprende que, en el proceso penal seguido contra la Sra. Pupino, se le imputa, por un lado, haber cometido, durante los meses de enero y febrero de 2001, múltiples delitos de «abuso de medidas disciplinarias» tipificados en el artículo 571 del Código Penal italiano respecto de algunos de sus alumnos menores de cinco años en el momento en que ocurrieron los hechos, en particular, por haberles pegado a menudo, haberles amenazado con administrarles tranquilizantes y con tapparles la boca con esparadrapo y haberles impedido ir a los aseos. Por otro lado, se le imputa haber cometido, en febrero de 2001, el delito de «lesiones agravadas», tipificado en los artículos 582, 585 y 576 del CP, en relación con el artículo 61, puntos 2 y 11, del mismo Código, por haber asestado a una de sus alumnas un golpe que le causó una leve tumefacción en la región frontal.

<sup>79</sup> El Poder Ejecutivo Nacional decretó la emergencia en materia penitenciaria, por el término de tres años el 25 de marzo de 2019. Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DDHH DE LA NACIÓN, Res. N° 184/2019, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>.

<sup>80</sup> En definitiva, volver sobre la *ultima ratio* del Derecho penal.

<sup>81</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, disponible en <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.

<sup>82</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>.

hecho de invertir en modelos abiertos de prisiones, no trae aparejada la cantidad de votos que a menudo pretende la clase política para encarar cualquier política pública de esta especie.

Por lo demás, es fácilmente demostrable que el sistema carcelario tradicional ha demostrado su fracaso. Se impone, en cambio, desde mi perspectiva, un sistema abierto más propio de los procesos restaurativos. Así por ejemplo, los modelos de los países nórdicos que han conseguido reducir notablemente su población carcelaria. De la misma manera, en la propia Europa, en países tales como Holanda donde la crisis carcelaria viene dada por la falta de presos y la necesidad de alquilar sus celdas a países vecinos.

En rigor de verdad, cuando se estudia este fenómeno, se vislumbra que el éxito alcanzado por estas naciones viene dado en buena medida por dos criterios básicos de actuación: dignificar e igualar en derechos a las personas detenidas. De ahí que, en las prisiones de estos países, proliferan los espacios verdes y los regímenes abiertos de intervención mínima. Consecuentemente, las tasas de reincidencia se reducen notablemente y las cárceles no sirven de “escuelas” de delincuencia sino que más bien, se erigen como verdaderos espacios de reinserción social. En suma, un estado de cosas a imitar que redundaría en la transformación del sistema carcelario tal y como lo conocemos actualmente en nuestra región.

En el caso argentino, el hacinamiento y las condiciones inhumanas en las que se encuentran los establecimientos penitenciarios, en contra de lo prescripto por el artículo 18 de nuestra Carta Magna, no es nuevo. En efecto, las cárceles están lejos de ser limpias o sanas. Además, la tasa de procesados sin condena es alarmante y se erige en regla cuando debiera ser excepción.

Afortunadamente, las Constituciones y Leyes de los Estados democráticos de Derecho, prohíben que los presos se pudran en las cárceles. De modo tal que, cumplida la pena<sup>83</sup>, retornan a la sociedad. Sin embargo, ni se evita la reincidencia del autor ni se logra su resocialización. Consecuentemente, resulta necesario buscar mecanismos alternativos tendientes a disminuir la recaída del autor en el delito y que satisfagan su resocialización.

---

<sup>83</sup> Aunque en el caso argentino, la cuestión relativa al cumplimiento efectivo de las penas resultaría objeto de otro estudio que aquí no puede efectuarse.

Definitivamente, el sistema carcelario tradicional, en ocasiones se asemeja más al de la época Victoriana que al propio Siglo XXI. En ese sentido, es curioso observar que mientras todo ha cambiado en nuestras sociedades actuales, buena parte de las cárceles latinoamericanas, son semejantes a las que se pensaron para el siglo XVIII. Concluyentemente, podemos deducir que el problema no es el virus. El conflicto, más bien, es sistémico.

Finalmente, conviene enfatizar que la pobreza aunada a contextos inciertos como los que estamos transitando, nos conmina a trabajar en la construcción de pactos sociales para la igualdad. En definitiva, si algún mérito puede atribuírsele a la pandemia, es el de habernos quitado la venda de la desigualdad.

A continuación, esbozaré algunas propuestas de mejora, hacia un modelo de procesos restaurativos que contemple, entre otros aspectos, la cuestión arquitectónica.

## **VI). Problemas Penales Subyacentes: entre la Dogmática y el Sentido Común.-**

### **1). Los Problemas Penales.-**

Una mirada desde las víctimas, suele traer aparejada una serie de cuestionamientos que ameritan ser estudiados. Consecuentemente, corresponde abordar los problemas penales subyacentes a toda la cuestión. A tal fin, expondré algunos de los argumentos del Catedrático Profesor Dr. Jesús-María Silva Sánchez. A mi juicio, el más acreditado experto -al menos en el ámbito Iberoamericano- de la ciencia penal de nuestra época.

En primer término, explica el profesor, que los razonamientos ocultos a la máxima *nullum crimen sine poena*<sup>84</sup> son las doctrinas de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”.

Las primeras, forjadas en el ámbito de los delitos contra la humanidad, más propias de los Tribunales Internacionales y Constitucionales. De tal modo, “(...) la

---

<sup>84</sup> Vinculada al Derecho penal autoritario, contrapuesta a la clásica *nullum crimen sine lege*, y a partir de la cual se inspira la idea de que ningún delito debe quedar impune prescindiéndose -en alguna medida- de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *op.cit.*, “Nullum Crimen...”, p.1.

*evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del Derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación -durante la última década- del alcance de principios político-criminales clásicos (...)*”. En definitiva, argumenta Silva, se buscan soluciones alternativas a la punitiva basadas en la reparación a las víctimas, comisiones de la verdad y procedimientos penales<sup>85</sup>.

En ese marco, enseña el profesor, se ha declarado que las violaciones a los derechos humanos son inamnistiables, imprescriptibles e inindultables, no rigiendo para ellos la prohibición de *non bis in ídem*<sup>86</sup>, ni el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, expulsándose en consecuencia, los principios más elementales del Derecho penal.

Asimismo, del pensamiento del autor se deduce la importancia en distinguir entre víctimas *actuales o efectivas* y víctimas *potenciales*. Sobre estas últimas, las consideraciones de prevención general positiva (ausente en la doctrina contra la impunidad) más proclive al deber de castigar afirmado a partir de víctimas *actuales*<sup>87</sup>. Al mismo tiempo, enseña el profesor que; “(...) *la pena es un castigo por el comportamiento delictivo que cumple finalidades de prevención general y especial (y no satisfactivas) (...)*”<sup>88</sup>.

Así, enfatiza Silva, que el Derecho penal moderno siempre ha estado orientado a la víctima: concretamente a la víctima potencial, tratando de impedir que deviniera víctima actual<sup>89</sup>.

Por su parte, es importante destacar que, desde la perspectiva del Catedrático, “(...) *el arrepentimiento y la reconciliación se mueven en una dirección horizontal -interpersonal- del delito. En cambio, la pena estatal como reacción a la lesión de la norma se mueve en dimensión vertical -pública- (...)*”<sup>90</sup>. Simultáneamente, agrega que;

---

<sup>85</sup> Explica SILVA que la concepción jurisprudencial alcanza a tres situaciones: la impunidad fáctica (ausencia de toda intervención estatal sobre los hechos), la impunidad legal por acción (vinculada a las leyes de exoneración parlamentarias) y la impunidad legal por omisión (propia de la no anulación de dichas leyes). *Ibidem*, p.4.

<sup>86</sup> Interesante -aunque escapa al análisis del presente- la mención que hacer el autor de la *cosa juzgada fraudulenta o aparente* (írrita) tan en boga en estos tiempos en la República Argentina. Ni nueva ni mucho menos, ya presente en el “*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” (CIDH), en el artículo 20 del Estatuto de Roma y en diversas sentencias del Tribunal Constitucional español.

<sup>87</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *op.cit.*, “Nullum Crimen...”, p.8.

<sup>88</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Las Consideraciones del Comportamiento...”, p.1.

<sup>89</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Sobre la Relevancia Jurídico-Penal...”, p.5-6.

<sup>90</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Malum Passionis. Mitigar el Dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, p.21.

*“(...) la orientación a la víctima potencial (o incluso a la comunidad = víctima actual, si es que el empleo de este término tiene sentido) y la orientación a la víctima actual se producen antinomias y fricciones, pues las conclusiones a las que se llega siguiendo una u otra orientación son radicalmente diversas (...)”*<sup>91</sup>.

No se niega, sin embargo, la existencia de un derecho de las víctimas ni de sus familiares al conocimiento de la verdad. No obstante, lo que cuestiona el autor, es que ese derecho pueda satisfacerse a través del proceso penal. En ese sentido, afirma que; *“(...) la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada (...)”*<sup>92</sup>. Al mismo tiempo, explica que la afirmación de un derecho al castigo, pretende racionalizar el puro deseo de venganza.

Al respecto, señala que del discurso propio de las Asociaciones de víctimas o medios de comunicación, se advierte la omnipresencia de los conceptos propios de la doctrina de la “lucha contra la impunidad”. Tendencia que Silva vincula a la existencia *“(...) de un (supuesto) derecho de la víctima (...) al castigo del autor (...)”*<sup>93</sup>. Concluyentemente, se rechazan los argumentos que permitan (constatado el hecho antijurídico y culpable) el distanciamiento del cumplimiento efectivo de las condenas impuestas.

Por otro lado, la doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”, no aludida explícitamente ni en las Constituciones, ni en los Códigos penales (más sí en el plano teórico desde el retribucionismo obligatorio) donde se sostiene la existencia de un derecho de la víctima al castigo del autor<sup>94</sup>. En este punto, enseña Silva, las tesis de mandatos constitucionales tácitos de criminalización presentes en el Convenio y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los que se adhiere a *“(...) la existencia de un deber del legislador nacional de promulgar leyes penales que protejan de modo suficiente a las víctimas (...)”*<sup>95</sup>.

En ese sentido, *“(...) quienes exigen el castigo efectivo del autor como elemento necesario de un Derecho penal orientado a la víctima sí pueden hablar abiertamente de*

---

<sup>91</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Sobre la Relevancia Jurídico-Penal...”, p.5.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p.8.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.10.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.13.

un “derecho de la víctima al castigo del autor (...)”<sup>96</sup>. Seguidamente, Silva expone las particularidades en el Derecho español. Así; las circunstancias en las que la víctima ostenta cierto poder sobre el ejercicio del *ius puniendi* (acción privada o pública dependiente de instancia privada) o las relativas al perdón de la víctima como causal de extinción de la responsabilidad criminal.

Por último, vale destacar que el profesor reconoce ciertos excesos reprobables de las tesis de corresponsabilidad social en el delito, por cuanto “(...) excluían prácticamente el elemento de la responsabilidad personal (...)”<sup>97</sup>.

Con todo, creo conveniente señalar el comentario del autor, en torno a que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (recogido por el artículo 24.1 de la Constitución española) no se traduce en que los ciudadanos tengan derecho a obtener condenas penales<sup>98</sup>. En rigor de verdad, el derecho material a penar es de exclusiva naturaleza pública, cuya titularidad le corresponde -solo- al Estado. Por su parte, la víctima<sup>99</sup> tiene derecho a que se apliquen las leyes (de aquí el derecho al recurso o al ejercicio de una acción por posible prevaricación), lo cual no es equiparable a un derecho material al castigo<sup>100</sup>.

## **2). El Sentido Común.-**

Expuestos los argumentos que explican -críticamente- la teoría del Derecho penal orientada a la víctima, vale consignar *infra* las consideraciones efectuadas por los representantes de las Asociaciones de víctimas (actuales y potenciales) de delitos.

De modo tal que para sopesar ideas, la referencia argumentativa debe ser contundente. En ese sentido, la filósofa, ensayista, docente e investigadora de la Universidad de Buenos Aires, fundadora y presidenta de la Asociación Civil Usina de

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>97</sup> Y estoy de acuerdo con el autor. Desde mi perspectiva, en ocasiones se ha justificado dogmáticamente lo injustificable en la realidad.

<sup>98</sup> Se ha consolidado la idea de que la solución a los problemas de convivencia actuales pasa por el castigo de quienes se consideran responsables de los mismos. Éste es el proceso que se ha descrito críticamente como expansión del Derecho penal. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Buenos Aires, 2008, p.64-110.

<sup>99</sup> Entiendo que SILVA alude a la consideración de víctima “actual” en los términos aludidos.

<sup>100</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Sobre la Relevancia Jurídico-Penal...”, p.16.

Justicia, Diana Cohen Agrest, pienso, puede ayudar a los penalistas más idóneos a reconducir hacia el sentido común, algún aspecto de la dogmática penal.

En esa búsqueda, probablemente pueda criticarse un pecado de origen: cimentado en argumentos propios de una política criminal no ilustrada<sup>101</sup> o en la confusión misma de la relación de horizontalidad y verticalidad explicitada con anterioridad, aunque soy consciente de ello. Procuraré entonces, en estas pocas páginas, sopesar argumentos de un experto en Derecho penal y otro en filosofía moral. Y allí se afinca -seguramente- otro error de génesis: asentado en la histórica distinción entre la moral y el derecho<sup>102</sup>.

Además de su reconocida trayectoria como ex becaria del Conicet, Cohen Agrest fue víctima del asesinato de su hijo Ezequiel, el pasado 08 de julio del año 2011. Desde entonces, fundó Usina de Justicia que reúne víctimas de delitos, prestigiosos intelectuales, funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la Nación Argentina. Así, y simplificando la cuestión al extremo, se cuestiona el abolicionismo penal y se intenta recuperar la idea de una justicia que contemple a las víctimas.

Seguidamente, expuestos los problemas penales, y en este intento de retorno al sentido común, más sin abandonar los presupuestos clásicos del derecho penal, vale consignar alguno de sus principales argumentos<sup>103</sup>.

A propósito, en una de las entrevistas que se le hicieron, explicó “(...) *El estado moderno se fundó a través de tres ideas, tres bienes jurídicos, que están ordenados lexicográficamente: la vida, la libertad y la propiedad. Entonces, yo sostengo que cuando se quita una vida en un estado de derecho, aquel que la quitó tiene que compensar esa pérdida simbólicamente con el bien que sigue jurídicamente: la libertad. Quien mató tiene que ceder su libertad para poder compensar esa muerte. De esta*

---

<sup>101</sup> Expresa con razón SILVA que “(...) *la obtención de un Derecho penal correcto solo puede basarse en los conceptos de una política criminal ilustrada, que toma en consideración los estudios empíricos y dogmático-valorativos que se realizan en la comunidad académica (...)*”. O lo que es lo mismo, una política criminal sin ciencia. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.51.

<sup>102</sup> También soy consciente de ello. Más no es objeto de este estudio volver a THOMASIVS. Mucho más enriquecedor, en cambio, repasar cualquiera de las obras del propio SILVA. Así, enseña, citando a KANT, que el Estado no puede perdonar delitos que tiene lugar en la relación interpersonal de los ciudadanos. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.188-189. Con todo, a mi juicio, que el Derecho y la Moral sean diferentes no significa que entre ambos órdenes exista una separación absoluta.

<sup>103</sup> Es posible encontrar en el proyecto Alternativo de Reforma del Código Penal Alemán, una visión más humanista y más próxima de lo que aquí se denomina “sentido común”.

*forma, los familiares de la víctima se sienten aliviados y sienten que la balanza de la justicia, aunque imperfecta, se compensa (...)*<sup>104</sup>.

También, y en relación al sentido de la pena, manifestó “(...) *Las penas tienen un doble propósito, tanto para el victimario como para la víctima. Por el lado del victimario, tienen tiempo de recuperarse psíquica y anímicamente. Y por el de la víctima, la elaboración de un perdón (...)*”<sup>105</sup>.

De igual modo, refirió “(...) *El abolicionismo penal separa la ética y la moral de la ley. Por ejemplo, cuando alguien mata o viola o roba, la ley no lo castiga porque haya una persona muerta, una persona violada o una persona a la que se le sustrajo algo. Lo que hace la ley es castigarlo porque transgredió la norma; entonces, desaparece el sujeto. El problema de esa postura teórica es que después meten por la ventana lo que sacaron por la puerta. O sea, si se separa a la moral y a la religión de la norma legal, después no se puede apelar a nociones como arrepentimiento y perdón, porque son nociones religiosas o morales (...)*”<sup>106</sup>.

Al mismo tiempo, expuso: “(...) *La lucha de Usina de Justicia es para terminar con la justicia por mano propia y para que renazca el imperio de la ley penal que, a mi juicio, tiene que estar fundada en la ley moral. Es necesario que funcione la vindicta pública para que no se alce la venganza privada (...)* el abordaje de la problemática es de tipo arquitectónico: no hay lugar para tantos presos. Falazmente, de una premisa (no hay lugar para tantos presos), se infiere una conclusión que no se sigue (deben ser enviados a sus casas). ¿O acaso, en una lógica cuestionable, la cantidad de internos debe determinarse por la cantidad de plazas penitenciarias? ¿No será más bien que el número de plazas debe ser el suficiente para alojar a los reos que violaron la ley? Así como del hecho de que no hay plazas suficientes en las escuelas para albergar a los alumnos se deduce que deben construirse más escuelas, o del hecho de que no hay camas suficientes en los hospitales se deduce que deben construirse nuevos nosocomios, análogamente del hecho de que no hay lugar en las cárceles, se infiere que deben construirse nuevas cárceles. Porque el problema no es que hay muchos presos, sino que hay pocas plazas en las cárceles. De más está decir que se aspira a resolver

---

<sup>104</sup> Cfr. COHEN AGREST, Diana, Diario INFOBAE, 23 de marzo de 2019, disponible en <https://www.infobae.com/def/defensa-y-seguridad/2019/03/23/diana-cohen-agrest-la-pena-tiene-que-ser-perpetua-cuando-hubo-una-muerte/>.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

*un problema extrajurídico (las plazas disponibles) con una respuesta ideológica con efectos jurídicos (...)*<sup>107</sup>.

En otra oportunidad, manifestó; “(...) *el abolicionismo insiste en desentenderse de la realidad cultural que vivimos, donde predominan las relaciones horizontales y donde es evidente que ya no bastan las interpretaciones sociológicas como clave de lectura de una realidad que, obstinada, insiste en ser lo que es (...)*”<sup>108</sup>.

Asimismo, en una columna de opinión expuso; “(...) *El hecho de que el Estado de Derecho haya expropiado el deber de retaliación y lo haya tomado a su cargo lo vuelve aún más responsable en la obligación de justicia que les debe a la víctima y a la sociedad toda. La idea de la retaliación y su función social no debería ser depreciada, dado que persiste en todas las prácticas humanas: cuando no pagamos la luz o el gas, debemos pagar una sanción pecuniaria. Cuando hacemos un regalo, solemos hacerlo guiados por un principio retributivo. ¿Cómo se explica entonces que, confiando en que el Estado haría justicia en nombre de los particulares, hayamos cedido nuestro poder de retaliación y hayamos sido abandonados a la intemperie, sin retaliación personal ni justicia pública? (...)*”<sup>109</sup>.

En otra, expresó; “(...) *La sola invocación de las garantías constitucionales resuena como una suerte de mantra ante el que solo cabe el silencio. Pero se olvida que las garantías son resguardos, protecciones o defensas que preservan el orden de justicia, cuyo beneficiario es ante todo la comunidad y sus miembros, incluidos quienes violaron la ley. Pero no sólo ellos (...)*”<sup>110</sup>.

Expuesta la cuestión, a partir de dos profesionales que merecen el mayor de los respetos por su idoneidad, calidad académica y honestidad intelectual, intentaré esbozar algunas conclusiones.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Cfr. COHEN AGREST, Diana, *La Justicia y el Sentido Común*, Diario CLARÍN, 07 de mayo de 2019, disponible en [https://www.clarin.com/opinion/justicia-sentido-comun\\_0\\_haAevPOpd.html](https://www.clarin.com/opinion/justicia-sentido-comun_0_haAevPOpd.html).

<sup>109</sup> Cfr. COHEN AGREST, Diana, *El Derecho Penal debe Volver su Mirada hacia la Víctima*, Diario LA NACIÓN, 09 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/el-derecho-penal-debe-volver-su-mirada-hacia-la-victima-nid2313845>.

<sup>110</sup> Cfr. COHEN AGREST, Diana, *El Curioso Terraplanismo de la Progresía Setentista*, Diario INFOBAE, 28 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2019/12/28/el-curioso-terraplanismo-de-la-progresia-setentista/>.

## VII).Conjunto Unión ¿Posible? Hacia un modelo de Procesos Restaurativos.-

Tal y como lo enseña Silva; “(...) *el proceso penal constituye básicamente el mecanismo para la imposición de la sanción estatal y no para atender a las cuestiones privadas (...) todo ello, instituido con la loable finalidad de obtener una justicia penal objetiva y desapasionada en la que queden debidamente garantizados los derechos del sujeto activo del delito, ha relegado a la víctima a la condición de mero objeto, neutro y pasivo, sobre el que recae el delito (...)*”<sup>111</sup>. Al propósito, nótese que el profesor no niega (en ese proceso de publicación) cierta desatención a la víctima. Al mismo tiempo, reconoce los riesgos de victimización secundaria que entraña el proceso penal.

De hecho, a mi juicio, le asiste razón al catedrático cuando describe las tendencias en nuestras sociedades (así como la reconciliación interpersonal y social) contrarias al perdón<sup>112</sup>. De este modo, Silva esboza algunas características propias del perdón y la falta de necesidad de castigo<sup>113</sup> (perdón legislativo utilitario; atenuación por delación y delación premiada de Brasil); del perdón equitativo (caso de condenados ancianos o gravemente enfermos) y del perdón de la víctima (que se manifiesta en las dos dimensiones expuestas; -vertical- del castigo jurídico-penal e interpersonal -horizontal)<sup>114</sup>.

Con todo, expuesto aquello, vale esbozar algunas consideraciones:

i). que la despersonalización sea irrenunciable, no implica necesariamente una imposibilidad de repatriar a la víctima *actual*; ii). que la situación de las cárceles sea ilegal e inconstitucional por su estado de hacinamiento y violencia masiva, no comporta que deba desatenderse la cuestión arquitectónica; iii). las tendencias de legislar a golpe de telediario deben ser evitadas, también deben propiciarse intentos de recomposición de la relación horizontal; iv). existen colectivos de víctimas que reclaman el adecuado funcionamiento de la vindicta pública rechazando -al mismo tiempo- el alzamiento de la venganza privada; v). los procesos restaurativos no implican necesariamente, adoptar soluciones alternativas al Derecho penal: un discurrir complementario entre el derecho penal público y el proceso restaurativo, es posible. vi). que el éxito del Derecho penal

---

<sup>111</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “Malum Passionis...”.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.206.

<sup>113</sup> Particular atención merece lo que él describe como “equivalente funcional” de la pena.

<sup>114</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.209-214.

venga dado por el enjuiciamiento, la condena y la pena o por la absolución (restableciendo la relación vertical), no significa que la dimensión horizontal quede restaurada<sup>115</sup>; vii). el Estado no debe obstaculizar la reconciliación: pueden exigírsele acciones positivas tendientes a promoverla -sin convertirlo en parte-<sup>116</sup> y viii). sería deseable el principio de máxima reducción de la ejecución efectiva de las penas privativas de la libertad: igualmente anhelado el cumplimiento efectivo de las penas<sup>117</sup> .

No es posible en este espacio explayarme -como quisiera- en cada una de las consideraciones efectuadas. Puntualizaré, sin embargo, en dos aspectos que creo pueden servir para tender algún puente entre los argumentos 1) y 2) a los que me refiriera *ut-supra*: la cuestión arquitectónica y los procesos restaurativos.

#### **a). La Cuestión Arquitectónica.**

A partir del relato de tres historias reales y distintas, se constatará que la infraestructura, a menudo olvidada, puede constituir agente de cambio.

Deanna Van Buren es conocida como la “arquitecta de la justicia”. Sin embargo, no diseña prisiones, centros de detención o juzgados. Arquitecta de profesión, Deanna cuenta su experiencia al conocer la Institución Correccional del Estado de Chester, Pensilvania. Así, describe el exterior de este edificio de cemento, con pequeñas ventanas, una cerca de alambre de púas, paredes altas y torres de vigilancia. De igual manera, su interior, donde predominan los espacios fríos y duros con poca luz y aire, guardias gritando, puertas retumbando y una pared de celdas llena de presos negros y mulatos.

En efecto, la arquitecta explica que ese tipo de estructuras simbolizan el peor diseño para abordar el daño que nos hacemos unos a otros. A partir de entonces,

---

<sup>115</sup> Y así lo consigna el propio SILVA. *Ibidem*, p.222.

<sup>116</sup> También acepta SILVA el deber positivo del Estado en la promoción de la reconciliación. “(...) *Una sociedad corresponsable no puede ser (sólo) una sociedad punitiva (...) parece especialmente obligada una posición del Estado favorecedora de la reconciliación entre el autor y la víctima (...) se trata de que asuma la función de fomento, respaldando la acción reconciliadora de cuantas instituciones sociales hayan asumido esta misión (...)*”. *Ibidem*, p. 236 a 241.

<sup>117</sup> En ese sentido, acertado a mi juicio, el proyecto de reforma del Código Penal Argentino. Asimismo, por cuanto incluye el principio de reincidencia real, según el cual se considerará reincidente a una persona cuando cumpla el mínimo de la pena de prisión prevista en el Código Penal y no cuando el condenado termine de cumplir el total de la pena impuesta.

comenzó a pensar en el diseño de estructuras alternativas tales como las destinadas a los procesos restaurativos. Enseguida, transformó aulas en espacios donde pudieran resolverse las antiguas expulsiones que son percibidos ahora, por la comunidad educativa, como lugares de refugio. El espacio amplifica los efectos del proceso, afirma Deanna.

Seguidamente, analizó los encarcelamientos masivos en los Estados Unidos y dedujo que el 95% de los prisioneros volverán a sus casas supervivientes de agresiones físicas, sexuales y emocionales. Tan pronto como advirtió el fenómeno, e impulsada por la necesidad de reemplazar la construcción de los clásicos establecimientos penitenciarios por centros pacificadores, espacios de procesos restaurativos y aldeas emergentes, comenzó (a partir de la opinión de los propios encarcelados) con el diseño de centros comunitarios. Entonces, se propusieron crear espacios verdes y circulares tendientes a estrechar vínculos entre víctimas y victimarios. En definitiva, espacios que aborden las causas y las consecuencias del encarcelamiento masivo.

Así las cosas, Deanna empezó a trabajar en el Centro para la Innovación Judicial, donde ya se estaban utilizando prácticas pacificadoras de los indios nativos en Near Westside, Siracusa, Nueva York. A tal fin, localizaron y remodelaron una vieja casa de venta de estupefacientes, para transformarla en un centro de construcción de paz. Desde entonces, acuden al Centro diariamente unos ochenta grupos de personas<sup>118</sup>.

Actualmente, Van Buren trabaja en construir lugares que permitan satisfacer las necesidades económicas básicas de los presos al salir de prisión. Ello, bajo el entendimiento de que detrás de la reincidencia está la falta de empleo. En consecuencia, se propone sustituir prisiones por sitios para formar empleados y emprendedores a los que denomina espacios de “economía restaurativa”. Prevé abrir el primero de estos centros en East Oakland, California<sup>119</sup>. Ciertamente, por cada prisión que se construye se podrían proyectar treinta de estos centros restaurativos, asevera la arquitecta.

---

<sup>118</sup> Las personas que lo visitan, entre ellas víctimas de abuso sexual intrafamiliar (especialmente vulnerables) refieren sentirse cómodas y a gusto. Más precisamente, expresan que se trata de un lugar cálido que les permite completar el proceso de “hacer las paces” y que transforma las relaciones.

<sup>119</sup> Albergará un restaurante que se llamará “colores” y que intentará neutralizar la división racial que impera dentro de la industria gastronómica. Se entrenará a quienes hayan cumplido la pena de prisión, para que puedan ganar un salario digno en restaurantes de alta cocina, sin importar sus antecedentes penales. En otro de sus pisos, se diseñarán espacios abiertos y llenos de luz, donde se ubicarán diversas organizaciones activistas. Finalmente, un espacio dedicado a procesos restaurativos.

Finalmente, propone la construcción de “aldeas emergentes”, una suerte de ciudades sobre ruedas (a partir de la adaptación de autobuses) para comunidades aisladas en el área de San Francisco que incluyan medicina móvil, servicios sociales y tiendas temporales. Otras, podrán convertirse en aulas sobre ruedas o en espacios de refugio para acoger a mujeres que salen de prisión en mitad de la noche (especialmente vulnerables) <sup>120</sup>.

Dan Reisel, es médico neurólogo y se dedicó a estudiar el comportamiento cerebral de convictos de la prisión de alta seguridad de Wormwood Scrubs, Londres. Como su nombre lo indica, “*Arbustos de amargura*” fue construida por los propios presos a fines de la época Victoriana albergando a los presidiarios más peligrosos de Gran Bretaña.

El estudio consistió en clasificar diferentes imágenes emocionales y observar las respuestas físicas de los presos con rasgos psicopáticos. En consecuencia, se descubrió que frente la exhibición de determinadas fotografías (como por ejemplo, las de una persona triste) los reclusos no respondían físicamente como el común de las personas (que exhiben cierto escozor y sudoración). Conocían las palabras pero no la música de la empatía, explica el galeno.

Al mismo tiempo, y a partir de la obtención de imágenes por resonancia magnética de sus cerebros, descubrió que estos individuos no habían sido (solo) víctimas de infancias problemáticas, sino que también presentaban una deficiencia en un área del cerebro llamada amígdala. Crucial para la generación de empatía. Cuanto más empática es una persona, mayor y más activa su amígdala, explica Dan. Sin embargo, los presidiarios objeto de estudio, poseían una amígdala deficiente lo que probablemente causaba la falta de empatía y su comportamiento inmoral <sup>121</sup>.

En efecto, la construcción de las bases del cerebro social se realiza poco a poco y desde la infancia. Por ese motivo, cerca de los tres o cuatro años de edad la mayoría de los niños adquieren capacidad para entender las intenciones de los otros, pre-

---

<sup>120</sup> Cfr. VAN BUREN, Deanna, *What a world without prisons could look like*, TED WOMEN TALKS (2017), [https://www.ted.com/talks/deanna\\_van\\_buren\\_what\\_a\\_world\\_without\\_prisons\\_could\\_look\\_like/u\\_p-next#t-891995](https://www.ted.com/talks/deanna_van_buren_what_a_world_without_prisons_could_look_like/u_p-next#t-891995).

<sup>121</sup> Argumenta el científico que somos nosotros los que necesitamos cambiar nuestras amígdalas. De tal modo, necesitamos dejar de ver a los prisioneros como personas totalmente incorregibles. Es que ¿si así los percibimos nosotros, cómo van a hacer ellos para descubrirse distintos?

requisito para la empatía. De ahí que, los primeros años, son cruciales para adquirir determinados comportamientos morales, explica el neurólogo. Por el contrario, más adelante en el tiempo, cuesta tanto adquirirlos, como a un adulto aprender un idioma nuevo. Aunque, no es imposible.

Sintetizando, el médico sugiere buscar formas para ayudar a la gente a cambiar sus cerebros y comportamientos. Justamente, un estudio de la Universidad de Standford, indicó que esto es practicable. Al respecto, explica que durante cien años los neurólogos creyeron que en las personas adultas no podían crecer nuevas neuronas. Ese era el dogma hasta los años noventa, cuando se descubrió que el crecimiento neuronal en mamíferos adultos era posible.

Esto quiere decir, afirma el científico, que la neurogénesis (el nacimiento de nuevas neuronas) es posible mientras mejores sean las condiciones ambientales. Efectivamente, el cerebro es capaz de cambiar en la vida adulta. Sin embargo, advierte, hay que evitar la presencia de hormonas liberadas por el estrés que suprimen la neurogenesis. La solución para amígdalas estresadas, sostiene, no puede facilitarse situándolas en un ambiente que inhibe su posibilidad de crecimiento posterior.

No obstante, el estudio no sugiere otorgar la libertad provisional de las personas que posean una disfunción en la amígdala. Más bien, muestra que (en la medida que el cerebro es capaz de crecer) los reclusos tienen la obligación de hacerse responsables de sus actos e intentar rehabilitarse. Y una forma de lograrlo, indica, es a través de los procesos restaurativos.

Gracias a este tipo de procesos, víctima y victimario se encuentran en espacios seguros y estructurados. En pocas palabras, el criminal puede ver, por primera vez, a la víctima como a una persona real con pensamientos y sentimientos. Esto, explica Reisel, estimula el funcionamiento de la amígdala y puede resultar una práctica de rehabilitación más efectiva que el encarcelamiento tradicional.

La prisión de *Wormwood Scrubs*, apunta Dan, fue construida por prisioneros hace más de 130 años. Desde entonces, la sociedad ha avanzado en la forma en la que dirige sus colegios y hospitales. Mientras tanto, los centros penitenciarios son los mismos que los de la época de Dickens.

Como se ha demostrado, el cerebro es capaz de lograr cambios extraordinarios y para eso hay que modular el ambiente, insiste. Luego, hay que crear una alianza entre la gente que crea que la ciencia es esencial para generar el cambio social. Sin dudas, la reducción de las tasas de reincidencia requiere de clínicos y científicos de laboratorio, políticos y trabajadores sociales, filántropos y defensores de los derechos humanos, trabajando mancomunadamente.

En resumen, la propuesta es que, mientras se cumple la pena, se entrene la amígdala. Entonces, se estimularía el crecimiento de nuevas células cerebrales y conexiones, de modo que podría enfrentarse mejor al mundo al recuperar su libertad, lo que naturalmente, beneficiaría a todos<sup>122</sup>.

Michael Murphy decidió estudiar arquitectura luego de que su padre se sobrepusiera a una enfermedad terminal. Enseguida, conoció al doctor Paul Farmer, un activista de la salud líder para los pobres del mundo. Un médico que hablaba de arquitectura. Si los hospitales, a menudo, enferman más de lo que curan ¿dónde están los arquitectos y los diseñadores que nos ayuden a construir nuevas clínicas que permitan sanar?, preguntaba Paul.

A partir de entonces, el arquitecto se unió al médico estableciéndose en Butaro, República de Ruanda, África Oriental. El objetivo era diseñar y construir un nuevo tipo de hospital. Si los pasillos enferman más a los pacientes ¿por qué no diseñar un hospital con pasillos en el exterior, para que la gente camine por la periferia?, se preguntaron.

En efecto, la evidencia muestra que facilitar a los enfermos de unas simples vistas a la naturaleza puede mejorar radicalmente su salud, afirma Michael. De modo tal que se propusieron que cada paciente de este nuevo hospital tuviera una ventana con vistas. Los diseños simples y específicos, pueden hacer que un hospital cure.

La construcción del hospital se realizó a mano, bajo un método ruandés denominado *Ubudehe* que significa “la comunidad trabaja para la comunidad”. De modo tal que la propia comunidad comenzó a excavar la colina, diseñar y construir los muebles y esculpir las piedras a mano. Quince años después del genocidio ruandés, la propia comunidad trabajaba para sanar, cuenta Michael.

---

<sup>122</sup> Cfr. REISEL, DAN, *The neuroscience of restorative justice*, TED TALKS (2013), disponible en [https://www.ted.com/talks/dan\\_reisel\\_the\\_neuroscience\\_of\\_restorative\\_justice/transcript#t-597853](https://www.ted.com/talks/dan_reisel_the_neuroscience_of_restorative_justice/transcript#t-597853).

A la fabricación local la denominaron *Lo-fab* y tiene cuatro pilares: contratar localmente, abastecerse regionalmente, formar donde se pueda y pensar en cada decisión de diseño como una oportunidad para invertir en la dignidad de los lugares donde se presta el servicio.

Así las cosas, Michael y su equipo pensaron en replicar este método en el resto del mundo. Las decisiones estéticas pueden diseñarse para impactar la vida de las personas, a severa. Y con estas nuevas valoraciones, construyeron en Haití un hospital para acabar con la epidemia del cólera; en Malawi un centro de maternidad donde se redujo la mortalidad materna e infantil; en el Congo un centro educativo que se convirtió también en un espacio para proteger la fauna en extinción y en los Estados Unidos una Universidad para sordos y personas con dificultades auditivas.

La arquitectura puede ser un motor para el cambio, afirma Michael. Bajo esa premisa diseño y construyó en Alabama, junto a Bryan Stevenson, fundador de “*The Equal Justice Initiative*”, el *National Memorial for Peace and Justice* (Memorial Nacional por la Paz y la Justicia) dedicado a las víctimas de los supremacistas blancos estadounidenses.

Naturalmente, se utilizó el método *Ubudehe* y se recogió tierra de los lugares donde se produjeron los linchamientos, la que se preservó en frascos individuales con los nombres de sus víctimas. El acto de recoger esa tierra, asegura el arquitecto, sirvió de proceso restaurativo para los familiares de las víctimas que ahora descansan en paz.

Concluyentemente, afirma Murphy, los edificios no son simplemente esculturas expresivas. En cambio, hacen visibles nuestras aspiraciones personales y colectivas como sociedad. La gran arquitectura puede dar esperanza y curar<sup>123</sup>.

#### **b). Procesos Restaurativos y Víctimas Necesitadas de Especial Protección.-**

Las bases de los procesos restaurativos surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX, a causa de la insatisfacción generada por los resultados del Derecho penal tradicional. El descontento se manifiesta, especialmente, hacia la aplicación de la pena

---

<sup>123</sup> Cfr. MURPHY, Michael, *Architecture that's built to heal*, TED TALKS (2016), disponible en [https://www.ted.com/talks/michael\\_murphy\\_architecture\\_that\\_s\\_built\\_to\\_heal/up-next#t-919921](https://www.ted.com/talks/michael_murphy_architecture_that_s_built_to_heal/up-next#t-919921).

privativa de libertad y sus negativas consecuencias, que ni satisfacen a la víctima, ni evitan la reincidencia del autor y en pocas ocasiones propician su resocialización<sup>124</sup>.

Los primeros teóricos de la justicia restaurativa, introduciendo la restitución como nuevo paradigma de abandonar el castigo y acoger la reparación, son Barnett<sup>125</sup> y Christie<sup>126</sup>. Como señalan los autores<sup>127</sup>, en los últimos años una nueva expectativa se suma a las ya existentes acerca del Derecho penal: debería tener más en consideración a la víctima. Al menos las víctimas desearían ser informadas acerca del progreso o falta de avance de su caso.

Tal y como lo consigna Vall Rius, el cúmulo de insatisfacciones hacia el sistema penal tradicional motivó que las corrientes reformadoras del Derecho penal y en especial la criminología, se implicasen largo tiempo en investigar con el objetivo de encontrar mejores respuestas al delito, que fuesen menos destructivas y más efectivas. Según Johstone, el resultado de esta larga investigación es la Justicia Restaurativa<sup>128</sup>.

El primero en utilizar el término “Justicia Restaurativa” fue Howard Zehr, en 1985, para referirse a un nuevo paradigma de justicia, alternativo a la justicia retributiva<sup>129</sup>.

Por su parte, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra las Drogas y el Delito define al proceso restaurativo, como “(...) cualquiera en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del

---

<sup>124</sup> Cfr. VALL RIUS, Anna, *op.cit.*, “La Justicia Restaurativa (...)”, p.3.

<sup>125</sup> Cfr. BARNETT, *Restitución: un nuevo paradigma de justicia penal*, 1977, citado por VALL RIUS.

<sup>126</sup> Cfr. CHRISTIE, *Conflicts as property*, 1977, citado por VALL RIUS, *Ibidem*, p.8.

<sup>127</sup> Cfr. AERTSEN, MACKAY, PELIKAN, WILLEMSSENS y W., *Rebuilding Community connections- mediation and restorative Justice in Europe*, Leuven 2004 p. 11, citado por VALL RIUS, *Ibidem*, p.5.

<sup>128</sup> Cfr. JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, Portland 2002, p.12 y ss. citado por VALL RIUS, Anna, *Ibidem*, p.6

<sup>129</sup> La primera fórmula o método de Justicia Restaurativa que se utilizó fue la mediación, pero hacia los años 90, empiezan a surgir con fuerza otras prácticas restaurativas como *conferencing*, *family group conferencing*, *sentencing circles* o *círculos de pacificación*, muchas de ellas partiendo de prácticas ancestrales arraigadas y todavía vivas en algunas comunidades nativas. Este concepto empezó a usarse en países como Canadá, USA, Reino Unido, Nueva Zelanda o Australia. El primer antecedente en Canadá fue el conocido como caso “Elmira” que tuvo lugar en 1974. Uno de los sistemas de justicia nativa que más suele tomarse como ejemplo es el “*navajo peacemaking*”. *Ibidem*, p.16.

*crimen, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias (...)*<sup>130</sup>.

Igualmente, establece que se entiende por resultado restaurativo a todo aquél “(...) *acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. Los resultados restaurativos incluyen respuestas y programas como reparación, restitución y servicio a la comunidad, con la meta de cumplir con las necesidades individuales y colectivas y responsabilidades de las partes y para alcanzar la reintegración de la víctima y del delincuente (...)*”<sup>131</sup>.

De manera análoga, el Consejo de Europa adopta (desde el año 1985) diversas Recomendaciones en torno a la necesidad de potenciar la posición de la víctima en el proceso penal, reparar el daño sufrido por la víctima, examinar los procesos de mediación y conciliación, simplificar la justicia criminal evitando la intervención judicial en primer término y fomentando las experiencias de mediación entre el delincuente y su víctima<sup>132</sup>.

Por ese motivo, la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, alentaba a los gobiernos a que dictaran leyes que contemplaran la mediación penal. Así, en el año 2000, nació (aunque con otro nombre) el “Foro Europeo para la Justicia Restaurativa” (EFRJ, por sus siglas en inglés) que coadyuvó significativamente a que las Administraciones reglamentaran la mediación<sup>133</sup>. Fruto de estas Recomendaciones, la Directiva Marco, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, que establece que los Estados pueden adaptar sus previsiones sobre justicia restaurativa a los principios esenciales de los ordenamientos internos<sup>134</sup>.

En la misma línea, hacia el año 2018, el Consejo adoptó la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre Justicia Restaurativa en Asuntos Penales (Recomendación CM/REC-2018-8) que promueve su utilización en el marco de

---

<sup>130</sup> Cfr. UNODC, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, Vienna, 2006, p.101, disponible en [https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf).

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.7.

<sup>132</sup> Así, las Recomendaciones R (85) II, de 28 de junio de 1985; R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987; R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999 y R (2006) 8, de 14 de junio de 2006.

<sup>133</sup> Cfr. GONZALEZ CANO, María Isabel, *op.cit.*, “Justicia Restaurativa...”, Cap. I, p.1.

<sup>134</sup> Cfr. GONZALEZ CANO, María Isabel, *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, Cap. II, p.3.

sus sistemas penales<sup>135</sup>. La Recomendación, define a la Justicia Restaurativa como “(...) todo proceso que posibilita a los perjudicados por un delito y a los responsables de provocar el daño, si lo consintieran libremente, a participar de manera activa en la resolución de los asuntos derivados del delito, a través de la ayuda de un tercero capacitado e imparcial (en lo sucesivo, "facilitador") (...)”. Nótese que el Consejo redefinió el rol del profesional interviniente, modificando la noción de “mediador” por la de “facilitador”<sup>136</sup>.

Tal y como lo afirma Tim Chapman, presidente del EFRJ, el proceso comunicativo hace posible que víctimas e infractores experimenten una mayor satisfacción que en los enjuiciamientos formales. Las necesidades e intereses de las víctimas y victimarios son atendidas en un espacio seguro, neutral y confidencial, menos costoso que el sistema tradicional, donde las problemáticas se resuelven en un tercio del tiempo. De hecho, se ha comprobado que la reunión con el agresor, reduce los síntomas de estrés postraumático de las víctimas e incluso puede reportar beneficios terapéuticos para los familiares de las víctimas de homicidio.

Por su parte, la mayoría de los agresores buscan reparar el daño causado, expresando su arrepentimiento y asumiendo una actitud más positiva con las Instituciones involucradas en el proceso. Según los expertos, se logran establecer lazos de amistad y confianza que fomentan una conducta cada vez más alejada del delito y de la reincidencia. En efecto, el sujeto activo del delito se considera importante en la toma de decisiones y comprometido con el proceso de sanación que experimentan las víctimas. En definitiva, y en palabras de María Isabel González Cano, se trata de la realización de un análisis más humano del conflicto penal<sup>137</sup>.

Y este proceso, así descrito, en la medida que conmueve el ánimo del imputado causando remordimiento, puede constituir un auténtico equivalente funcional de la dimensión fáctico-aflictiva de la pena, de modo tal que, una vez impuesta la condena,

---

<sup>135</sup> Indica VALL RIUS citando a LEMMONE, que las actividades vinculadas a la Justicia Restaurativa están actualmente en expansión en Europa. Cada vez más investigadores y prácticos se interesan en este tema. Mientras tanto, también progresivamente, los gobiernos y las instituciones europeas, como la Unión Europea o el Consejo de Europa, están potenciando la introducción de una nueva legislación que posibilite la implementación práctica de Programas de JR en toda Europa. Cfr. VALL RIUS, Anna, *op.cit.*, “La Justicia Restaurativa (...)”.

<sup>136</sup> La definición recoge ahora, un enfoque más parecido al que le da la Organización de las Naciones Unidas -más elástico- que posibilita la utilización de procesos restaurativos en cualquier etapa del proceso penal.

<sup>137</sup> Cfr. GONZALEZ CANO, *op.cit.*, “Justicia restaurativa...”, Cap. II, p.1.

esta no debería ejecutarse<sup>138</sup>. Luego, explica Silva, el cargo de conciencia se da en el aspecto cognitivo, representado por la idea de haber obrado mal y en el emocional, derivado del peso de esa obra sobre la conciencia. Y es este sentimiento de culpa, conforme la opinión del Maestro, la que conlleva un cambio de perspectiva por parte del sujeto. Consecuentemente, estas emociones autorreactivas de un agente ante la realización de un hecho que considera moralmente reprobable, debería ser considerado en el ámbito de la pena natural como argumento de atenuación.

No obstante, no pueden pasarse por alto las advertencias de Silva en cuanto a que; “(...) en los modelos de reparación y conciliación es evidente que tanto las finalidades preventivas como las finalidades de garantía del Derecho penal se hallan expuestas a riesgos que los defensores de tales puntos de vista deben neutralizar con sus argumentos (...)”<sup>139</sup>. Por ese motivo, es necesario subrayar casos de éxito tanto en Europa como en Estados Unidos<sup>140</sup>, Australia, Nueva Zelanda<sup>141</sup>, Noruega<sup>142</sup> o Canadá, donde predomina una potente corriente que propugna la integración de los procesos restaurativos en el marco del sistema penal<sup>143</sup>.

En efecto, la propia experiencia española con los etarras arrepentidos de ETA que abandonaron la banda terrorista estando en prisión, pidieron perdón a sus víctimas (indirectas) y renunciaron a cualquier tipo de beneficio penitenciario<sup>144</sup>. Igualmente, este tipo de procesos de búsqueda de la pacificación social es muy habitual en Bélgica, Países Bajos, Reino Unido<sup>145</sup>, Finlandia<sup>146</sup> y Alemania (el primer humanista: Claus Roxin).

---

<sup>138</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.129.

<sup>139</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Sobre la Relevancia Jurídico-Penal...”, p.5-6.

<sup>140</sup> En un oxímoron constante entre punitivismo y modernidad, con Programas de *Victim/Offender Reconociliation Program* (VORP) o los de *Victim Offender Mediation* (VOM) que tienen lista de espera.

<sup>141</sup> Para gestionar delitos en pueblos aborígenes. Recientemente, Nueva Zelanda publicó estándares de justicia restaurativa para casos involucrando violencia familiar y violencia sexual (ONU 2020). Además, ha mantenido un sistema de justicia restaurativa que ha tratado casos de violencia de género durante aproximadamente veinte años.

<sup>142</sup> Inspirado en las ideas de NILS CHRISIE, para menores primarios.

<sup>143</sup> Cfr. VALL RIUS, Anna, *op.cit.*, “La Justicia Restaurativa (...)”.

<sup>144</sup> Cfr. PASCUAL RODRIGUEZ, Esther, *Los Ojos del Otro: Encuentros Restaurativos entre Víctimas y ex miembros de ETA*, Ed. Salterae, 2013. También, en el documental de TV3, *El perdó*, disponible en <https://youtu.be/voZHZSHmW08>. En Zaragoza, ¿hablamos?; primer documental sobre mediación penal entre víctimas e infractores, en <https://youtu.be/EMMSqITkw>.

<sup>145</sup> Conocida como “*Diverssion*”. Buen ejemplo de esto, en Inglaterra, el documental “*Quemando Puentes. Una reunión restaurativa*”, disponible en <https://youtu.be/eviIH-pSMPs>.

<sup>146</sup> Muy utilizado en los Países Nórdicos para los supuestos de delincuentes primarios.

En otro orden de ideas, y en relación con las finalidades de garantía del Derecho penal, es importante destacar los principios de voluntariedad de las partes, gratuidad, confidencialidad, flexibilidad y bilateralidad<sup>147</sup>, de los que se sigue que el proceso restaurativo exige la participación voluntaria e informada de las partes intervinientes, pudiendo adaptarse a las circunstancias concretas del caso. Asimismo, las partes garantizan la confidencialidad del contenido de las sesiones, no mereciendo ser reclamada la información obtenida por el facilitador. Al mismo tiempo, se asegura la posibilidad de que los intervinientes puedan expresar sus pretensiones (bilateralidad).

Del mismo modo, la garantía a la presunción de inocencia permanece protegida por cuanto la regla general establece que no cabe derivación cuando el acusado niegue la existencia o su participación en el hecho. Sin embargo, el reconocimiento de hechos no implica confesión. Luego, en el caso de no arribar a acuerdo el investigado quedará protegido por las garantías de confidencialidad y privacidad. Además, los profesionales que participan del procedimiento están sujetos al secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieren tenido conocimiento en el ejercicio de su función<sup>148</sup>.

En el mismo sentido, cabe destacar que el principio de adecuación implica que para utilizar herramientas restaurativas es necesario superar una serie de filtros previos pensados para resguardar las garantías del investigado. Así, el juez, fiscal, letrado de la administración de justicia (secretario judicial), los abogados de las partes, los intervinientes y el facilitador, por cuanto deben consentir la posibilidad del proceso restaurativo, de modo tal que las garantías del debido proceso permanecen incólumes. En efecto, resulta necesario resaltar que es el instructor (juez o fiscal) quién deriva los casos. Por esa razón, las remisiones a los procesos restaurativos solo deben ocurrir después de que se presenten los cargos y el fiscal o juez investigador haya dado su aprobación.

Por otro lado, vale subrayar que la eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal (a través de la indemnizaciones) representa solo el 30% de los casos. En

---

<sup>147</sup> Cfr. CGPJ, *Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial*, 2016.

<sup>148</sup> Cfr. Artículo 15.2 LEVD. Además, la garantía de privacidad implica que: la falta de inicio o falta de culminación será comunicada al juez sin especificar el motivo o la razón de falta de inicio; de celebrarse juicio adversarial: no podrá ser fuente de prueba de lo ocurrido en el espacio de mediación ni el facilitador ni ninguno de los intervinientes y de culminarse la mediación con acuerdo restaurativo, el acta de reparación se entrega a las partes para que la gestionen procesalmente.

cambio, en la mayoría de los supuestos el contenido de la sentencia suele ser rechazado por los enjuiciados registrándose que, en un 70% de los casos, la responsabilidad civil impuesta resulta ineficaz. Por el contrario, el uso de herramientas restaurativas lleva a que los acuerdos se cumplan en su totalidad<sup>149</sup>.

Cabe ahora preguntarse si, este modelo de procesos restaurativos es trasladable al abanico de supuestos en los que intervienen víctimas especialmente vulnerables. O al menos si resulta efectivo a fin de constatar la dimensión aflictiva del proceso penal. En este punto, vale destacar que el Código Penal Español reconoce al perdón del ofendido causa de extinción de la responsabilidad criminal. Sin embargo, previene Silva, que “(...) *el perdón individual sólo puede dar lugar a la extinción de la responsabilidad criminal, mediante su acogida por el Estado, cuando la reconciliación que refleja (...) no impida reafirmar la excepcionalidad y el fracaso del delito desde una perspectiva pública (...)*”<sup>150</sup>.

En mi opinión, creo que es posible trasladar estos mecanismos a los casos que involucran víctimas necesitadas de especial protección. Naturalmente, se erigen como una forma adecuada de transitar hacia la efectiva visibilización de las víctimas en el proceso penal. En esa inteligencia, tal y como lo expusiera *ut-supra*, la propia Ley 4/2015 LEVD recoge el derecho al acceso a los servicios de justicia restaurativa y los proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que postulan la inclusión de procesos reparadores<sup>151</sup>.

De manera análoga, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por cuanto dispone en su artículo 12 el derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora<sup>152</sup>. Así, en su apartado segundo, hace un llamamiento a los Estados miembros a derivar los casos a los servicios de justicia reparadora. En efecto, cabe destacar que, sobre los casos que deben ser remitidos, la Directiva no introduce un elenco de delitos susceptibles o no de acceder a

---

<sup>149</sup> Cfr. SOTELO Helena, GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

<sup>150</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.177-179.

<sup>151</sup> Igualmente, el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula la Oficina de asistencia a las víctimas de delito y se establece como una de sus funciones; la de promover medidas de justicia restaurativa. Cfr. GONZALEZ CANO, *op.cit.*, “Justicia restaurativa...”, Cap. II, p.7.

<sup>152</sup> Cfr. Directiva 2012/29/UE, en <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.

dichos sistemas. En cambio, su considerando 46, recoge una serie de criterios evaluables que pueden servir para decidir la derivación<sup>153</sup>.

A propósito, los factores evaluables a los que alude el considerando son: naturaleza y gravedad del delito, el grado del daño causado, la repetición reiterada de violación de la integridad física, sexual o psicológica de la víctima, los desequilibrios de poder, la edad, la madurez o la capacidad intelectual de la víctima que pudiera limitar o reducir su capacidad para elegir estos instrumentos.

No obstante la disposición de la Directiva, vale apuntar que la posibilidad de acudir a procesos restaurativos se encuentra vedada en España por el artículo 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, para los delitos relativos a la violencia de género y violencia intrafamiliar en procesos civiles y penales de los que conozca el Juzgado de Violencia contra la mujer<sup>154</sup>. Igualmente, el artículo 48 del Convenio de Estambul, sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011, por cuanto prohíbe el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos respecto de los delitos que contempla<sup>155</sup>.

En el mismo sentido, el fallo Góngora<sup>156</sup>, donde el Máximo Tribunal argentino sostuvo que aplicar un método alternativo significaría contradecir lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Para)<sup>157</sup>.

Sin embargo, a mi juicio, nada impide el uso de procesos comunicativos en este tipo de supuestos. En efecto, considero que la prohibición debiera ser revisada, siempre que exista libre consentimiento, confidencialidad y garantía de seguridad para la mujer<sup>158</sup>. Naturalmente, deberá valorarse individualmente el caso concreto, evitando victimizaciones secundarias.

---

<sup>153</sup> Cfr. GONZALEZ CANO, *op.cit.*, “Justicia restaurativa...”, Cap. II, p.4.

<sup>154</sup> La Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011, avala la posibilidad de limitar los sistemas de justicia restaurativa. Cfr. GONZALEZ CANO, *op.cit.*, “Justicia restaurativa...”, Cap. II.

<sup>155</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA, *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, Estambul, 2011, disponible en <https://rm.coe.int/1680462543>.

<sup>156</sup> Cfr. C.S.J.N., G. 61. XLVIII, Causa N° 14.092, *Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho*, 2013.

<sup>157</sup> Cfr. BELEM DO PARA, 1994, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

<sup>158</sup> En la República Argentina la Ley Nacional N° 26.485, *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, prohíbe a través de su artículo 28, la mediación o conciliación para este tipo de situaciones.

Al respecto, resulta interesante regresar sobre la crónica del XVI Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología, celebrado en la Universidad de la Ciudad de Hong Kong, al que me refiriera con anterioridad. Allí, conforme se describe, la Profesora Fonseca Rosenblatt aludió a un proyecto de investigación encargado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, y centrado en las posibilidades de justicia restaurativa para víctimas de violencia doméstica<sup>159</sup>.

En síntesis, argumentaba la Profesora que se documentaron experiencias de victimización secundaria en el proceso penal tradicional. Como resultado, las víctimas dijeron sentirse incomprendidas, sin posibilidad de relatar en sus palabras lo sucedido ni de ser escuchadas. Además, las mujeres indicaron haber tenido que tolerar situaciones de sexismo por parte de profesionales no formados adecuadamente. También, afirmaron que el sistema de justicia sólo lidiaba con los síntomas, más sin entender cómo responder mejor a sus causas y patrones. Finalmente, se constató que las intervenciones judiciales podrían incrementar los problemas para las víctimas que, poco a poco, se van tornando más desconfiadas respecto de las Instituciones.

Expuesto aquello, y desde mi perspectiva, resulta oportuno observar (sin distinción de injusto típico) los beneficios que ha traído (para la comunidad toda) la utilización de procesos comunicativos. Luego, debieran prevalecer los acuerdos definidos entre acusado y víctima<sup>160</sup>. Ciertamente, la prohibición en materia de género no hace más que reproducir el argumento machista en virtud del cual se cree que la mujer no es capaz (voluntariamente) de asumir procesos restaurativos, lo podría suponer otorgarles un trato desigual ¿discriminatorio?<sup>161</sup>

En definitiva, creo que ha llegado el momento de plantearse, en estos supuestos, la introducción de prácticas restaurativas. A tal fin, habrá de observarse muy

---

<sup>159</sup> Cfr. VARONA, Gema y FARIDE REYNA, Peña, *op.cit.*, “Una panorámica...”, p.157-162.

<sup>160</sup> Aunque -por supuesto- con sujeción a los parámetros establecidos *ut-supra* a saber; consentimiento libre, marco de autonomía, etc. Otro tema a considerar, será el dictamen de oposición fiscal al trámite conciliatorio y su poder vinculante para el juez, más escapa al objeto del presente estudio.

<sup>161</sup> En su *Plan de Implementación de Sistemas de Justicia Penal para Prevenir y Responder a la Violencia contra Mujeres*, la UNODC alienta a los Estados Miembros a desarrollar directrices sobre el uso de restauradores procesos de justicia en el contexto de la violencia contra la mujer. Asimismo, “(...) no parece haberse demostrado que el empleo de una política punitivista y claramente intervencionista siguiendo un determinado modelo de justicia penal tradicional como la nuestra tenga mayor operatividad para luchar contra esta realidad (...)”. Cfr. VILLACAMPA, Carlolina, *Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género*, Revista Penal, ISSN 1138-9168, 2012, p.177-216.

especialmente, los criterios evaluables que pueden servir para decidir la derivación, a los que alude la Directiva.

Por su parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>162</sup>, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) estipulan que se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación de este<sup>163</sup>.

A propósito, nótese que las Reglas están pensadas para dar especial atención 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 (...)*”. Concluyentemente, es dable observar que Brasilia impulsa el reconocimiento de víctimas especialmente vulnerables necesitadas de especial protección, para las que se promueve la resolución alternativa de conflictos.

En efecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, acaba de publicar la Segunda Edición del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (2020), donde se indica que los procesos restaurativos pueden ser beneficiosos en

---

<sup>162</sup> Cfr. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *Reglas de Brasilia*, 2008, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>. En un sentido similar, el artículo 5° de las Reglas de Tokio: “(...) *Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso (...)*”.

<sup>163</sup> *Ibidem*; “(...) *Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (...)* En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (...)”. Nótese que las Reglas incorporan diversos medios alternativos de resolución de conflictos (mediación, conciliación, arbitraje y otros medios). En línea con mi crítica anterior, no se entiende por qué el legislador argentino del 2014 (al sancionar la ley 27.063) no utilizó esta misma fórmula.

situaciones que involucran delitos graves, como complemento del sistema de justicia penal<sup>164</sup>.

En esa inteligencia, la exclusión de este tipo de procesos comunicativos (en razón de la gravedad de determinados injustos típicos) podría significar una contradicción evidente con los propósitos establecidos por la propia normativa para este colectivo de víctimas especialmente vulnerables.

### **VIII). Conclusiones y Propuesta: en Búsqueda de una Mirada Transversal.-**

Claus Roxin, en el Proyecto Alternativo de reforma al Código Penal Alemán, sugería una visión más humanista del Derecho penal<sup>165</sup>. También, Arthur Kaufmann, en pro de la sobriedad incriminadora, frente y contra la inflación penal proyectada en el Proyecto oficial<sup>166</sup>. El mismo Silva Sánchez, en favor de un Derecho Penal que no obstaculice la reconciliación<sup>167</sup>.

Una sociedad de iguales, explica Silva, necesita recuperar la idea de responsabilidad individual. En efecto, una sociedad corresponsable no puede ser solo punitiva. Debe procurar ser curativa. El Estado no solo debe buscar el restablecimiento de la dimensión jurídico-penal. Debe también, fomentar activamente la reposición del plano existencial<sup>168</sup>. Esto resulta posible a través de la inversión en procesos restaurativos<sup>169</sup>.

En consecuencia, y a través de la utilización de herramientas restaurativas complementarias al sistema penal, propongo pensar en la posibilidad de una relación

---

<sup>164</sup> El propio ejemplo Etxarra, vale para demostrar que no hay restricción de tipo de injusto para acceder a prácticas restaurativas. La nueva edición del Manual de Naciones Unidas hace referencia expresa a delitos como la violencia de pareja, el homicidio, agresiones violentas graves, agresiones sexuales, crímenes de odio y violencia contra los niños. Cfr. UNODC, *op.cit.*, “*Second Edition of...*”.

<sup>165</sup> *Alternativ-Entwurf*.

<sup>166</sup> Cfr. KAUFMANN, Arthur. La filosofía del derecho en la posmodernidad. Tr. de BORDA L. Bogotá: Ed. Temis, 1992. p. 67-68.

<sup>167</sup> “(...) El Estado no puede coaccionar la disculpa, pero debe favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor (...)”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *op.cit.*, “Malum Passionis...”, p.228-241.

<sup>168</sup> “(...) no es infrecuente que la ejecución de la pena agrave el conflicto interpersonal entre autor y víctima (...)”. *Ibidem*, p.227

<sup>169</sup> El pasado día 22 de mayo, la UNODC llevó a cabo la presentación (vía telemática) de la segunda edición del Manual de Justicia Restaurativa. Allí CHAPMAN señaló que la inversión económica en procesos restaurativos se traduce (a mediano y largo plazo) en una vía adecuada para la reducción de costos con menos presos, menos víctimas y menos procesos.

transversal que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de las partes involucradas en el conflicto, evitando su privatización. En rigor de verdad, las sociedades evolucionan y el sistema penal debe dar respuesta a las nuevas necesidades<sup>170</sup>.

La concepción del delito solo como infracción a la norma, desatiende el daño causado a la víctima y la ruptura de las relaciones humanas. En efecto, la lógica retributiva del mal por mal, ha significado la despersonalización del Derecho penal moderno olvidando a la víctima y a la comunidad. Además, la realidad de las cosas nos demuestra que el problema del delito trasciende la verticalidad de la relación Estado - infractor.

En pocas palabras, la dificultad viene dada por la ausencia de una respuesta transversal al conflicto. Por lo tanto, la dogmática penal, en post de afianzar el sentido de la norma, no debe provocar la desnaturalización del injusto antijurídico y culpable, de modo tal de convertir a la víctima en victimario.

En definitiva, pienso que el Estado sin necesidad de renunciar al *ius-puniendi* está obligado a hacer un algo más en la recomposición de la relación horizontal. Y a mi juicio, no basta con no obstruir. Naturalmente, la búsqueda de una mirada transversal implica el castigo al delincuente, la reparación del daño causado y la posibilidad de una mirada a futuro, que promueva el arrepentimiento y la disculpa. Al mismo tiempo, el estigma del delito es revocable mediante la propia acción restaurativa<sup>171</sup>. Siendo ello así, el Poder Judicial, como servicio público, está llamado a recuperar esta dimensión.

Como se ha visto, los procesos restaurativos pueden instrumentarse complementariamente al procedimiento penal sin necesidad de afectación a la legalidad, a través del principio de oportunidad<sup>172</sup>. Es en el proceso penal donde se encuentran y conviven. En ese sentido, la idea de Robinson, en torno a que los procesos restaurativos

---

<sup>170</sup> No se trata aquí de buscar el Derecho penal correcto, propio de los idealistas del Derecho penal. *Ibidem*, p.43. Más bien, se intenta asumir una actitud de observación frente a fenómenos no resueltos.

<sup>171</sup> Idea de “vergüenza reintegradora” (“*reintegration with shaming*”) de BRAITHWAITE. El autor australiano defiende la superación del modelo de justicia tradicional que provoca estigmatización, humillación y venganza. La vergüenza reintegradora supone desaprobación del hecho reconociendo lo que hay de bueno en la persona que lo ha cometido. Cfr. BRAITHWAITE, citado VALL RIUS, Anna, *op.cit.*, “La Justicia Restaurativa (...)”.

<sup>172</sup> Regulado en España solo para delitos leves perseguibles a instancia de parte. En la Argentina, “(...) *La mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (...), permite saltarse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito (...)*”. Cfr. VAZQUEZ, Marcelo Pablo, *La mediación penal*, Revista Institucional de la Defensa Pública, 2013, p.29-46.

se utilicen para complementar el proceso de justicia penal en lugar de reemplazarlos, goza de pocas oportunidades de distorsionar la Justicia<sup>173</sup>. Luego, el remordimiento genuino, el reconocimiento público de la mala conducta y las sinceras disculpas pueden reducir la culpabilidad del delincuente y, por lo tanto, la cantidad de castigo merecida<sup>174</sup>.

De forma similar, Marshall (1999), que concebía la idea de procesos restaurativos, complementarios de la vía penal, asumiendo que no podían ser pensados como dos sistemas independientes, por lo que deben integrarse a la justicia criminal mejorando su calidad, efectividad y eficiencia<sup>175</sup>.

Por otro lado, ha quedado en evidencia que el intento de instalar la idea que propugna que los procesos restaurativos solo pueden servir para los delitos menores, nada como el salmón contra la corriente. Al contrario, según los resultados empíricos que informan Heather Strang y Lawrence Shernlan, puede ser que las técnicas restaurativas tengan su mayor beneficio, en los casos más graves<sup>176</sup>.

En el mismo sentido, Naciones Unidas, al referir que las herramientas restaurativas serían aún más poderosas en situaciones que involucran delitos graves, donde se ha observado que la experiencia de empoderamiento de la víctima asociada con la justicia restaurativa, incluso en casos de violencia grave, puede contrarrestar la

---

<sup>173</sup> “(...) *Where restorative processes are used to complement the criminal justice process rather than to replace it, such processes have little justice-distorting opportunity. There seems every reason to embrace their use (...)*”. Cfr. ROBINSON, P., *The Virtues of Restorative Processes, the Vices of Restorative Justice*, Utah Law Review, 2003, p. 375 y ss. ROBINSON brinda algunos ejemplos de programas conocidos en: Nueva Gales del Sur y Nueva Zelanda: los procesos restaurativos se utilizan para la disposición de los delincuentes juveniles; Vermont: Los procesos restaurativos operan como una condición de libertad condicional y, por lo tanto, están sujetos a todas las limitaciones en cuanto a qué ofensas pueden recibir una sentencia de libertad condicional y están sujetas a evaluación por parte del juez de sentencia; Delaware: los procesos restaurativos están disponibles solo con la aprobación del fiscal, como con los programas tradicionales de desviación previa al juicio; presumiblemente, los fiscales evalúan los casos según si la disposición de un proceso restaurativo puede hacer justicia y Minnesota: los procesos restaurativos se utilizan de manera informal, en paralelo al proceso de justicia penal, en lugar de sustituirlo.

<sup>174</sup> “(...) *Genuine remorse, public acknowledgment of wrongdoing, and sincere apology can all, in my view, reduce an offender's blameworthiness-and, thereby, the amount of punishment deserved (...)*”, *Ibidem*. Cfr. SHERMAN L., STRANG, H. *Restorative Justice: the evidence*, The Smith Institute, Londres, disponible en [https://www.iirp.edu/pdf/RJ\\_full\\_report.pdf](https://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf).

<sup>175</sup> Cfr. VALL RIUS, Anna, *op.cit.*, “La Justicia Restaurativa (...)”, p.3.

<sup>176</sup> “(...) *According to the empirical results Heather Strang and Lawrence Shernlan report, it may be that restorative processes have their greatest benefit in the most serious (...)*”, Cfr. ROBINSON, P., *op.cit.*, “The Virtues...”.

humillación, falta de información y pérdida de control que tiende a resultar del sistema de justicia convencional<sup>177</sup>.

En suma, creo que los procesos restaurativos valen (también) para mitigar el dolor del derecho penal. Y su utilización, es posible tanto en fase de instrucción, como de juicio y ejecución. Al mismo tiempo, la restauración de la comunicación es posible a través de la adopción de estas herramientas. Tal y como lo expresa Silva, solo a través de la restauración de la comunicación puede tener lugar la rehumanización de la víctima (superadora de la cosificación) y del autor (superadora del embrutecimiento). La expiación, abre la vía de la superación del hecho y el hecho punible queda superado no solo en su dimensión jurídico penal (vertical), sino también en la dimensión existencial (transversal). Así, “(...) *El autor, distanciado de su hecho y no reducido a él, es acogido por sus iguales en su humanidad doliente (...)*”<sup>178</sup>.

A mi juicio, es en el diálogo (restauración comunicacional), donde se consigue reparar el daño causado. Y la comunicación parte del reconocimiento del hecho. Es que, “(...) *Sólo a partir del reconocimiento del hecho se inicia un círculo virtuoso en el que el arrepentimiento puede contar, al menos, con la esperanza del perdón, y viceversa, el perdón con la esperanza del arrepentimiento (...)*”<sup>179</sup>. Por consiguiente, la utilidad de procesos restaurativos que recompongan el vacío comunicativo, es innegable.

En esa inteligencia, ha quedado evidenciado que en supuestos de víctimas especialmente vulnerables necesitadas de especial protección, esa restauración comunicacional no sólo es posible, sino que deviene necesaria. Sólo una concepción rancia del Derecho penal, puede darle la espalda a este proceso natural. A lo mejor, ha llegado la hora de explorar otras posibilidades.

Y esa mirada transversal que se propone, únicamente podrá alcanzarse en la medida que los Estados incorporen procedimientos restaurativos que se complementen con el punitivo, atendiendo a cuestiones a menudo subestimadas por el Derecho, tales como el sosiego arquitectónico que, como se ha visto, constituye una herramienta fundamental en la recomposición de la relación existencial.-

---

<sup>177</sup> La justicia restaurativa también puede ser bastante efectiva para los delincuentes que tienen patrones arraigados de cometer delitos graves. Cfr. UNODC, *op.cit.*, “*Second Edition of...*”.

<sup>178</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Op.cit.*, “*Malum Passionis...*”, p.239-241.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p.211.

## Bibliografía

BUNGE CAMPOS, L. M. (2014). *Las cartas de derechos de las víctimas*. Revista Judicial N°10592, Quito, Ecuador.

BUNGE CAMPOS, L. M. (2019). *Poder, pena y verdad en la historia*. Buenos Aires: Didot.

CALATAYUD, E. O. (2014). *Las Víctimas y la Corte Penal Internacional*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA (CGPJ). (2016). *Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial*. CGPJ.

DEL POZO PEREZ (2019), *Protocolos de Actuación con Víctimas Especialmente Vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

FERRANTE, M. (1995). *El convidado de piedra: sobre el rol de la víctima*. Lecciones y Ensayos, 85-114.

GONZALEZ CANO, M. I. (2019). *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

KAUFMANN, A. (1992). *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis.

MORILLAS FERNANDEZ.D., R. M. (2014). *Victimología: Un Estudio sobre la Víctima y los Procesos de Victimización*. Madrid: Dykinson.

LEDESMA, Á. E. (2018). Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal. *Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Nº13)* , 33-92.

PASCUAL RODRIGUEZ, E. (2013). *Los Ojos del Otro: Encuentros Restaurativos entre Víctimas y ex miembros de ETA*. Saltarrae.

PRESNO LINERA, M. Á. (2020). Estado de Alarma por Coronavirus y Protección Jurídica de los Grupos Vulnerables. *Revista El Cronista (Número 86-87)* .

RIVAS NATALIA (2017). *Los Derechos de la Víctima en el Sistema Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ROBINSON, P. (2003). The Virtues of Restorative Processe, the Vices of Restorative Justice. En *Utah Law Review* (pág. 375 y ss.).

VARONA, G. (2017). Una panorámica internacional del estado de la Victimología a través del 16º Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.. (2007). ¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho a la víctima al castigo del autor". *Cuadernos de Derecho Judicial* .

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (s.f.). Las Consideraciones del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la “Víctimo-dogmatica” .

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2018). *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.. (1997). Sobre la Relevancia Jurídico-Penal de la Realización de Actos de Reparación. *Revista del Poder Judicial* .

SOTELO Helena, G. A. (2018). *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones*. Madrid: Dykinson.

VALL RIUS, A. (s.f.). La Justicia Restaurativa y la Mediación en el ámbito Penal y Penitenciario.

VARONA, G. y. (2018). Una panorámica internacional del estado de la Victimología a través del 16º Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología. *Revista de Victimología, ISSN 2385-779X, N. 7* , p.157-162.

VAZQUEZ, M. P. (2013). La mediación penal. *Revista Institucional de la Defensa Pública* , 29-46.

## **Sentencias.-**

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA (2013). “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho”, G. 61. XLVIII, Causa N° 14.092.-

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2012). “Prosecutor v. Lubanga”, ICC-01/04-01/06-2842.-

## Consultas Web\*

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, REGLAS DE TOKIO (1990): <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, REGLAS DE BEIJING (1985): <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>

- BOLETIN OFICIAL - MINISTERIO DE JUSTICIA (ARG) (2019): <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>

- BOLETIN OFICIAL REPÚBLICA ARGENTINA (2020): <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320?busqueda=1>

- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (ESPAÑA) (2020): <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3692-consolidado.pdf>

- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (ESPAÑA) (2020): <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/01/pdfs/BOE-A-2020-4209.pdf>

- COMISIÓN EUROPEA (2011): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0274&from=en>

- COMISIÓN EUROPEA (2020): [https://ec.europa.eu/info/policies/justiceandfundamentalrights/criminaljustice/protecting-victims-rights\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justiceandfundamentalrights/criminaljustice/protecting-victims-rights_en)

- COMISIÓN EUROPEA (2020): [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/protecting-victims-rights\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/protecting-victims-rights_en)

- CONSEJO DE EUROPA, CONVENIO DE ESTAMBUL (2011): <https://rm.coe.int/1680462543>

- CONVENCION BELEM DO PARA (1994): <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
  
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (2020): <https://youtu.be/VyNQM8o-BbM>
  
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (2020): <https://www.icc-cpi.int/about/victims>
  
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (2020): <https://youtu.be/z9FNNQckhV4>
  
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008): <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
  
- DIARIO CLARIN (2019): [https://www.clarin.com/opinion/justicia-sentido-comun\\_0\\_haAevPOpd.html](https://www.clarin.com/opinion/justicia-sentido-comun_0_haAevPOpd.html)
  
- DIARIO INFOBAE (2019): <https://www.infobae.com/def/defensa-y-seguridad/2019/03/23/diana-cohen-agrest-la-pena-tiene-que-ser-perpetua-cuando-hubo-una-muerte>
  
- DIARIO INFOBAE (2019): <https://www.infobae.com/opinion/2019/12/28/el-curioso-terraplanismo-de-la-progresia-setentista/>
  
- DIARIO LA NACION (2019): <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/el-derecho-penal-debe-volver-su-mirada-hacia-la-victima-nid2313845>
  
- FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (2016): [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115\\_OTP\\_ICC\\_Policy-on-Children\\_Spa.PDF](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Spa.PDF)
  
- ¿Hablamos? - Documental mediación penal (2018): [https://youtu.be/\\_EMMSqiTIkw](https://youtu.be/_EMMSqiTIkw)

- International Association Of Women Judges (07 de 05 de 2020). *Webinar Abordar la Violencia Doméstica durante la Pandemia del Covid-19*:  
<http://www.iawj.org/event/seminario-en-linea-abordar-la-violencia-domestica-durante-la-pandemia-del-covid-19/>

- MINISTERIO DE IGUALDAD DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (2020): *Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliaria derivada del estado de alarma*:  
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/covid>

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1985):  
<https://undocs.org/es/A/RES/40/34>.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS:  
<https://undocs.org/es/A/RES/40/34>

- OXFORD UNION (2018): [https://youtu.be/5Qz3\\_p4WwAI](https://youtu.be/5Qz3_p4WwAI)

- QUEMANDO PUENTES. UNA REUNIÓN RESTAURATIVA:  
<https://youtu.be/eviIH-pSMPs>

- SAVE THE CHILDREN (2020):  
<https://www.savethechildren.es/notasprensa/coronavirus-save-children-advierte-de-un-posible-aumento-de-la-violencia-contr-la>.

- SHERMAN L., S. H. (s.f.): [https://www.iirp.edu/pdf/RJ\\_full\\_report.pdf](https://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf)

- TED TALKS, DAN REISEL (2013):  
[https://www.ted.com/talks/dan\\_reisel\\_the\\_neuroscience\\_of\\_restorative\\_justice/transcript#t-597853](https://www.ted.com/talks/dan_reisel_the_neuroscience_of_restorative_justice/transcript#t-597853).

- TED TALKS, DEANNA VAN BUREN (2017):  
[https://www.ted.com/talks/deanna\\_van\\_buren\\_what\\_a\\_world\\_without\\_prisons\\_could\\_look\\_like/up-next#t-891995](https://www.ted.com/talks/deanna_van_buren_what_a_world_without_prisons_could_look_like/up-next#t-891995)

- TED TALKS, MICHAEL MURPHY (2016):  
[https://www.ted.com/talks/michael\\_murphy\\_architecture\\_that\\_s\\_built\\_to\\_heal/up-next#t-919921](https://www.ted.com/talks/michael_murphy_architecture_that_s_built_to_heal/up-next#t-919921)

- TERRAGNI:[https://www.terragnijurista.com.ar/libros/sistema\\_penal.htm](https://www.terragnijurista.com.ar/libros/sistema_penal.htm)

- TV3, EL PERDO (2013): <https://youtu.be/voZHZSHmW08>

- UNION EUROPEA (2012): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>

- UNODC (2006):  
[https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

- UNODC (2020):  
[https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146\\_Handbook\\_on\\_Restorative\\_Justice\\_Programmes.pdf](https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf)

\* Todos los enlaces consultados permanecen activos al 24 de mayo del año 2020.-