

DR. AGUSTÍN BASTARD

**“La vulneración del derecho a ser oído del imputado y la víctima en el
Código Procesal Penal de la Nación”**

Planteo de la cuestión:

Durante el desarrollo del presente trabajo se intentará demostrar que el actual Código Procesal Penal de la Nación –de aquí en adelante C.P.P.N.- infringe el derecho humano a ser oído ante un tribunal penal competente.

Al respecto, analizaremos que la actual redacción del C.P.P.N., y su aplicación por parte de los tribunales, afecta de modo contundente el derecho a ser oído tanto del acusado como de la víctima, quienes no tienen la posibilidad de tener un juicio contradictorio, en el que aparezcan en un plano de igualdad, infringiéndose en el actual proceso el derecho a que a sus pretensiones sean atendidas por la justicia penal.

Sostendremos esta hipótesis en función de tres puntos centrales, estos son, el código de rito nacional plantea un proceso en el que las partes no se encuentran en un plano de igualdad; el imputado no cuenta con eficaces herramientas para controlar la acusación que recae sobre él, y el procedimiento procesal se desarrolla con total prescindencia del interés que tiene la víctima en el conflicto que ha sido criminalizado. Cabe decir que estos tres ejes, tienen una estrecha relación entre si.

Esta vulneración de derechos que se viene mencionando, implica la posibilidad que organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, le sugieran al Estado Argentino la derogación del C.P.P.N.-

Cabe destacar entre los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan el tema, al art 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone, "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente".

Por su parte, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su parte pertinente establece "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente..".

Características del C.P.P.N.:

Previo a analizar cómo es que se afecta el derecho a ser oído de las partes en el actual sistema procesal penal nacional, es necesario, al menos de modo sintético, recordar que el C.P.P.N. presenta dos etapas claramente distintas, por un lado, la etapa de instrucción, que es predominantemente escrita, dirigida por un juez de instrucción, y con posterioridad, se desarrolla la etapa de juicio, que es predominantemente oral, con un órgano judicial colegiado compuesto por jueces profesionales.

La etapa de instrucción presenta características propias del procedimiento inquisitivo -predominantemente escrita, excesivamente burocratizada, secreta, etc.-, y la segunda, etapa de juicio, por sus características se asemeja al modelo acusatorio -es en donde se realiza la audiencia de juicio oral y pública-.

Esta distinción entre éstas dos etapas ha llevado a que muchos sostengan que el actual proceso es un sistema mixto, justamente en virtud de estar compuesta por una parte del proceso que guarda una estrecha similitud con el procedimiento inquisitivo, y otra que presenta algunas características similares al sistema acusatorio.

Ahora bien, sin perjuicio que coincidimos que cada una de esas etapas efectivamente se identifican con cada uno de esos procesos, creemos que es desacertado afirmar que el C.P.P.N. es un sistema mixto porque presenta dos partes distintas, como si el procedimiento fuese un objeto susceptible de ser divisible. El procedimiento judicial no es algo escindible, se puede distinguir distintas etapas, pero el proceso es único, y la segunda parte, es consecuencia y continuación de la anterior.

“El procedimiento de construcción de la verdad procesal es, durante la instrucción preliminar, un procedimiento básicamente autoritario, cualquiera que sea la autoridad que lo preside o dirige (juez de instrucción o fiscal): no sólo es una autoridad estatal la que reconstruye el proceso histórico que conforma su objeto, en principio sin ingreso al procedimiento de los diversos intereses y puntos de vista inmiscuidos en el caso (sin debate), sino que, además, el procedimiento así cumplido obedece al fin principal de recolectar información para lograr la decisión del Estado acerca del enjuiciamiento de una persona”.¹

Así, es que es fundamental reconocer que en el actual proceso, la etapa escrita de instrucción prepondera en forma determinante sobre el resto, ya que la realidad tribunalicia demuestra que la mayor parte del proceso en términos de tiempo se desarrolla en la órbita de la etapa de instrucción, y fundamentalmente, porque al momento de la sentencia, la

¹ Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2da. edición, 3ra. reimpresión., p. 579.

enorme mayoría de las pruebas valoradas fueron recolectadas en la primera etapa.

Asimismo, es sumamente relevante destacar la escasísima cantidad de audiencias públicas orales y contradictorias que se realizan en los procedimientos judiciales, cifra que se vio aún más disminuida a partir de la implementación del juicio abreviado.

Por otro lado, el actual proceso penal conserva una de las principales características del proceso inquisitorial, el objetivo del proceso, que es la búsqueda de la verdad material.

Esta búsqueda de la verdad material, la cual se logra a partir de una “indagación” que realiza la pesquisa respecto de una persona determinada, se diferencia del procedimiento acusatorio, que presenta un esquema de garantías para la persona acusada.

Empero, el objetivo del proceso penal sigue siendo el mismo que en aquellos tiempos, la búsqueda de la verdad material, en lugar de la resolución del conflicto.

Justamente, lo que intentamos demostrar en este trabajo es que, en el actual proceso penal, por ser éste el objetivo del proceso, los intereses y las “voces” de las personas que originaron el conflicto se encuentran ubicadas en un segundo plano, frente a este primordial interés del estado.

¿Por qué se lesiona el interés del imputado de ser oído?

Uno de los aspectos centrales de la garantía del imputado a ser oído es poder contar con una efectiva posibilidad de controlar las pruebas de cargo que se incorporan a la investigación, y por las cuales será juzgado.

Aquí es donde éste derecho se ve claramente vulnerado.

En la mayoría de los procedimientos penales de la actualidad, la mayor cantidad de pruebas se recolectan con anterioridad a que el imputado tenga conocimiento de la existencia de la causa.

Es decir, el procedimiento penal funciona por lo general de la siguiente manera, el organismo estatal ya sea a través del representante del Ministerio Público Fiscal o del Juez (lo cual afecta directamente el principio de imparcialidad) recolectan las pruebas de cargo, y una vez que exista “cierto grado de sospecha”, citan al imputado para intimarlo formalmente de la imputación que se le formula a través de la audiencia denominada declaración indagatoria, habiéndose reunido en ese momento la mayoría de las pruebas que terminarán siendo incorporadas durante el desarrollo del procedimiento.

A su vez, aún cuando el mismo imputado ya fue formalmente intimado, y tomó conocimiento del hecho que se le imputa, el acusador, con excepción de unas escasas pruebas (las irreproducibles), realiza distintas medidas probatorias sin que se requiera el conocimiento y la intervención del imputado en la producción de las mismas.

De esta forma tenemos *un legajo que se va formando casi con exclusiva intervención de los dos órganos estatales, en secreto, y en función del cual precisamente, la misma judicatura resolverá la situación procesal del imputado.*

Cabe dejar bien en claro en este sentido, que el juez es quién tiene el pleno arbitrio en decidir que prueba resulta pertinente para la investigación, pudiendo rechazar las medidas de pruebas propuestas por las partes, decisión que es irrecurrible ante instancias superiores, todo ello conforme lo dispone expresamente el art. 199 del C.P.P.N.-

Por poner un ejemplo de la falta de equivalencia entre “las armas” con las que cuenta el acusador respecto del acusado, cabe mencionar, que si éste hace uso de su derecho de recurrir una decisión del juez, el superior a éste -la Cámara de Apelaciones-, resuelve con los elementos

probatorios recogidos en el legajo, que como vimos, fue formado por los órganos estatales.

El aspecto que venimos analizando resulta profundamente crítico si se analiza que estas pruebas, recogidas con ausencia del imputado, son las que por lo general resultan determinantes para definir su suerte en el proceso.

Ello de atender a que la etapa de instrucción prepondera por completo respecto de la etapa oral -analizando la generalidad de los casos-, a partir de la escasa cantidad de juicios públicos que se realizan en relación a los procedimientos penales en los que recae una sanción punitiva, y que incluso en los juicios orales que se realizan, es usual la incorporación de las pruebas recolectadas durante la instrucción “por lectura”.

“Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de persecución penal, resulta imposible; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello -por su pesada tarea: deber de prevenir y averiguar los hechos punibles-, disponen de medios que, salvo excepciones históricas, meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son, jurídicamente, imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución penal concreta e individual, en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal”²

Así las cosas, no alberga ningún tipo de discusión que en el actual sistema procesal penal, la principal premisa del sistema acusatorio, que es la división de los poderes de las partes que actúan en el proceso, en donde un sujeto “acusa”, y otro resiste esa acusación, ello con la presencia en este “juego contradictorio” de determinadas reglas, se encuentra plenamente ausente.

¿Por qué se vulnera el derecho a ser oído de la víctima?

² Maier, Julio B. J., Op. Cit., p. 578.

A efectos de delinear un concepto que defina a la “víctima” de un hecho delictual, los tratados y convenciones internacionales apuntan a lograr un concepto que sea amplio.

En tal sentido, en la Declaración de las Naciones Unidas de 1985 -Resolución 40/34 de la ONU-, se afirmó que *“Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”*.

Asimismo, en la referida declaración, se enfatiza en que las víctimas deben tener un real acceso a la justicia y recibir un trato justo, y el derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido.

*“El derecho a la tutela jurídica de la persona de la víctima, de nivel constitucional (art. 25 CADH) exige no sólo no dejar sin la protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino además que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable”*³

Veamos como el actual C.P.P.N. infringe estos derechos de las víctimas.

Una de las principales premisas del sistema inquisitivo se encuentra en plena vigencia en el régimen procesal actual, la persecución penal pública es una obligación del Ministerio Público Fiscal -órgano estatal-, tal como lo exige el art. 5 del ordenamiento, *“La acción penal pública*

³ Cafferata Nores, José I, en “Derechos Humanos. Legalidad y jurisdicción supranacional”. Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 101.-

se ejercerá por el Ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”.

Al respecto, es fundamental mencionar que el Código Penal en su artículo 71 y ss. establece que todos los delitos del ordenamiento serán perseguibles de acción pública, con excepción de una enorme minoría.

En este sentido, el código prescribe que en la gran mayoría de los delitos, la continuación o no de la acción depende exclusivamente de la voluntad del órgano estatal persecutor, con total prescindencia de la voluntad de la víctima.

Por otro lado, tal como hemos observado en el desarrollo del presente trabajo, la búsqueda de una “verdad objetiva e histórica” es otra de las principales características del procedimiento inquisitivo.

Como contraposición a ese objetivo, se encuentran los procesos que tienen como propósito la solución a un conflicto.

La diferencia entre uno y otro es crucial y muy clara, desde una óptica se entiende al delito como una acción cometida en perjuicio del estado, mientras que desde la otra, se interpreta que el delito es un conflicto que ha sido “criminalizado”, y el procedimiento se enfoca en las partes.

Cabe recordar que a lo largo de la historia, el papel que cumplió la víctima en el proceso penal, es un reflejo del tipo de gobierno que se estaba desarrollando. Se puede citar como ejemplo en este sentido lo que ocurrió en el derecho romano.

“Puede afirmarse que la tensión entre la república y el imperio se resolvió a favor de la confiscación total de los conflictos, con tribunales que actuaban por delegación del emperador, corrompiendo las instituciones republicanas y ampliando el ámbito de los crímenes majestatis hasta límites absurdos... la legislación penal romana muestra una permanente tensión que perdura hasta el

presente, entre el derecho penal republicano que conservaba ámbitos en que la víctima seguía siendo persona, con el imperial confiscatorio que la degradaba a dato (cosa)".⁴

"Encarando la historia de los programas criminalizantes sin partir de prejuicios evolucionistas es posible observar que, a lo largo de milenios, se viene dando una línea demarcatoria entre modelos de reacción a los conflictos: uno es un modelo de solución entre partes, el otro es el modelo de decisión vertical o punitivo. La línea divisoria pasa, pues, por la posición de víctima...En el modelo de partes hay dos personas que protagonizan un conflicto (el que lesiona y el que sufre la lesión), y se busca una solución...En el modelo punitivo quien sufre la lesión queda de lado, es decir, que no es considerado como persona lesionada, sino como un signo de la posibilidad de intervención del poder de las agencias del sistema penal (que interviene cuando quiere y obrando sin tener en cuenta la voluntad del lesionado)".⁵

No resulta complejo determinar que el actual régimen penal se presenta como un modelo vertical y punitivo que prescinde de la voluntad de la víctima. Éste quizás es uno de los puntos más irracionales y por ende violentos del actual proceso, **el permanente abandono de la víctima, y el alejamiento de las agencias judiciales de los factores que generaron el conflicto**, delimitándose exclusivamente su función a la corroboración de si existieron o no los elementos descriptos en el tipo delictual.

Respecto del rol del Ministerio Público, y como influye su intervención con relación a la víctima, se ha dicho, *"..el Ministerio Público, configurado como una institución propia del sistema republicano representativo, es el encargado de llevar a cabo la persecución penal en los hechos punibles perseguibles de oficio. Este cometido tiene, sin duda, inocultable influencia problemática con*

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejando, Slokar Alejandro, "Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. C.A.BA., julio 2008, p. 232

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejando, Slokar Alejandro, Op. Cit., pp 229/230.-

respecto a la figura de la víctima y a su funcionamiento en el proceso, concurrentemente con aquél.. se puede afirmar que en el presente el Ministerio Público, de hecho y de derecho, ha venido a desplazar a la víctima en el proceso penal, la cual pugnando por ocupar un lugar, de un modo u otro puede chocar con aquél”⁶.

Por eso, es que no alberga ningún tipo de discusión que se produce ***una confiscación del conflicto por parte del estado***, operando como hemos visto, este concepto tan trascendental en el nacimiento de los estados modernos, y en el proceso de universalización de la iglesia católica.

“En el ámbito europeo continental, el derecho de los pueblos germánicos organizaba un Derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición. Tal como se señala, no se puede decir.. que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumentos de control estatal directo sobre los súbditos; ya que no importa aquí el daño real producido..”⁷.

Así, es que el papel de la víctima aparece totalmente desdibujado, sin ser un sujeto procesal, *“sin voz ni voto”* en un conflicto que lo tiene directamente involucrada, en el que justamente, fue la afectada.

Lejos de ello, el estado, al confiscar el conflicto, se pretende él como principal damnificado por un conflicto que en la mayoría de los casos le es ajeno.

⁶ Bertolino Pedro J. en “La víctima en el proceso penal”, Ed. Depalma, Junio de 1997, Buenos Aires, p. 24.-

⁷ Bovino, Alberto, “Derecho, Proceso Penal y victimología”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, agosto de 2003, p. 413.

La posibilidad de la víctima en constituirse como parte querellante no relativiza éste concepto que venimos apuntando, más aún si se repara en que es excepcional la constitución en parte querellante de las víctimas en la realidad tribunalicia.

En otro orden de ideas, y en relación a las nuevas tendencias que existen actualmente a favor de la víctima, estas suelen girar en torno a la reparación del daño, la existencia de mayores derechos de participación formal de la víctima en el procedimiento penal, y los derechos que le son reconocidos independientemente de su intervención formal en el procedimiento.⁸

En tal sentido, resulta claro que el actual sistema penal nacional no contempla eficazmente ninguna de estas tres variantes.

Éste aspecto analizado se ve reflejado en primer lugar en la actual vigencia del principio de legalidad, y paralelamente, en la falta de aplicación formal del principio de oportunidad.

Cuál de estos dos principios establezca un sistema penal, presenta una relevancia fundamental en el desarrollo de los mismos, y puntualmente en el nivel de selectividad e impunidad del sistema.

El código procesal federal, reafirmando su carácter inquisitorio, establece el principio de legalización.

En términos muy sencillos, que el código establezca el principio de legalidad implica lisa y llanamente que las agencias judiciales, fiscales y policiales deben perseguir de oficio todos los hechos que se encuentran descritos como figura delictual en el código penal.

Es decir, impone la obligatoriedad en el ejercicio de la acción pública, lo que también trae como consecuencia el deber de todo funcionario

⁸ Conforme Bovino, Alberto, Op. Cit., p. 419 y ss.-

público de perseguir todos los delitos que llegaren a su conocimiento y la prohibición de suspenderlos una vez iniciados.

La Constitución Nacional no impone que en el sistema opere el principio de legalidad, sino que ello surge del art. 71 del C.P. "Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales..." y del art. 5º del C.P.P.N.-

Este principio presenta insalvables dificultades, en primer lugar pretende una omnipotencia del sistema penal, lo cual es irreal, ya que es imposible tácticamente investigar y perseguir todos los casos que ingresan al sistema penal.

Por eso es que existen en la práctica judicial criterios informales y arbitrarios de mecanismos informales de selección, *"los juristas sostienen, especulativamente, el principio de legalidad, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben dentro del sistema, aplicando criterios oportunidad"*⁹.

En tal sentido, y a fin de resguardar el principio de igualdad de las víctimas, es que se impone necesario formalizar los criterios de política criminal que permitan orientar la discrecionalidad de la persecución estatal a efectos de transparentar cuales son los hechos que el sistema desea seleccionar.

Asimismo, y en contraposición a los modernos códigos procedimentales, el C.P.P.N. no prevé concretos medios alternativos de resolución de conflicto en los que participe la víctima, como puede ser la mediación o la reparación económica.¹⁰

La falta de aplicación de estos medios alternativos de resolución del conflicto, afectan de modo directo el derecho de las víctimas de tener una

⁹ Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, 2da. edición, 1ra. reimpresión., p. 834.-

¹⁰ Debe valorarse en este sentido, que la suspensión de juicio a prueba que prevé el art. 76 bis y ss. del C.P. no exige la conformidad de la víctima para la aplicación de ese instituto a favor del imputado.

pronta reparación del daño, ya que, con estos mecanismos alternativos que se vienen apuntando, en muchas ocasiones el damnificado puede consensuar con el victimario, la reparación del daño causado.

Puntualmente, es necesario que el código de rito prevea la negociación, la mediación penal, la reparación, y en última instancia, la aplicación efectiva de la suspensión de juicio a prueba -“probation”- desde el inicio del procedimiento penal -en la práctica judicial lo usual es dictarla una vez que la causa fue elevada a la etapa oral-.

“El derecho de la víctima a obtener una reparación ha sido entendida lato sensu como la plena retribución (restitutio in integrum), que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y también el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral”¹¹.

Al respecto, hay que destacar que el C.P.P.N. no prevé ningún mecanismo en el cual se pueda lograr esa reparación, y la satisfacción de la víctima, por el contrario, en caso que las partes puedan consensuar, ese acuerdo es irrelevante en el proceso penal.

Por otro lado, en relación a la participación de la víctima en el proceso penal, cierto es, que el C.P.P.N., que entró en vigencia en 1992, a partir de prever la posibilidad de que el damnificado se constituya en parte querellante, resultó un avance en este aspecto, de todas formas, ello es absolutamente insuficiente, de atender, a que como se dijo anteriormente, la regla general es que las víctimas no se constituyan en parte durante el proceso.

Asimismo, es necesario tener presente que en los procesos penales en que la víctima se constituye en parte querellante no varía esta situación de indefensión que se viene apuntando, puesto que los derechos

¹¹ Conf. Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29/7/88 en Cit. 12°, p. 106.

que le brinda la posibilidad de constituirse en parte, es la de intervenir en el proceso penal que sólo habilitará o no la aplicación de poder punitivo, pero el proceso sigue completamente desinteresado en la posición del damnificado, en caso que la víctima pretenda algo distinto a la sanción represiva.

Por el contrario, una medida efectiva en este sentido, y que resulta sumamente necesaria a la fecha, es la de la ampliación de los delitos dependientes de la instancia privada, y los delitos de acción privada.

Conclusión. La necesidad de adaptar el C.P.P.N. al cumplimiento del derecho humano a ser oído:

Tal como se ha visto, en razón de que el exclusivo fin del estado en la persecución penal es la averiguación del hecho histórico, en donde la víctima pasa a ser un dato de la pesquisa que sólo le permitirá al poder punitivo avanzar con la acusación que pesa sobre el imputado, es que la reparación del daño sufrido pasa a un segundo plano.

Así, el procedimiento prescinde por completo del interés de la víctima, y en consecuencia, no se prevén ninguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflicto que podrían justamente, satisfacer al damnificado de la lesión sufrida.

Por ello, es que es necesario, que conforme lo prevén los instrumentos internacionales mencionados oportunamente, la víctima tenga un derecho eficaz a ser oído ante un tribunal competente.

A su vez, y desde otro aspecto, también el C.P.P.N. vulnera el derecho a ser oído del imputado, cuando acceden al juez competente, una vez que “su suerte esta echada”, y en un procedimiento penal que lo tiene como principal objeto, pero no como protagonista en su desarrollo y en su dinámica.

En este orden de ideas, es que urge la necesidad de contar con un sistema procesal penal en donde las partes puedan cumplir de modo eficaz su derecho a ser oído, y ello implica, principalmente, crear un proceso plenamente contradictorio, que los tenga como protagonistas, y en donde el estado y la verdad material histórica, no se encuentran en un plano de supremacía prepotente respecto de las partes del conflicto.-