

PEDRO J. BERTOLINO
GUSTAVO A. BRUZZONE
(Compiladores)

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ETAPA
DE EJECUCIÓN PENAL, UN NUEVO DESAFÍO
PARA LA POLÍTICA CRIMINAL MODERNA

ESTUDIOS
EN HOMENAJE
AL DR. FRANCISCO J.
D'ALBORA

NICOLÁS F. D'ALBORA (Coordinador)



LexisNexis®
Abeledo-Perrot

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN PENAL. ¿UN NUEVO DESAFÍO PARA LA POLÍTICA CRIMINAL MODERNA?

por MARCOS SALT

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVO DEL TRABAJO

Tener la oportunidad de participar en el libro homenaje al Prof. Francisco J. D'Albora es para mí un placer y un honor que agradezco especialmente a los organizadores de la obra.

El Dr. Francisco J. D'Albora merece ser destacado tanto por su dedicación y esfuerzo puesto en la actividad académica como por su labor como abogado. En ambos ámbitos, sus enseñanzas y ejemplos son un legado para quienes afrontan la difícil empresa de "combinar" la actividad profesional de abogado en materia penal con la actividad académica. Su obra se ve enriquecida, precisamente, por esta combinación de afrontar los problemas teóricos con un fuerte contenido práctico fruto de su experiencia en la actividad profesional.

En este breve aporte pretendo abordar la cuestión de "la participación de la víctima en los incidentes de la etapa de ejecución penal" desde esta misma perspectiva. El tema, según entiendo, presenta aristas teóricas y prácticas de interés que no han sido analizadas aún en profundidad por la doctrina nacional ni por la jurisprudencia, ni han motivado propuestas de reformas de las normas procesales que regulan la cuestión en nuestro país.

En el análisis del tema, advierto que dos cuestiones fundamentales de la política criminal se entrecruzan generando dificultades sistemáticas aún no resueltas y poco advertidas. Por un lado, el "cambio de paradigma" del proceso penal a partir de la corriente que tiende a redefinir el papel de la víctima en el proceso y, por el otro, la tendencia de la moderna legislación de ejecución a acentuar las posibilidades de modificar la pena en sus condiciones cualitativas de cumplimiento durante la etapa de ejecución penal ligando este tipo de decisiones a criterios de individualización de la pena y a la ya tan

Coef
Pol.
Crim
a)
b)

criticada idea de "resocialización" ¹. La tendencia moderna del derecho procesal penal, traducida en las modernas legislaciones, ha atendido estos dos fenómenos pero, sin embargo, no ha encontrado un camino para unir de manera adecuada ambos temas en la regulación de los incidentes de la etapa de ejecución penal. Por un lado, la legislación procesal ha generado mecanismos para asegurar una protección adecuada (catálogo de derechos) y la participación de la víctima en el proceso penal y, por el otro, ha introducido la idea del principio de "judicialización de la ejecución penal" permitiendo la extensión de los principios del proceso penal a la etapa de ejecución. Sin embargo, todo el esfuerzo realizado para garantizar los derechos de las víctimas en el proceso penal no se ha reflejado en la etapa de ejecución en la que, en los distintos ordenamientos procesales argentinos, es expresamente excluida su participación.

Un caso, planteado de manera teórica, sirve para advertir las aristas prácticas de lo que pretendo tratar. Una persona condenada por algunos de los delitos contra la integridad sexual previstos en el Código Penal alcanza el plazo temporal que le permite solicitar salidas transitorias o un régimen de semilibertad de acuerdo con las previsiones de la ley 24.660. El incidente de ejecución para decidir si se otorga o no este beneficio, y bajo qué condiciones, se realizará, de acuerdo con las normas vigentes (art. 491, CPPN, en el ámbito nacional), sin ningún tipo de participación de la víctima que, en muchos casos, ni siquiera se enterará de la decisión. La idea de política criminal que sustenta la norma que excluye la participación de la víctima de los incidentes de ejecución es evitar que la "venganza" ² pueda incidir en decisiones que deben ser guiadas sólo por la idea de "resocialización" como criterio rector de las resoluciones de la etapa de ejecución. Sin embargo, es evidente que esta exclusión de la víctima de incidentes en los que se deciden cuestiones trascendenta-

¹ Ya en el año 1992, tomando las reflexiones de la doctrina alemana, advertía Maier la relación de la nueva corriente orientada a reforzar la importancia de la víctima en el sistema penal con los problemas de la pena privativa de la libertad: "Desde hace ya una década, la preocupación por la víctima amenaza con conmover todo el sistema penal, esto es, tanto el derecho penal, como el derecho procesal penal y la misma ejecución penal. Como algún autor traducido dice, se ha transformado también en una moda de la política penal frente a problemas no resueltos de la pena, en especial de la pena privativa de la libertad". MAIER, Julio B. J., "Prólogo" al libro AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 10.

² La misma idea de evitar la venganza en el proceso penal es la que justificó durante mucho tiempo la exclusión de la víctima en las demás etapas del proceso penal. Un claro ejemplo de ello en nuestro medio es el Código Procesal Penal de Córdoba del año 1939 inspirado en las ideas de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler que influyó de manera determinante en la legislación procesal del resto del país y extendió su influencia a la legislación procesal penal de Latinoamérica.

les para la determinación de la pena choca con la idea de darle un papel preponderante a los intereses de la víctima en el proceso y de acentuar un procedimiento contradictorio en todas las etapas del proceso penal. En el caso que he puesto como ejemplo, el autor podrá acceder al medio libre a la mitad de la condena sin que la víctima, aun constituida regularmente en acusador particular, pueda opinar.

En los últimos tiempos hemos visto en varias oportunidades la repercusión mediática generada por decisiones similares a las del ejemplo (salidas transitorias, libertades condicionales, arrestos domiciliarios, etc.). Normalmente, repercusiones críticas de la prensa sobre las decisiones judiciales —en muchos casos denotando una gran ignorancia de las normas vigentes o liviandad en el análisis del problema jurídico y de política criminal—, manifestaciones contrarias a las decisiones judiciales por parte de las víctimas que se sienten defraudadas por la administración de justicia, etc. Esta repercusión negativa de determinadas decisiones judiciales ha sido sumamente perniciosa y se ha traducido en un temor de los jueces de resolver favorablemente los incidentes de ejecución aun cuando los condenados reúnan las condiciones previstas normativamente. De esta forma, la exclusión total de la víctima que ni siquiera es escuchada en el trámite de los incidentes puede resultar contraproducente en la búsqueda de mejores soluciones para el conflicto penal ¿Podría este efecto negativo evitarse con algún tipo de participación de la víctima en los incidentes que garantiza sus derechos también en esta etapa procesal y el acceso a la información? Éste es uno de los ejes del trabajo. Quizá la decisión de excluir a la víctima de las decisiones sobre la modificación de la pena durante la ejecución, pensada para proteger a los condenados de las posturas contrarias fundadas sólo en una idea de venganza, sea hoy más perniciosa en sus efectos al no permitir un diálogo directo entre autor y víctima, en el marco del proceso que permita soluciones con mayor aceptación por todos los involucrados en el conflicto e, incluso, la posibilidad de introducir criterios solución de conflictos alternativos también en la etapa de ejecución (justicia reparatoria) ³. Por otra parte, desde el punto de vista dogmático, la exclusión de la víctima de los incidentes de ejecución puede constituir una violación a sus derechos de jerarquía constitucional a partir de la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en la reforma constitucional del año 1994.

³ La idea ha sido planteada con total claridad en relación con el CPP de la provincia de Buenos Aires por José Daniel Cesano (conf. "La exclusión del particular damnificado en los incidentes de ejecución frente a un modelo de justicia reparatoria", Colección Jurisprudencial Zeus, Rosario, Argentina, 16/11/2001, p. 2).

Una aclaración es necesaria. El presente trabajo es sólo una aproximación al problema con la única pretensión de generar un debate que colabore en una mejor regulación de la cuestión y que, seguramente, requerirá de estudios y debates más profundos que el presente.

II. LA REDEFINICIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA COMO SUJETO PROCESAL

Uno de los cambios más profundos producidos en el proceso penal de los últimos tiempos es la modificación del papel de la víctima como consecuencia de una corriente de política criminal que condicionó todo el sistema penal, generando modificaciones tanto en el derecho penal como en el proceso penal, cambio que aún está inconcluso y que, seguramente, determinará las tendencias de la política criminal de los próximos años ⁴.

En el campo del proceso penal, esta transformación se tradujo en un cambio de la atención prestada a la víctima que tiende a pasar de mero denunciante-testigo a sujeto fundamental del proceso, provocando un verdadero "cambio de paradigma" ⁵ en los sistemas de enjuiciamiento, tendencia afianzada en nuestra región con las resoluciones de los organismos internacionales de aplicación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ⁶ y, en el caso de nuestro país, con la jurisprudencia de la CSJN proclive a ampliar el margen de actuación de la víctima en el proceso. La nueva tendencia se tradujo también en modificaciones de importancia en la forma que se

Aquí incluí
sujeto
Frust. de
Ideas de
Re

⁴ Julio Maier destaca que no es la primera vez que la víctima esté en los primeros planos de la reflexión penal realizando un completo estudio histórico de la evolución del tema vinculando los vaivenes de las idas penales sobre la cuestión con los cambios históricos políticos y sociales. Asimismo, el trabajo exhibe con claridad que la cuestión no es sólo un problema del derecho procesal penal ni del derecho penal sino, antes bien, un problema político-criminal del sistema penal en su conjunto que así debe ser abordado. Conf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, "Parte general. Sujetos procesales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 582 y ss.

⁵ Al nuevo "paradigma de procuración y administración de justicia penal" se refiere Cafferata Nores al analizar la influencia en el proceso penal de la incorporación de los Pactos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma constitucional del año 1994. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa internacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁶ Conf. el excelente y trabajo de José I. Cafferata Nores, citado en la nota anterior, quien ha trabajado de manera minuciosa y con un estudio profundo de los principios previstos en la normativa internacional de derechos humanos y en los precedentes emanados de los organismos encargados de su aplicación.

regula la cuestión en los ordenamientos procesales de nuestro país y de Latinoamérica, cuestión que excede los objetivos de este trabajo ⁷.

La corriente ha llevado a reconocer en la víctima a un sujeto alcanzado por la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de sus intereses en el proceso penal, como un sujeto diferente al interés estatal en el castigo de las conductas punibles.

José I. Cafferata Nores es quizá quien expresó de manera más clara la cuestión de la influencia de la normativa internacional de jerarquía constitucional en el papel del ofendido en el proceso penal, "motivando" en mí la reflexión sobre uno de los puntos de este trabajo. Sintéticamente Cafferata Nores concluye que, de acuerdo con la normativa internacional y las decisiones emanadas de los órganos encargados de su aplicación, la víctima tiene una situación similar a la del autor frente a determinadas garantías en lo que él denomina "bilateralidad" ⁸.

Así, entiende este autor como garantías comunes a la víctima y al acusado las de "igualdad ante los tribunales", "acceso a la justicia

⁷ Conf. sobre el particular, un análisis de las diferentes legislaciones en AA.VV., *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003. En la doctrina nacional cabe destacar el trabajo de Julio Maier plasmado en un capítulo especial de su tratado. Conf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, cit., ps. 582 y ss. Sus desarrollos teóricos fueron plasmados en la propuesta normativa elaborada en el Código Procesal Penal de la provincia de Chubut que contiene catorce artículos para definir la intervención del ofendido en el procedimiento penal (arts. 185 a 199) receptando muchas de las ideas más modernas del derecho comparado tanto sobre la definición de "ofendido" (incorporando un concepto más amplio y reconociendo este carácter a las asociaciones civiles que tengan por objeto la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales o la protección de los derechos humanos en relación con los hechos punibles reconocidos internacionalmente como delitos contra la humanidad —art. 185, inc. d)—), como sobre los derechos de información y protección de las víctimas, participación en el proceso y la reparación del daño. Sin embargo, llama la atención que los principios no se plasmaran en la etapa de ejecución en la que Maier no prevé ningún tipo de participación del ofendido. Conf. SALT, Marcos G., *La figura del juez de ejecución penal en Latinoamérica*, Editores del Puerto, en prensa. Resulta de interés también el trabajo de CAFFERATA NORES, José I., *Derecho procesal penal. Consenso y nuevas ideas*, fundamentos del Proyecto presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación, expte. 1.581-D-98 del 1º/4/1998. Y, más recientemente, CAFFERATA NORES, José I. - TARDITI, Aída, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, ps. 87 y ss.

⁸ "...Procuraremos evidenciar de qué modo aquel paradigma se expresa en (o es expresión de) un conjunto de garantías judiciales de máximo nivel jurídico (art. 75, inc. 22, CN) de carácter bilateral, porque protegen genéricamente (en común) tanto a la víctima que reclama justicia ante los tribunales penales como al acusado", ver *Proceso penal...*, p. 10; "...Las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuestas por la normativa supranacional, se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o específicas para cada uno de ellos...", p. 17.

y defensa en juicio" e "imparcialidad de los jueces", desarrollando en un capítulo especial el alcance del derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva ⁹.

III. EL PRINCIPIO DE "JUDICIALIZACIÓN" DE LA EJECUCIÓN PENAL Y LA EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA DE LOS INCIDENTES DE EJECUCIÓN

La tendencia de la legislación penitenciaria es prever sistemas de ejecución de penas de encierro carcelario "relativamente indeterminadas" en cuanto a las condiciones de cumplimiento. Si bien no se altera la duración temporal de la pena impuesta, las condiciones cualitativas de cumplimiento sufren variaciones de importancia de acuerdo con requisitos que varían en los diferentes sistemas pero que, en general, han quedado ligados a la idea de la resocialización como principio rector de la ejecución penal. Estas modificaciones cualitativas en la forma de ejecución pueden significar incluso un "acortamiento" de la duración del encierro carcelario con formas de cumplimiento de "penas privativas de libertad" que se ejecutan en "libertad" (en nuestro medio, libertad condicional o libertad asistida) o con la posibilidad de que durante el tiempo del cumplimiento de la pena, el encierro carcelario, el condenado acceda a salidas al medio libre (por ej., salidas durante el día por motivos laborales o de estudio) ¹⁰. Es claro que esta tendencia que se verifica también en nuestra legislación penitenciaria implica que el proceso de determinación de la pena no se agota con el dictado de la sentencia condenatoria. Antes bien, es durante la etapa de ejecución de la pena donde se adoptan resoluciones que definen el contenido "concreto" de restricción de derechos que significará la sentencia condenatoria ¹¹ (régimen

⁹ Conf. *Proceso penal...*, cit., ps. 43 y ss. Sin embargo, de la misma manera que sucediera con las propuestas normativas de Julio Maier en el CPP de Chubut, el autor no extiende de manera expresa estos principios a la etapa de ejecución (ver el punto específico que dedica a la ejecución en su libro, ps. 199 y ss.), aunque creo que sólo por no advertir la conexión de ambos temas. Me atrevo a arriesgar como opinión personal que si Cafferatta Nores tuviera que analizar en concreto el problema que planteo en este trabajo coincidiría en que la solución que propongo es la que se adecua sistemáticamente a las conclusiones a las que arriba en su obra.

¹⁰ Conf. sobre el particular, con especial referencia al acercamiento de nuestro sistema a un sistema de pena indeterminada por la aplicación de la ley 24.660, ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 918.

¹¹ La ley 24.660 adopta el denominado régimen progresivo. Este proceso comienza cuando la administración penitenciaria recibe el testimonio de la sentencia condenatoria y realiza la "clasificación" del condenado en el primer período del régimen progresivo previsto por la ley, denominado "observación" y durante el cual un órgano técnico criminológico de la administración penitenciaria debe realizar un estudio médico, psicológico y

men abierto o cerrado, avances y retrocesos en los períodos del régimen progresivo) que pueden llegar incluso a determinar el acortamiento de la duración del encierro efectivo, con formas de cumplimiento de las penas en libertad a través de los institutos de la libertad condicional (arts. 13 y ss., Cód. Pen.) y de la libertad asistida (arts. 54 y ss., LEP).

A mi entender, el verdadero sentido del principio de la judicialización de la ejecución es garantizar la extensión de las garantías del proceso penal a este tipo de decisiones.

En este sentido, el principio de judicialización es una derivación del principio de legalidad penal que exige que la sanción penal esté prevista en un texto legal antes de la comisión del hecho delictivo, previendo no sólo el "tipo de pena" que corresponde a cada conducta tipificada como ilícita (reclusión o prisión, medidas privativas de la libertad previstas en el Código Penal —arts. 5° y 6°, Cód. Pen. ¹²—) y su *quantum*, sino también las características "cualitativas" de la pena y sus posibles modificaciones ¹³, que también deben ser esta-

social del condenado, formular un diagnóstico y pronóstico criminológico y decidir el período y fase de la progresividad al que será incorporado el condenado y el establecimiento en el que será alojado (conf. arts. 13, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660, y 7° y ss., Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución —dec. 396/1999—). A partir de allí comienza un proceso dinámico de modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la privación de libertad a través de períodos definidos a nivel legislativo y reglamentario que prevén las condiciones de cumplimiento en cada fase y la forma de avanzar y retroceder en el régimen de progresión hasta alcanzar, incluso, situaciones de formas de cumplimiento de la pena en libertad. El régimen progresivo de ejecución no es una innovación de la ley 24.660 sino que, antes bien, es tradicional en nuestra legislación penitenciaria.

¹² La CSJN ha dictado recientemente una resolución que ha reconocido la derogación de la pena de reclusión de nuestro sistema penal, cuestión que ya venía siendo debatida en doctrina. Conf. sobre el particular, ZAFFARONI, E. R., *Derecho penal...*, cit., p. 937.

¹³ En el mismo sentido, aunque no comparto todas sus conclusiones, conf. los siguientes párrafos del trabajo de Borja Mapelli Caffarena: "La irretroactividad es una garantía asociada en primer lugar al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también a la función motivadora de las normas... De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta... La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es sólo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigado con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga afflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución". Conf. BORJA MAPELLI CAFFARENA, "Nuovi sviluppi giurisprudenziali sui diritti delle persone private della libertà in ambito europeo", texto de la conferencia brindada en las jornadas "Costituzione e Diritti dei Dtenenuti", Roma, Italia, noviembre de 2004, inédito.

decidas "legalmente" (y no a través de reglamentos del Poder Ejecutivo). Esto significa que la ejecución de las penas debe cumplirse de acuerdo con lo previsto normativamente antes de la comisión del hecho ilícito (garantía de legalidad ejecutiva). Conforme a ello, una norma legal debe definir, concretamente, el alcance de la coerción que implica cada pena (por ejemplo, qué significa, en cuanto a limitación de derechos, la pena de "prisión"), las condiciones cualitativas de su cumplimiento y las posibilidades de "modificación" de ellas durante la ejecución¹⁴. En la República Argentina este requisito se cumple, aunque parcialmente si tenemos en cuenta los excesos de delegación de la ley en los reglamentos administrativos, a través de la ley 24.660 (Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad —LEP—)¹⁵.

Estas posibilidades previstas en la ley material de modificar la pena durante la etapa de ejecución sobre las que venimos haciendo referencia obligan a prestar mayor atención sobre las características del proceso penal durante la ejecución de la pena¹⁶, cuestión que sin embargo ha sido descuidada tanto por la doctrina como por el legislador. El tema que motiva esta breve colaboración, la importancia de encontrar un papel adecuado para la víctima en el proceso de toma

¹⁴ Recientemente (9/3/2004), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo con importantes consideraciones en relación con el principio de legalidad durante la ejecución y del que es posible extraer importantes consecuencias sobre el significado del principio de judicialización como derivación del principio de legalidad: "16) Que uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía". Corte Sup., "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal", R. 230.XXXIV, consid. 16. Conf. para el análisis del fallo y su relación con los principios de legalidad y judicialización, ALDERETE LOBOS, Rubén, "La judicialización y el principio de legalidad en la etapa de ejecución penal", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, no. 2, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 431, y el trabajo conjunto de GARCÍA YHOMA, Diego - MARTÍNEZ, Santiago, "La doctrina del fallo 'Romero Cacharane' y un esperado reconocimiento de los derechos de las personas privadas de libertad", JA 2005-I-75.

¹⁵ Las peculiaridades de nuestro sistema de organización federal y la falta de claridad para advertir el carácter de ley penal de fondo de la ley 24.660 como derivación del principio de legalidad ejecutiva antes expuesto, entiendo que han sido determinantes para la confusión generada en la República Argentina sobre el ámbito espacial de vigencia de las leyes de ejecución dictadas por el Congreso Nacional. Sobre las diferentes posturas de la doctrina y los antecedentes históricos de la cuestión conf. SALT, Marcos G., *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, ps. 158 y ss.

¹⁶ "...Según fueron consolidándose las expectativas preventivo especiales comenzaron a surgir modelos de ejecución alternativos que significaron un cambio sustancial en el contenido de la pena. Esta poliedricidad exige un incremento de un control imparcial e independiente". Conf. BORJA MAPELLI CAFFARENA, "La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso", en AA.VV., *Cuadernos de derecho judicial. Derecho penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 280.

de decisión de estas resoluciones que se adoptan en la etapa de ejecución, es a mí entender uno de los aspectos no advertidos ni en la regulación procesal ni a nivel jurisprudencial.

El Código Procesal Penal de la Nación argentina —CPPN—, siguiendo los lineamientos teóricos y los modelos legislativos de la época de su sanción, no prevé ningún tipo de participación de la víctima en los incidentes de la etapa de ejecución¹⁷. Antes bien, excluye la participación del querellante en los incidentes de ejecución de manera expresa¹⁸ y no prevé tampoco posibilidad alguna de opinar a la "mera" víctima en el incidente ni está previsto de manera expresa ningún derecho a ser informada sobre las decisiones que se adopten en esta etapa procesal. Así, el art. 491, CPPN, que regula el trámite de los incidentes, en la parte pertinente, establece: "La parte querellante no tendrá intervención"¹⁹. Francisco D'Albora, comentando esta cláusula, señala: "La exclusión del querellante se explica porque dicho sujeto concluye su intervención al terminar el proceso".

Sin embargo, entiendo que los derechos previstos en los arts. 79 y 80, CPPN, se aplican también en relación con la etapa de ejecución en la medida en que el art. 79 establece literalmente que estos derechos serán de aplicación: "desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización". En la medida en que el CPPN reconoce la etapa de ejecución como parte del proceso penal no hay duda que el proceso culmina con el agotamiento de la condena.

En un sentido similar regula la cuestión el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Así surge del art. 498 y expresamente del art. 81, que establece: "Etapa de ejecución. El particular

¹⁷ Ya el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica excluía también expresamente a la víctima de los incidentes de ejecución y, por tal motivo, no menciona al querellante adhesivo —ni le da participación alguna a la víctima— entre los sujetos legitimados para actuar en los incidentes de ejecución en general (art. 391) ni en los incidentes de la etapa de ejecución que por su importancia merecieron un tratamiento especial (por ejemplo, el incidente para la obtención de la libertad anticipada, art. 392). Conf. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

¹⁸ Conf. D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, p. 1064. En un sentido similar Maier señala: "El querellante no interviene en los procedimientos para la ejecución de la pena y, por tanto, tampoco posee recurso alguno contra las decisiones judiciales durante ese período" (procedimiento de ejecución). Conf. MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal*, cit., p. 689.

¹⁹ El CPPN no prevé tampoco ninguna participación especial de la víctima en los incidentes que por su trascendencia han recibido una regulación especial (revocación de la condena de ejecución condicional —art. 503—; libertad condicional —arts. 505 y ss.—, y ni siquiera en los casos de revisión de las condiciones de cumplimiento de la pena por la entrada en vigencia de una ley más benigna —art. 504—.

damnificado no podrá intervenir en la etapa de ejecución prevista en el Libro V de este Código”²⁰.

Según creo, esta tendencia de nuestra legislación procesal penal se contrapone a los principios a los que hice referencia en el punto anterior y, por tal motivo, será objeto de modificaciones ya sea por vía de interpretación jurisprudencial o por cambios normativos.

Así ha sucedido en algunos de los códigos procesales más modernos de Latinoamérica que constituyen un avance hacia la consolidación del sistema acusatorio en la etapa de ejecución penal y la ampliación de la preocupación por las víctimas en el proceso penal.

Así el CPP de Costa Rica del año 1996 prevé la participación de la víctima en los incidentes de ejecución sólo cuando se haya constituido en sujeto procesal como querellante, excluyendo a la “simple” víctima²¹.

El CPP de Paraguay parece darle una intervención a la víctima en los incidentes de ejecución de manera más amplia. Así el art. 495 establece: “...El Ministerio Público, el condenado, o la víctima según el caso, podrán plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena...”.

El CPP de Nicaragua del año 2001 establece: “...El Ministerio Público, el acusador particular, el querellante, el condenado o su defensor, podrán plantear ante el competente juez de ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad...”.

De manera clara, el CPP de Honduras del año 1999 establece un artículo especial bajo el título “Derechos de la víctima relacionados con la ejecución” en el que se establece: “La víctima tendrá derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución de la pena o de las me-

²⁰ Sin embargo, la norma parece contradecirse con lo dispuesto en el art. 86 que prevé entre las facultades de la “mera víctima” o “víctima a secas”, en la terminología utilizada por Pedro Bertolino, la de ser tenido en cuenta en oportunidad de: “Modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución”. La cuestión es advertida con claridad por CESANO, Daniel, “La exclusión del particular damnificado en los incidentes de ejecución frente a un modelo de justicia reparatoria”, cit., p. 4. En el mismo sentido señala Carlos M. De Elía: “Puede decirse que el artículo establece una suerte de disposición de la víctima sobre las consecuencias de la acción penal, ya que los extremos de la composición o arreglo entre las partes influyen sobre las medidas de coerción imponibles al imputado e, incluso, en cuanto a la pena propiamente dicha que podría ser disminuida o mortificada en mérito a la composición a que han llegado los interesados” (Código Procesal de la provincia de Buenos Aires, p. 119).

²¹ Así el art. 454 establece: “El Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor podrán plantear ante el tribunal de ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de las penas o de las medidas de seguridad...”. Sobre el particular, conf. el interesante trabajo de MURILLO RODRÍGUEZ, Roy, *Ejecución de la pena*, Conamaj, Costa Rica, 2002, ps. 119 y ss.

didias de seguridad, en lo relativo a la libertad del condenado, ya se haya constituido o no, como acusadora privada”.

Del texto de la ley hondureña surge clara la intención del legislador de que la víctima pueda participar de los incidentes de ejecución más trascendentes, los que puedan significar la libertad del condenado, sin importar que haya asumido el papel de acusador particular.

IV. CONCLUSIONES

a) Tal como se señala al comienzo del trabajo, la cuestión de las modificaciones en el sistema penal en su conjunto provocada por la corriente de política criminal que redefine la importancia de la víctima no está aún cerrada. Antes bien, es de esperar que se produzcan aún cambios de importancia en el derecho penal y en el derecho procesal penal.

b) Todos los cambios producidos en el proceso penal en relación con la participación de la víctima del delito no se han reflejado en la legislación procesal penal argentina en la regulación de los incidentes de la etapa de ejecución. Esta decisión del legislador resulta paradójica si tenemos en cuenta que la legislación material (ley 24.660) prevé la posibilidad de importantes modificaciones de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Pareciera no advertirse que muchas de las decisiones de la etapa de ejecución son tanto o más importantes para el proceso de determinación de la pena que la resolución adoptada al momento del dictado de la sentencia como culminación del proceso de conocimiento. En este sentido, es posible sostener con la terminología utilizada por Maier que, en los incidentes de ejecución, la víctima sigue siendo un “condenado de piedra”. Esta postura es, claramente, contradictoria con los principios sostenidos por la corriente de la moderna política criminal a la que hice referencia anteriormente y la jurisprudencia de los organismos internacionales de aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

c) Conforme a los criterios sentados sobre la participación del ofendido en el proceso, tanto por los órganos de aplicación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional en nuestro país como por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible prever que las cláusulas de los ordenamientos procesales argentinos, como el art. 491, CPPN, que vedan cualquier participación de la víctima (incluso cuando ha asumido el papel de acusador particular en el proceso) serán cuestionados sobre su constitucionalidad por la posible violación a los principios

MARCOS SALT

de acceso a la justicia y defensa en juicio en los términos que antes han sido analizados ²².

d) A partir de estas ideas creo que resta un estudio más profundo de política criminal para determinar cuál es el papel más adecuado para la víctima en los incidentes de ejecución atendiendo a todos los principios de jerarquía constitucional involucrados, incluso el principio de orientación de la ejecución a la resocialización, también de jerarquía constitucional, que ha sido presentado por un sector de la doctrina como un principio opuesto a la corriente que tiende a darle mayor participación al ofendido en el proceso penal.

e) La participación de la víctima en este tipo de incidentes, ya sea como sujeto con amplias facultades procesales o como sujeto con derecho a ser informado y opinar, permite pensar también en la posibilidad de dotar a la etapa de ejecución de mayor cantidad de mecanismos de solución del conflicto penal alternativos al encierro carcelario sobre la base de propuestas conciliatorias de los actores del conflicto. En este sentido, entiendo que deben estudiarse mecanismos de participación que acentúen el carácter conciliatorio de las audiencias ²³.

Resaltan

crucifera

DERECHO DISCIPLINARIO

PIERO L. MARINO
GUSTAVO A. PEZZONE
(Coeditores)

ESTUDIOS
EN HOMENAJE
AL DR. FRANCISCO J.
D'ALBORA

NICOLÁS E. D'ALBORA

LexisNexis
Abogado

²² En un sentido similar resulta de interés el estudio de Santiago MARTÍNEZ en relación con el procedimiento previsto en el CPP argentino para el juicio abreviado (mecanismo de simplificación del proceso que permite evitar el juicio sobre la base de un acuerdo entre el fiscal y el acusado): "...el legislador se ha olvidado de incluir en este mecanismo de solución de conflictos con un rol activo a uno de los actores principales en él: la víctima. Es así que, podría afirmarse que, limitar la participación del ofendido en este tipo de procedimientos afecta el principio constitucional de debida defensa en juicio"; *La víctima y el juicio abreviado*, Di Plácido, Buenos Aires, 2004, p. 18. En un sentido similar las conclusiones del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, año 2001.

²³ Ya vislumbraba de alguna manera esta idea Francisco D'Albora cuando señalaba que "...La injerencia de la víctima en un proceso penal ha generado la posibilidad de arribar a la mediación como meta para solucionar conflictos de dicha índole... Uno de los sistemas más idóneos para atender integralmente la situación de la víctima consiste en la mediación..." (*Código Procesal Penal de la Nación...*, cit., ps. 200 y 202).