

A DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

DIRECCIÓN: MARIANO H. BORINSKY | DANIEL SCHURJIN ALMENAR

• D • TRINA • JURI PRUDEN IA • LE LIA I N •



TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

- DERECHO PENAL Y AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO
- INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA
- MULTAS PENALES Y ACTUALIZACIÓN ADMINISTRATIVA
- VENTA DE NIÑAS Y NIÑOS
- DERECHO INDÍGENA Y PROCESO PENAL

JULIO 2020

JULIO 2020

Directores Académicos:
Mariano H. Borinsky y
Daniel Schurjin Almenar

Temas de Derecho Penal y Procesal Penal

Colección Compendio Jurídico

Julio 2020 - Año II

Temas de Derecho Administrativo

Director académico:
Carlos F. Balbín

CONSEJO ACADÉMICO

Mary Beloff, Matilde M. Bruera, Javier A. De Luca,
Carlos M. González Guerra, Eduardo M. Jauchen,
Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Mahiques,
Mónica Pinto, Marcelo A. Riquert, Carolina L. Robiglio,
Eugenio C. Sarra bayrouse, Aída L. Tarditti,
Ignacio F. Tedesco y Mario A. Villar

Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio

Directoras académicas:
Lily R. Flah y Silvia Y. Tanzi

COMITÉ EDITORIAL

Julián Aristimuño, Lucas Bello, Hernán Blanco,
Fabián M. Caffaro, Nancy B. Garçon, Deborah Lichtmann,
Juan I. Pascual, Lucía del Pilar Raposeiras, Julián E. Rubinska,
Pablo N. Turano y Carolina A. Vanella

Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor

Director académico:
Marcelo L. Perciavalle

Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética

Director académico:
Jorge C. Berbere Delgado

Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Directores académicos:
Carlos A. Toselli y
Patricio J. Torti Cerquetti

Temas de Derecho Procesal

Director académico:
Carlos E. Camps

Temas de derecho penal y procesal penal / compilado por Ricardo Antonio Parada ;
José Daniel Errecaborde ; dirigido por Mariano H. Borinsky ; Daniel Schurjin
Almenar. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Erreius, 2020.
1200 p. ; 26 x 19 cm.

ISBN 978-987-793-110-5

1. Derecho Penal. 2. Derecho Procesal. I. Parada, Ricardo Antonio, comp. II.
Errecaborde, José Daniel, comp. III. Borinsky, Mariano H., dir. IV. Schurjin Almenar,
Daniel, dir.
CDD 345.001

EDITA Y DISTRIBUYE:

ERREPAR SA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

CENTRO DE ATENCIÓN PERSONAL:

PARANÁ 725 - (1017)

BUENOS AIRES - ARGENTINA

TEL.: 4370-2018

E-MAIL: clientes@errepar.com

"ERREPAR ONLINE"
www.errepar.com

Dirección Nacional del Derecho de Autor. Hecho el depósito que marca la ley 11723.

ISBN 978-987-793-110-5

Sistema patentado, modelos y marcas registrados. Prohibida la reproducción total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, sin autorización escrita del editor. Los datos, conceptos y opiniones vertidos por autores y consultores no son necesariamente compartidos por la Editorial ni comprometen a los entes u organismos en los que éstos se desempeñen.

La renovación de las Obras no se entiende realizada en forma automática. La Editorial se reserva el derecho de modificar en todo o en parte la estructura y el contenido del sistema con el objeto de profundizar la eficiencia del mismo. ERREPAR no se responsabiliza por aquellos elementos que (aun haciendo a la eficacia del sistema) no quedan bajo su gestión directa.

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Digital Ferreti SAS,
Buenos Aires, República Argentina en julio de 2020

**Temas de
Derecho
Penal y
Procesal
Penal**



DOCTRINA

CAROLINA MORALES DEGANUT

Derecho penal y aislamiento social preventivo y obligatorio. Coronavirus en Argentina - COVID-19 | 647

ALEJANDRO O. TAZZA

La intermediación financiera no autorizada (art. 310, CP) | 663

IGNACIO MAHIQUES

La persecución penal de la entrega y/o "venta" de niños y niñas: una deuda del Estado argentino | 671

ENRIQUE M. COMELLAS

Las multas penales actualizables administrativamente: la conversión de las unidades fijas establecidas mediante ley 27302 y el principio de legalidad | 683

DIANA E. MÁRQUEZ

Víctimas: una mirada restaurativa | 693

ULF C. EIRAS NORDENSTAHL

La incorporación del derecho indígena en el Proceso Penal neuquino ... | 705

JURISPRUDENCIA

I COMENTADA

NADIA PODSIADLO - MARCOS CHIGAL - HÉCTOR F. SALVADOR - GONZALO G. GALEANO

La intimidad como Derecho Humano. A propósito del dictamen del Procurador interino Eduardo Casal sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal en contextos de encierro..... | 723

MARÍA B. DILEO

Desafíos y perspectivas para la Defensa Pública en casos de violencia de género. El caso de una mujer imputada por la ley de profilaxis | 732

I SUMARIADA | 743

LEGISLACIÓN

I NACIONAL | 749

I PROVINCIAL | 750

Doctrina

VÍCTIMAS: UNA MIRADA RESTAURATIVA

Diana E. Márquez (*)

I- INTRODUCCIÓN

Un filósofo norteamericano llamado Richard Rorty decía que hacer filosofía es rascarse donde no pica.

Rascar donde no pica significa explorar donde, en un principio, no habíamos puesto nuestro interés. Significa levantar la mirada y desplazar la atención, o correrse de lo que se entiende por *sentido común*.

Es una invitación a abrir la mente a nuevas posibilidades.

La intención de esta monografía es promover una mirada restaurativa sobre las víctimas. Y la mirada restaurativa es justamente eso: rascar donde la sociedad no siente que pica.

Pero les puedo asegurar que cuando la sociedad ponga sus ojos sobre la Justicia Restaurativa y vea el beneficio que puede aportar a todo el cuerpo de la comunidad, va a sentir la picazón, el ardor y al final la urgencia por seguir desarrollándola, por seguir expandiéndola. Se va a preguntar cómo no se aplicó antes.

Aun a riesgo de parecer contradictoria con lo escrito al comienzo del artículo, creo que la Restaurativa es la justicia del sentido común. Pero no del sentido común *mainstream*, del sentido común dominante, sino de un sentido común perdido que

(*) Abogada. Escribana. Mediadora Prejudicial de la Prov. de Buenos Aires. Especialista en Mediación Familiar. Facilitadora del diálogo. Experta en Justicia Restaurativa. Consultora. Disertante

debemos recuperar. El sentido común que nos dice que *quien asume que hizo un daño sabe que debe repararlo*, y que a su vez nos interpela a nosotros diciéndonos que debemos ayudar a que las personas encuentren un camino de entendimiento. Nada más simple. Ese es el germen de la Justicia Restaurativa: recomponer los vínculos. Personales y, fundamentalmente, **sociales**. Creo que hay sentido común en la necesidad de encontrar caminos para la reparación.

Existen agrupaciones como, por ejemplo, Víctimas por la Paz, cuyos integrantes han tratado de sobreponerse al sentido común dominante para generar un pensar y hacer diferentes. Víctimas por la Paz fue formado, en sus comienzos, por víctimas de distintos delitos y de diversa gravedad. Hoy tiene en sus filas no solo víctimas, sino también ofensores, personas privadas de la libertad y personas de diversos campos del conocimiento. A todos los aún la mirada sobre la convivencia y el mejoramiento de la sociedad por la vía pacífica.

Este tipo de agrupaciones son inspiradoras y nos llevan a repensar la realidad de las víctimas, y cómo vamos a arribar a la idea de pacificación en la sociedad. Es de destacar que muchos de estos grupos surgen desde afuera del sistema jurídico y no desde adentro. Este es un punto fuerte para analizar. Los movimientos de reforma, en general en el sistema legal, son ideados, diseñados y producidos por “expertos” jurídicos. Y esta lógica del experto, que dice cómo tienen que avanzar los cambios y las modificaciones, es todo lo contrario a la lógica de un grupo de personas que sufrieron delitos de diversa gravedad y que deciden reaccionar de manera *contracultural*.

Dicho esto, quiero que nos hagamos algunas preguntas:

¿Entendemos realmente que puede haber víctimas que quieran o necesiten otra cosa que lo que les ofrece el sistema judicial? ¿Entendemos que, incluso, puede haber víctimas que *no saben* que necesitan otra cosa? ¿O nos quedamos con una sola idea de víctima?

Pensemos en una víctima a la que no le alcanzó con que el victimario estuviera preso para estar satisfecha y tranquila. Es una víctima que necesita algo más, porque no está conforme. Es una víctima que necesita tener una respuesta más importante que la que da el sistema judicial. Necesita una respuesta **emocional, espiritual, psicológica, trascendente, humana**, que no va a encontrar habitualmente en las vías tradicionales de la Justicia. Es otro tipo de justicia, indocumentada si quieren, que **se necesita** y que, por ahora, no está dentro del sistema, aunque tengamos una ley de víctimas. Es otro tipo de justicia que asiste a víctimas que piden más, que piden otras cosas, como un encuentro, un pedido de perdón, o una restauración simbólica, que permite rehumanizar al ofensor dentro de la víctima, entender y reparar el entramado roto que existe entre ella y el ofensor, y le permite al ofensor, a partir de la mirada de la víctima, rehumanizarse a su vez.

Si trabajamos con los sentimientos y las emociones que hay detrás de la calidad de víctima y victimario estamos trabajando en un entramado que es *la red importante a restaurar*. Esto es algo fundamental porque el entramado no es ajeno a la víctima. La idea de la calidad de víctima es amplia y es mucho más abarcadora que la víctima vindicativa. No nos sirve que el análisis quede en lo binario de vindicativa-perdonadora. Hay una gama intermedia que tenemos que trabajar para poder identificar y poder transformar a una víctima vindicativa en una víctima empoderada que se haga protagonista de un proceso restaurativo.



Eso sí, debemos tener en claro que cada víctima tiene derecho a sentir y reaccionar ante el delito como pueda.

En ese sentido, Víctimas por la Paz desarma totalmente el paradigma vindicativo: se trata de un grupo de personas que en la superficie, y más abajo aun, tienen otra forma de pensar y de actuar, y no adscriben al famoso slogan “que se pudran en la cárcel”. Y entiéndase que hay integrantes que hablan desde experiencias muy dolorosas. Personas que pueden hacerle frente al argumento: “Sí, pero te quiero ver qué hacés si te matan un hijo”. Y no se trata de un conjunto de cándidos perdonadores, sino de personas que desean hacerse cargo de la continuidad de sus vidas sin que el delito del que fueron víctimas los eternice en un presente de dolor y parálisis. La respuesta de ellos como víctimas ha sido diferente, casi desde una postura revolucionaria en términos del derecho, o del mal llamado *sentido común*, generando otra dinámica. Aspirando a lograr un espacio de diálogo y de entendimiento.

¿Cómo incorporamos a las víctimas al proceso?

La idea de que las víctimas se acerquen al sistema genera controversias, por este prejuicio de que si acercamos a la víctima se podría generar un espacio vindicativo. Porque, como ya dijimos, hay una idea establecida de que “víctima” viene con el slogan “que se pudran en la cárcel”.

Esto es un debate que parece zanjarse con la ley de víctimas, que propone darle las riendas del proceso a la víctima. Pero esto debe quedar fuera de las posibilidades de esta última. No debemos transformar al proceso penal en un proceso *on demand*. Sí debemos considerar a la víctima como un personaje central que debe tener sobre sí la mirada atenta y bondadosa del sistema, siendo bien tratada, dándosele un espacio, estando atentos a sus necesidades. Pero considerarla central no quiere decir darle el volante del proceso.

A mi criterio, el Poder Judicial debe pensar las prácticas judiciales no solo como mecanismos para cumplir con los estándares normativos, sino como mecanismos para lidiar con conflictos humanos que derivaron en un conflicto penal.

Debemos confiar en las personas-víctimas, entender que pueden y deben protagonizar sus vidas, y pueden hacer cosas muy creativas y humanas con su conflicto, con su dolor, con su rabia. Porque cuando confiamos y generamos un espacio de confianza y contención, todo lo que sucede es sanador y da esperanzas en un mundo menos violento.

Recordemos que, cuando hablamos de víctimas, quizá pensamos: “yo sé qué necesitan las víctimas” y todos diríamos “justicia”, obviamente, pero al quedarnos solo en eso se nos acaba la curiosidad por saber realmente de qué se trata y qué más puede necesitar la víctima, entender que es algo tan individual, tan personal y que no es lo mismo una víctima que tiene que sobrellevar la ausencia de la primitiva víctima que una víctima que sufrió el hecho dañoso sobre su propio cuerpo y así miles de diferencias. Nunca tenemos que abandonar la curiosidad por saber qué necesita particularmente esa víctima, qué le pasa a ella de verdad.

Hay muchísimo para hacer en esto de conocer a la víctima. Muchísimo por descubrir. Es un gran trabajo que va a redundar en hermosos resultados. Y en bienestar social.

Y esto nos lleva a otra pregunta:



¿Alcanza con la ley de víctima 27372, que fue sancionada en 2017? ¿Están los operadores preparados para trabajar con las víctimas?

La sanción de esta ley ha sido quizás un buen intento de visibilizar a la víctima, pero aún me quedo con inquietudes. Por ejemplo: todos estamos de acuerdo en que no hay que revictimizar a la víctima; que la víctima puede tener necesidades económicas urgentes, que necesita un acompañamiento visible y cierto de parte del Estado, pero creo que estamos ante un compendio de buenas intenciones.

A las víctimas, entiendo, tenemos que generarles un espacio. Esto es entender que las víctimas son centrales e importantes en el proceso y no un simple testigo del hecho que lo tuvo como protagonista. Fue protagonista en el hecho y debe seguir siendo protagonista en el proceso. Debemos darles el lugar central, generando los mecanismos para que eso suceda. Si entendemos la importancia de la víctima como protagonista central, entenderemos cabalmente qué tenemos que hacer.

Tenemos que formar a los operadores judiciales. Tienen que saber qué hacer con las víctimas, estar preparados para enfrentar sus catarsis, tratarlas bien, poder parafrasear lo que dicen, positivizar sus relatos en cuanto sea posible, preguntar con curiosidad, escuchar activamente, entender las necesidades.

Para ello es indispensable utilizar nuevas maneras de comunicación amigable, comprensible y, sobre todo, *simples* con las víctimas, saliendo de los términos jurídicos tan intrincados. Es un desafío para todas las personas que son operadores judiciales y del derecho. Para que los operadores se involucren con las personas/víctimas y no solo con un expediente. Con la mirada sobre lo humano que tiene que haber delante de un expediente.

Y de esta forma debemos **confiar** en que si el sistema acompaña a esa víctima durante el tiempo que duran los procesos de la Justicia, terminará siendo una víctima contenida, que ha podido hacer su catarsis, que ha podido expresar sus necesidades, que ha podido hacer otro tipo de reflexión con respecto a cómo continuar su vida, con respecto al delito, con respecto al victimario. Estas acciones van a tener resultados en todos los actores, en todo el proceso, en toda la comunidad. Debemos pensar más allá de la relación víctima/ofensor, debemos pensar en el *tsunami* que se origina en todas las direcciones a partir de estos procesos humanizados. Y esa es la real mirada restaurativa.

En definitiva, ¿para qué se hace una ley de víctimas?

Entiendo que es *para mejorar el entramado social*. Y debemos pensar que el destino de la víctima no tiene por qué estar dissociado del de su victimario, porque si queremos mejorar el entramado social, debemos mirar los dos extremos. Y tenemos que tener una mirada restaurativa y de comprensión hacia la problemática social y delictual. El Estado, por omisión en sus obligaciones en relación a los derechos básicos y humanos, deja a la deriva un sinnúmero de situaciones en las que las personas de carne y hueso son víctimas a ambos lados de la escena.

La Justicia Restaurativa tiene en cuenta a las dos partes, porque si seguimos llenando las cárceles de personas sin brindar nuevas herramientas y haciendo reproducir intramuros lo que sucede afuera, solo lograremos que cada persona que salga no solo no se haya socializado, sino que reitere las conductas que ya perfeccionó adentro de la cárcel. Solucionar estos problemas es el objetivo de Justicia Restaurativa.



También es necesario decir que si no empezamos a aplicar Justicia Restaurativa no tengo ninguna duda de que habrá un montón de víctimas, no todas obviamente, que estarán en sus casas, que habrán quedado solas después de que su ofensor se fue a la cárcel 25 años y que no habrán podido hacer nada con su dolor, porque necesitaban ese plus que la Justicia Retributiva no ofrece, y habrán transcurrido todo un proceso judicial en el que no las habrán acompañado. Porque no fueron miradas más que con la mirada tradicional. Y no habrán podido acceder siquiera a la posibilidad de otra manera de reconstruirse.

De sanar.

Esta palabra, “sanar”, que no está en nuestro léxico jurídico, la tenemos que empezar a integrar y empezar a ver de qué se trata, porque, si no, nos vamos a quedar muy cortos en los procesos. No es una palabra mística, de autoayuda. No. Es concreta y tiene poder de mejorar. No es solamente un término jurídico.

II- SOLUCIONES QUE NOS PUEDE DAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA. ENCUENTROS Y CÍRCULOS RESTAURATIVOS

¿Por qué hablamos de círculos restaurativos? En lo personal, porque creo que es lo que se rompió. El círculo alrededor de la víctima y el círculo alrededor del victimario, que necesariamente los incluye.

El del victimario, normalmente, es un círculo que involucra a la familia, a los amigos, a los hermanos que van a la escuela, al trabajo, al mercadito y ya no los miran de la misma manera. La familia que, probablemente, vivía en el mismo barrio que la de la víctima y cuando sale a tomar el colectivo es mirada de reojo, como si ellos también fueran culpables por lo que hizo uno de los suyos.

Con relación a la víctima, ella y su círculo también están afectados. La víctima se vuelve una persona muy vulnerable, con una gran cantidad de sentimientos negativos de miedo, de odio, de furia y de vergüenza, entre otros, que sin dudas afecta a todo su entorno. Ha perdido el sentimiento de seguridad, se siente totalmente vulnerada. Y en el proceso restaurativo se trabajará para, justamente, restaurar ese sentimiento lo más cerca posible al momento anterior al hecho y con una idea completa de futuro.

Entonces, cuando hablamos de círculos restaurativos nos referimos a que debemos restaurar esos círculos rotos, dañados. ¿Y quiénes participamos de eso?: los mismos que hemos sido dañados o los que hemos causado el daño.

Y cuando esos círculos hacen intersección podemos hablar de encuentros restaurativos.

En ellos, tenemos el encuentro primario, que es el de la víctima y el ofensor, y en el que podemos incluir a las partes de la comunidad que forman sus afectos.

Tenemos a la víctima y al victimario como protagonistas que van a realizar una acción, que van a llevar adelante una acción en su tarea de diálogo, de escucharse, de tener una conversación difícil. No en los términos de “quién tiene razón” o si hay intereses ocultos detrás de las posiciones que hay en esa conversación. No. Aquí hablamos de conversaciones que cambian la vida de los participantes, como el delito anteriormente ya cambió a las dos partes. Conversaciones en las que, aun siendo difíciles, las partes se entregan de manera completa porque buscan sanarse. Se entregan en los términos de una conversación difícil que, como todas, está plagada de sentimientos muy complejos,

muy profundos, en los que las partes lo más seguro es que hayan llegado a ese encuentro sensibilizadas cada una con las propias historias de vida y con lo que han podido reconstruir, cómo han podido modificar su vida. En el caso de hechos graves, y de lograr producir el encuentro, ya que el delito puede haber provocado traumas profundos que lo imposibiliten, los encuentros normalmente no se pueden realizar muy cercanos al delito, porque todavía se está en carne viva. Y hay que ser sumamente cuidadoso y estar preparados para no causar a la víctima más dolor o situaciones traumáticas durante el encuentro.

Aquí entra en juego, de parte de la Justicia, la figura del *facilitador del diálogo*. Este actúa como una persona que positiviza los relatos, que hace intervenciones mínimas para que las partes sí se puedan escuchar, sí puedan dialogar con algún tipo de organización. Pero las intervenciones de ese facilitador son mínimas porque los que verdaderamente tienen que contar su historia, sus dolores, sus angustias y sus verdades son las partes. Y a la Justicia Restaurativa le importa muchísimo la historia de las partes, los contextos y le importa poder transformar esos diálogos, esos relatos en algo positivo, generar un nuevo relato para el futuro, para la vida de la víctima y del victimario. Y es transformador: nunca salimos igual a como entramos. Y se genera lo que yo llamo “un movimiento telúrico”, en el que el encuentro entre víctima y victimario construye una masa crítica tan intensa que replica hacia todos lados: comenzando por ellos mismos, siguiendo por los facilitadores, la familia y la sociedad toda. Si me permiten soñar, creo que estos terremotos pueden llegar a hacerse sentir hasta en el sistema judicial mismo.

En estos encuentros, lo que puede ofrecer la Justicia Restaurativa como justicia alternativa es la posibilidad de cambiar esa dinámica de interacción entre víctima y victimario. Desarticular esa idea instalada de la víctima paralizada, no protagonizando su vida, y del victimario como un monstruo deshumanizado.

Cuando víctima y victimario identifican las conductas que están repitiendo para perpetuarse en esa situación, es cuando comienzan a poder cambiar su perspectiva, su sistema. Y cuando, en base a esto, logran cambiar las propias conductas, es que comienzan a tener al menos alguna influencia sobre el problema.

Y sobre eso trabajarán las partes. Seguramente la intención en estos encuentros es llegar a algún acuerdo restaurativo, que en algunos casos será por escrito y en otros quedará de forma oral, pero debemos entender que lo más trascendente es el proceso, más allá del acuerdo.

Dice Virginia Domingo, hoy en día una de las doctrinarias más claras y didácticas en lo que se refiere a Justicia Restaurativa, y que nos habla con un lenguaje sencillo y a la vez lleno de contenidos profundos, que hay que dejar aclarado que acá, en este encuentro, no hay un conflicto de por medio, en los términos de la teoría de conflictos: acá lo que hay es un delito. Remo Entelman ve al conflicto como incompatibilidad de objetivos, siendo una especie del género “relaciones sociales”. Y no es lo que sucede aquí. Aquí hay un delito. Y claramente no vamos a estar analizando si la víctima tiene un 5% de culpabilidad y 95% el victimario, o lo que sea. La víctima es la víctima. No eligió ese rol. Es la que ha recibido el hecho dañoso. Y en ese sentido tenemos que ser muy claros y no revictimizar a la víctima. De ninguna manera. O sea: a la víctima no se le puede pedir nada. Lo que podemos hacer es tratar de trabajar con ella para sensibilizarla y para llegar a la situación del encuentro. Quizá en algunos casos nunca se llegue, o quizá se llegue solo a la situación de poder leer una carta que le escriba el victimario.



Lo que sucede en estos encuentros es todo acción, es un hacer complejo, es un hacer que debemos sistematizar aunque cada caso presente sus singularidades, y cada víctima sea un nuevo universo de necesidades que debemos desentrañar y tener en cuenta a rajatabla. Estamos hablando de víctimas que no sean vindicativas, porque claramente si la víctima tiene un espíritu vindicativo que no puede superar, nunca vamos a lograr el encuentro restaurativo porque, y aquí pensando en el victimario, *el encuentro restaurativo entre víctima y ofensor es para que les sirva a las dos partes*. Incluso, digamos, a las tres partes, ya que la *comunidad es otra beneficiaria* fundamental de estos encuentros.

Por eso la restauración es tan importante, porque es justicia que existe, pero que no está dentro del sistema. Porque asiste a víctimas que piden cosas que la Justicia Retributiva no puede proveer, como estos encuentros o los pedidos de perdón, entre otras, y son hechos tan personales, tan profundos, que hacen que la víctima logre ver la humanidad en el ofensor, que lo vuelva a considerar persona, y que el ofensor logre rehumanizarse también. Y que realmente se arreglen cosas de las que los Códigos no hablan. Porque no estamos aquí solo para cumplir con la letra de la ley; eso lo sabemos todos.

Hay otra pata que quiero traer aquí, que es la comunidad por omisión. Hay una idea, y es que tenemos una víctima y un victimario, pero este victimario también ha sido víctima de otras situaciones a su vez. Y entre estas situaciones de las que han sido víctimas (en general, hablo) es de la omisión del Estado. De la omisión en el cuidado de su salud, en su educación, en haberlo puesto en un estado de vulnerabilidad, de pobreza estructural, de no haberle ayudado con las adicciones, de no tener institutos de contención, de quizá no haber generado condiciones de trabajo para los padres y luego para él o ella, y no tener un Estado que se preocupe de que las personas trabajen o sean asistidas. En todo eso que el Estado debe hacer y no hace, actúa por omisión sobre ese victimario y eso no lo tenemos que olvidar. La situación del Estado por omisión es muy importante, y quizá en la Justicia Restaurativa es la primera vez que el Estado se puede hacer presente con una mirada bondadosa, de empatía hacia ese victimario y esto es sumamente importante.

III - EL DERECHO A PEDIR PERDÓN

Me gustaría reflexionar, asimismo, sobre lo que he denominado “el derecho a pedir perdón”, que quizá suene raro, porque uno espera que el derecho sea a dar el perdón. Pero la verdad es que hay personas que tienen la necesidad de pedir perdón. Y esa necesidad, sostengo, puede transformarse en un derecho. No en el sentido de obligar a una víctima a sentarse para que el victimario le pida perdón, sino a que ese victimario encuentre en algunos círculos restaurativos o en algunos encuentros restaurativos, aunque no sean con sus víctimas, pero quizá sí con otros miembros de su comunidad, la posibilidad de pedir perdón. Porque ese perdón, que no es religioso ni lo es en los términos del que da el Estado, tiene la inmensa potencia que representa el pedido de perdón. El pedir perdón y el decir la verdad son dos situaciones sumamente potentes que la persona que llega hasta ahí lo hace porque realmente ha transformado su vida y la ha transformado porque ha podido responsabilizarse de sus hechos. Y creo que en el derecho a pedir perdón va de alguna manera lo que llamo “cortar *el círculo de violencia*”.

Porque el círculo de violencia en algún lugar se tiene que cortar. Y creo que si esa persona puede ejercer su derecho a pedir perdón no es que se corta por lo más débil, tomando debilidad en los términos de las carencias del Estado por omisión. Yo creo que lo que allí sí generamos es un nuevo discurso, un nuevo diálogo, en el que en ese nuevo diálogo con la sociedad, una vez que este victimario hizo un “hasta acá” y pudo pedir perdón, o pudo participar de un círculo restaurativo, podremos decirle: “hablemos de vos, de por qué también sos víctima y qué tiene la sociedad para decir”. Desde allí podremos seguir trabajando junto a este victimario, seguir ayudándolo, dándole herramientas para que consiga trabajo, para que salga mejor de la cárcel, para que él y su familia se sientan de nuevo incluidos en el tejido social. Pero con todas estas situaciones, el primer paso de pedir perdón demuestra a la sociedad que ese victimario se arrepintió de haber hecho el daño (culposo o doloso), rompiendo ese círculo de violencia. Y los beneficiarios, al final, seremos todos porque habremos recuperado un miembro para la sociedad, un vecino, alguien con quien podremos convivir en paz.

IV - LA DIFÍCIL TAREA DE CAMBIAR EL PARADIGMA. Y UNA PALABRA QUE GENERA DESCONFIANZA

Y hay otro punto del que quiero hablar, que es un trabajo, quizá de hormiga, quizá demencialmente enorme, y que se refiere al cambio que debe sobrevenir al paradigma punitivista que está instalado en la mente colectiva, en la mayoría de la población. Una vez, en un artículo, propuse que en varios aspectos del pensamiento, como sociedad, estamos formateados por la industria del entretenimiento⁽¹⁾. Quizá no lo consideramos como un factor “serio” a tener en cuenta, pero yo creo que es mucho más serio de lo que pensamos. Está presente en muchísimos momentos de nuestra vida, y para muchos construye un marco de valores morales o éticos. Desde allí nos han educado para ver al conflicto como algo que se arregla por las malas. Las películas o series de juicios, de guerra y de acción muestran la resolución de los temas como una lucha, una pelea, pero nunca como una cooperación, como un acercamiento, como una construcción. Y mucho menos usando una mirada oriental, o sea como una oportunidad. El mensaje que nos han instalado es muy simple: a quien hizo mal, devolver el mal con creces. Y, como sociedad, nos han acostumbrado a eso.

Decía que es un deber desarticular la mirada punitivista y vindicativa del “sentido común”. Desarmar el sentido común y deconstruirlo, haciéndolo renacer en otro que contemple una mirada cargada de otra cosa. Y aquí me voy a permitir usar una palabra devaluada en estos tiempos y olvidada por los libros de derecho, los códigos, las leyes y hasta por la Constitución. Y la quiero usar con cuidado, porque produce cierto efecto de desconfianza. Es la palabra “amor”.

La Justicia Restaurativa necesita del amor para convertirse en parte del nuevo “sentido común”. Sin una mirada amorosa y de confianza hacia las partes estaremos transitando los mismos caminos creyendo que estamos abriendo unos nuevos. Pero este llamamiento no es solamente para nosotros: es para todo el sistema judicial, y más aún,

(1) Márquez, Diana: “La evolución del pacificador” - Revista “Será Justicia” - N° 87 - Colegio de Abogados de Necochea - diciembre 2018 - <http://www.victimasperlapaz.org/wp-content/uploads/2019/02/Doctrina4007.pdf>



para la sociedad toda. Porque nos tenemos que educar en una mirada que se aleje de la venganza, que se aleje del cálculo de la pena como medida de "justicia", que se aleje de la privación de la libertad como único camino de la solución del delito.

Debemos asumir que cuando hablamos de Justicia Restaurativa estamos hablando de amor.

V - UN CASO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Les voy a contar un caso muy potente de Justicia Restaurativa, en el que fui facilitadora del diálogo a pedido de las partes desde Víctimas por la Paz.

Es el caso de nuestra querida Melisa, su mamá Mercedes y los hermanos Emiliano y Fernando C.

En este caso trabajamos en el encuentro restaurativo entre la familia y los ofensores, actuando como facilitadores del diálogo. A pesar de ser mediadora de profesión, este caso lo abordé como facilitador del diálogo, adscribiendo a la noción de imparcialidad. Y con la convicción de que el facilitador tiene que poder dejarse transformar también, y dejarse atravesar por los sentimientos que tiene en ese encuentro. Porque en esos encuentros restaurativos las energías de emociones que se manejan son muy grandes e intensas, y si uno solo quedara en su posición técnica se perdería esa humanización que nos sirve a todos: a los que son protagonistas y a los que participamos como facilitadores del diálogo en un segundo plano. Y, nunca dejaré de decirlo, a la sociedad toda.

Melisa era una chica de 19 años que vivía en Quequén. Hace cuatro años, a causa de un derrame tóxico de un producto químico que generó un gas llamado fosfina, almacenado en el depósito de Fernando y Emiliano, Melisa murió. Esto está lleno de detalles; voy a tratar de ser sintética y precisa.

Caso mediatizado, en una ciudad pequeña obviamente alcanza dimensiones importantísimas y es tomado por grupos ambientalistas como una bandera, que piden la cabeza de los hermanos C.

La primera calificación, delito culposo, y la segunda, y por la que se eleva a juicio oral, doloso, con una pena de 8 a 25 años.

Mercedes, la mamá de Melisa y víctima a su vez, es correntina y vive en Corrientes. Contrata a abogados de Necochea, que solo le hablan de fojas, investigaciones incomprensibles para ella y de la promesa de muchos años de cárcel para los hermanos C.

El proceso tiene lugar en Necochea. El Poder Judicial está haciendo su tarea, pero con relación a Mercedes, la víctima, está ausente. Mercedes, ya cansada de viajar y no sentirse representada, decide cambiar de abogado, buscándolo en el Colegio de Abogados de Necochea, en un convenio con Asistencia a la Víctima. Le asignan una abogada y a partir de allí esta abogada escucha las necesidades de Mercedes, entre las que se encuentra encontrarse con los ofensores. Necesita saber la verdad de lo que pasó con su hija sin intermediarios y con la esperanza de poder superar la angustia, el dolor inconmensurable y la desesperanza en la que vive sumida. Necesita una explicación de por qué no está más Melisa.

A su vez, los hermanos C. han indemnizado civilmente a otros vecinos que también, en menor grado, fueron víctimas de este derrame tóxico y le piden constantemente a su abogado que facilite un encuentro con Mercedes, a lo que aquel se niega por los vericuetos mismos del proceso, con lo cual, también ellos, cambian de abogado.

Llegados a este punto, y sabiendo de la existencia de Víctimas por la Paz, me solicitan que sea facilitadora de ese encuentro. Yo, en mi carácter de mediadora, facilitadora del dialogo e integrante de dicha organización, accedo a concretar ese encuentro.

Me aboco a lograr un espacio de confianza, a escuchar, a no juzgar y a intentar que cada uno de los actores, de los protagonistas, relate los hechos, o exponga su dolor o formule sus preguntas.

Pero, ¿qué es generar un espacio?

Principalmente pensar en las personas que van a venir, prepararse. Lo que sabía en ese momento era que iban a venir a encontrarse con una mamá que había perdido una hija; necesitaba empatizar, tratar de ponerme en su lugar de alguna manera. No sabía toda la historia. Nunca quise, los días previos, entrar en el terreno de conocer todo lo que se había andado durante el proceso penal. No quería estar colonizada. Porque estar libre de esto que llamamos colonización me parecía fundamental. Yo, en lo que estaba enfocada era en generar algún espacio de confianza. Ese era mi único foco, porque ni siquiera pensaba en cómo iba a terminar el encuentro. Si terminaba en un pedido de perdón, un abrazo sería haber alcanzado un objetivo de máxima. Pero yo tenía que estar curiosa realmente sobre todo lo que sucedía.

Ese día pensé en poner flores arriba de la mesa, en comprar algo rico para comer. Aunque todo lo que íbamos a vivir probablemente iba a ser de una dureza y de una intensidad inexplicable, yo trataba de, en lo simbólico, poner algo de liviandad. El ámbito en el que yo los recibí es mi propia casa y tiene mucha luz, mucho verde. A mí me parecía que toda la escena tenía que ser relajante, contenedora. Y a la abogada lo que le dije fue: “Que Mercedes venga 45 minutos antes”. Cosa que no haríamos en una mediación, o en una mediación penal. No. Pero acá mi rol era de facilitadora del dialogo. Y pensaba en cómo ser flexible, y adaptarme a esa situación real y complejísima.

Entonces, Mercedes llegó 45 minutos antes; llegó con la abogada, con su marido, que no es el papá de Melisa, y con una nieta, que ellos crían, de otro hijo que también había fallecido en un accidente de moto. Yo no sabía de esto. La escena ya inclusive es otra: ahí me entero que Mercedes tiene otro hijo fallecido, que de 5 hijos que tiene perdió 2. Y que Melisa era la única mujer que tenía. Mercedes me cuenta detalles de cómo era su hija. Yo a su vez le cuento de la gente que participa de Víctimas por la Paz y mi propia historia. Sumado a la necesidad y la sensibilidad de Mercedes, logré el objetivo de generar el espacio de confianza.

Y en un momento llegaron los hermanos C., los ofensores. Igual que con Mercedes, no los había visto nunca en mi vida. Y entraron a la casa y los senté, Mercedes en un sillón, y Fernando y Emiliano en dos sillones contiguos. Nos sentamos los demás y, sin proponérselo, formamos un círculo.

Aquí comienza la parte central del encuentro.

Y ahí empezó Fernando con un pedido de perdón, con un contar todo, hasta el último segundo, hasta el último detalle. Fernando C. relató pormenorizadamente los hechos de ese infausto día. Contó con lujo de detalles cada pequeña acción, cada segundo de la cadena de hechos desafortunados que derivaron en la muerte de Melisa, mostrando que nunca hubo la más mínima intención de hacer daño.

Mercedes lo escuchó con atención. Luego habló.



Mercedes se encargó de contarles todo lo que faltaba en el mundo con la ausencia de Melisa. Que también estudiaba enfermería como ella, que era una persona muy servicial, muy dedicada al prójimo, que cuidaba a los ancianos de su barrio.

La emoción era desbordante. Mis sentimientos en ese momento eran intensos e hice intervenciones, muy precisas, porque realmente lo que era importante era que hablaran ellos; mi participación quizás estaba más orientada a cubrir algún silencio que no fuera un silencio completo o a realmente valorar lo que cada uno estaba haciendo: el esfuerzo gigante por encontrar la manera de quitar algunas mochilas, por remover algunas rocas inmensas del camino que cada uno iba recorriendo en la vida para poder seguir.

Y así se fue desarrollando el encuentro, alcanzando diversos picos de emoción que prefiero preservar, hasta que llegó el abrazo. En ese momento se para Fernando y le pide permiso a Mercedes si la puede abrazar. Mercedes acepta y se funden durante varios minutos en emoción verdadera, en perdón verdadero, en arrepentimiento verdadero. Ese momento es uno de los momentos más fuertes al que yo he asistido en mi vida y les aseguro que vale la pena intentar los caminos para llegar a ese abrazo.

El encuentro duró 4 horas y, como ya dije, fue de una emoción superlativa. Para Mercedes fue una respuesta a su dolor, a su necesidad de intentar entender lo inentendible. Para Fernando y Emiliano fue poder liberar de su alma el peso de explicar a una madre la muerte de su hija, de demostrarle que no habían tenido ninguna intención en provocarla y que les carcomía el espíritu cada día.

Ellos desde el minuto uno se hicieron responsables de su actuar culposo y le pidieron perdón.

Mercedes no se sentía con la capacidad de darles un perdón, pero sí que no quería que fueran procesados por un delito doloso. No significaba nada para ella que fueran 8 o 25 años a la cárcel. Mercedes, en este encuentro, al que llamamos *restaurativo*, pudo sanar un poco su dolor y darle a la memoria de su hija lo que ella entendía por justicia. Y que no era la severidad de la pena por un delito doloso.

Luego de ese encuentro se hizo el juicio oral y los hermanos C. fueron condenados por delito culposo. Hoy cumplen condena domiciliaria.

En enero de este año, como parte del acuerdo restaurativo, se inauguró en la plaza de Quequén un espacio en memoria de Melisa y de las demás víctimas del derrame tóxico. Se llama Paseo de la Paz.

Los hermanos C. y Mercedes han logrado generar un vínculo que los mantiene en contacto permanente. Hoy pertenecen a Víctimas por la Paz.

La víctima, el victimario y la comunidad necesitan de manera urgente y, quizá sin saberlo, de la Justicia Restaurativa, complementando a la Justicia Retributiva.

Pensar y repensar los procesos de la Justicia Restaurativa parecería ser, como dije al principio, rascar donde no pica.

Los invito a comenzar a rascar.

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL



TEMAS DE

ERRE US

ERREI

Un nuevo concepto en su

TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

JULIO 2020

