



Departamento de Postgrado de la Universidad de San Andrés.
Maestría de Derecho Penal de la Universidad de San Andrés

**El principio de oportunidad: ¿qué papel jugaría en una
justicia de lógica restaurativa?**

Maestrando: Gastón Sagretti

DNI: 35.161.865

Director de Tesis: Dr. Raúl Calvo Soler

Correo electrónico: Gastón_sagretti@hotmail.com

Lugar de presentación: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Resumen:

En este trabajo final pretendo traer a discusión una nueva forma de resolver algunos de los conflictos o delitos, como le gusta definirlos al Derecho, que se presentan entre integrantes de una misma comunidad. Para ello, intentaré reversionar el concepto tradicional del principio de oportunidad. Esta vez, según la filosofía de la Justicia Restaurativa. Es decir, cambiar la regla general de solo no castigar en determinados casos (principio de oportunidad en su regulación tradicional) por otra en donde la regla sea la inversa el no castigo, reservándose el avance punitivo solo para ciertos acontecimientos. Es para destacar que esta idea, por otra parte, encuentra inspiración en la forma en la que las comunidades indígenas americanas solían -y suelen- ponerle punto final a los problemas que se daban -o dan- entre sus miembros.

Índice.

1. Introducción.
2. El Principio de oportunidad tradicional.
 - 2.1. Concepto y clasificación.
 - 2.2. Evolución histórica del binomio legalidad-oportunidad.
 - 2.3. Su actual lógica punitiva.
 - 2.4. Ejemplos de aplicación del principio de oportunidad en la legislación argentina.
 - 2.4.1. Aplicación pretoriana del principio de oportunidad en el juicio a las juntas militares.
 - 2.4.2. Aplicación de criterios discrecionales en la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El *writ of certiorari* argentino.
 - 2.4.3. Principio de oportunidad en materia tributaria (año 1990).
 - 2.4.4. La suspensión del proceso a prueba.
 - 2.4.5. Otros ejemplos.
3. Otra cara: La justicia restaurativa.
 - 3.1. ¿De qué se trata la justicia restaurativa?
 - 3.2. Objetivos que se propone una justicia restaurativa.
 - 3.3. La víctima en la justicia restaurativa.
 - 3.3.1. Concepto de víctima.
 - 3.3.2. Ventajas que las prácticas restaurativas le ofrecen a la víctima.

- 3.3.3. Condiciones necesarias que debe reunir la víctima para participar en un programa de justicia restaurativa.
- 3.4. El victimario en la justicia restaurativa.
 - 3.4.1. Concepto de victimario.
 - 3.4.2. ¿Qué le ofrece la justicia restaurativa al victimario?
 - 3.4.3. Condiciones necesarias para ser victimario en un programa de justicia restaurativa.
- 3.5. El papel de la comunidad en la justicia restaurativa.
 - 3.5.1. El rol de la comunidad.
 - 3.5.2. Las condiciones de la comunidad.
- 3.6. Formas de justicia restaurativa.
 - 3.6.1. Mediación penal.
 - 3.6.2. Conciliación.
 - 3.6.3. Otras variantes.
- 4. Hacía un nuevo concepto del principio de oportunidad ¿Cómo funcionaría en una lógica restaurativista?
 - 4.1. Un cambio: El principio de oportunidad restaurativista. Un principio eficaz.
- 5. Conclusión.
- 6. Bibliografía.

I- INTRODUCCIÓN.

La historia nos cuenta que hace un tiempo los conflictos que ocurrían entre las personas eran resueltos por ellos mismos. Sin embargo, hubo un momento en que esta forma fue suplantada; para explicarlo tomaré como punto de partida la legislación penal grecorromana. Fue en el derecho romano¹ en donde se empieza a diferenciar entre *delicta* pública y *delicta* privada; los primeros eran perseguidos por los representantes del estado en su propio interés y los segundos eran seguidos por los particulares en su propio beneficio. No obstante, con el advenimiento del imperio, el procedimiento penal *extra ordinem* pasó a ser ordinario, afirmándose el carácter público del poder punitivo², por lo cual los *delicta* privada también fueron sometidos a penas públicas, incluso los más leves, que durante la república estaban librados al arreglo de las partes. 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.

Pero no en todas partes había una misma concepción. Un claro ejemplo de eso es la ley penal germánica que, en primer lugar, a diferencia de la romana rescataba a la víctima como parte siendo la pérdida de la paz (*Friedlosigkeit*) la más grave sanción conocida, que consistía en retirar al ofensor la protección de la comunidad, con lo cual quedaba a merced de cualquiera que quisiese darle muerte. La pena colectiva o pública estaba reservada a los traidores, dado que la víctima era también colectiva, pero en el resto de los conflictos el daño daba lugar a la *Faida* o enemistad del ofensor y su familia hacia el ofendido y su familia. Esto era natural en una sociedad en la cual la lesión a uno de los miembros del clan o familia afectaba económicamente a todos, pues constituían unidades económicas y bélicas. Este estado de enemistad podía terminar con la *Wertgeld* o

¹ China logró su primera legislación sistemática durante el siglo XXII a.C, con los llamados emperadores místicos. Se trataba de una legislación tremendamente cruel, donde el delito más grave era la rebelión, penada con varias formas de muerte. En Japón, el origen de la criminalización primaria también tuvo como fundamento la teocracia, sancionándose en 1232 (medievo japonés) la Ley de las Penas, donde se simplificaron las tipificaciones. Pero la más importante legislación expropiatoria lo que se suele denominar derecho penal antiguo fue la legislación babilónica, con el célebre código del rey Hammurabi. del siglo XXIII a.C., que establecía penas drásticas y de aplicación inmediata, pues sólo para los delitos menores preveía la expulsión de la ciudad.

² El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2002, p. 6.

composición, consistente en una reparación pecuniaria al ofendido o a su familia, pero también podía resolverse mediante un combate judicial, que era una ordalía o juicio de Dios³: guerra ritualizada o simbólica. El estado de enemistad o *Faida* acarrea para la familia del ofendido el deber de llevar adelante la venganza de la sangre o *Blutrache*, siempre que el conflicto no se resolviese mediante una *Wertgeld* o por el combate o duelo⁴.

El modelo de solución de conflictos o de partes se sostuvo mientras no se generó un poder central verticalizante, pero cuando éste apareció y cobró suficiente fuerza, confiscó a la víctima mediante el modelo punitivo. El modelo de solución de conflictos fue reemplazado por el de decisión, que se resolvía por la *inquisitio*, conforme a la mutación del paradigma general del saber. La disciplina debía establecerse por actos de poder verticalizantes: los conflictos no afectaban a la víctima sino al soberano⁵.

Dicho de otro modo, el conflicto social base del caso penal, es extraído de la voluntad y potestad de sus protagonistas reales, ofensor y ofendido, para convertirlo en un interés estatal, antes bien, en un poder estatal⁶.

Desde ese entonces, las personas verdaderamente ofendidas ocupan un lugar secundario en su propio problema. Claro está que la forma de castigar fue evolucionando, se pasó del cadalso a la prisión, del castigo del cuerpo al castigo del alma⁷. Sin embargo, este avance no implicó devolverles a las personas un mayor protagonismo a la hora de elegir la forma de cómo resolver su conflicto.

Hoy en día, prácticamente nos encontramos en una misma posición, hay una falta de protagonismo de la víctima y del victimario en la solución del conflicto. Salvo contados casos⁸ no se requiere la opinión de la víctima y del victimario, solo se les ofrece una única respuesta: un daño a la libertad personal del autor del delito. Tampoco, se atienden los intereses personales de cada ofendido en particular porque todo el modelo punitivo está orientado hacia una respuesta estandarizada. La solución del problema debería ser la

³ ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 19.

⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 232-233.

⁵ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 233; y ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 21.

⁶ FOUCALT, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1988, p. 63.

⁷ CAIMARI, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2004, p. 34.

⁸ En los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte se admite la conciliación (ver art. 34 CPPF).

consecuencia de un proceso que involucre a las personas que integran el conflicto y a la comunidad en la que viven.

Claro está que hay algunas situaciones que deben quedar de lado de este análisis, es decir de ser sometidas a mecanismos de mediación. Como explica Jhon Braithwaite⁹, la justicia restaurativa no sería funcional para apaciguar los crímenes cometidos por Hitler. Cierta forma de injusticia desafortunadamente requiere una respuesta violenta para disuadir e incapacitar la agresión y la tiranía. Lo mismo ocurre en nuestro margen con la masacre cometida por la última dictadura cívico militar (1976-1983)¹⁰, denominada por sus propios autores como Proceso de Reorganización Nacional.

Planteadas estas circunstancias ¿no sería prudente devolverles a las personas -víctima y victimario- mayor protagonismo a la hora de resolver sus problemas? Y, si así fuese ¿qué ventajas traería esa nueva forma de resolver los conflictos? Además, este modelo ¿aplica para todos los delitos?

Para resolver estas preguntas, me propongo partir de aquellas situaciones en las que el Estado¹¹, representado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación (como órgano acusador), opta, sobre la base de políticas criminales, por no avanzar con la reacción punitiva mediante la aplicación de principios de oportunidad.

II- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TRADICIONAL.

Concepto y clasificación.

La ley penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Su actuación práctica requiere un procedimiento mediante el cual, frente a la hipótesis de que se ha incurrido en esa conducta, se procure establecer si en

⁹ BRAITHWAITE, "The Fundamentals of Restorative Justice", *A kind of Mending: Restorative Justice in the Pacific Islands*, 2010, p. 38.

¹⁰ En un clima de creciente violencia política en el país, el 24 de marzo de 1976 en la Argentina finalmente se produjo un golpe de estado que derrocó a la entonces presidenta María Estela Martínez de Perón; y que fue ejecutado por los comandantes de las tres fuerzas armadas: Jorge Rafael Videla por el Ejército, Emilio Eduardo Massera de la Marina y Orlando Ramón Agosti perteneciente a la Aeronáutica. La Junta Militar, además, contó con el apoyo activo de diversos sectores de la sociedad civil como por ejemplo parte del empresariado nacional, determinados sectores de la iglesia católica, e incluso algunos dirigentes políticos y sindicales.

¹¹ El que, según Kelsen, como un ente colectivo constituido mediante un estatuto, se encuentra bajo el orden jurídico estatal que, en cuanto persona jurídica, le impone obligaciones y le otorga derechos (ver KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Vernengo (Traducc.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 292-295.

verdad ha ocurrido, para dar paso a la aplicación de la sanción prevista al responsable. Solo así se satisfecerá la vocación ínsita en la norma de ser actuada cuando se den sus presupuestos fácticos.

Sobre el punto se presentan, teóricamente, dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en todos los casos en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien se puede elegir a través de órganos estatales en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina legalidad; la segunda, disponibilidad o también oportunidad (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad).

El principio de legalidad se emparenta con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal); el de oportunidad, en cambio, con la visión del delito como conflicto y con las teorías relativas sobre la pena (es útil para lograr fines -prevención general o especial-), dando paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, priorizando la solución real -no solo simbólica- del conflicto¹².

Se suele decir que mientras que el discurso jurídico (principio de legalidad) camina por una acera, la realidad (principio de oportunidad) transita por la otra¹³.

En concreto ¿Qué entendemos por el principio de oportunidad?

Este principio puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. La concepción más amplia la fórmula Bacigalupo, al expresar que no debe entenderse como principio oportunidad exclusivamente a los casos en lo que se renuncia a la acción penal bajo determinadas condiciones, sino a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo¹⁴.

En términos generales puede decirse que la obligación de perseguir y castigar todo delito, inherente al principio de legalidad, puede admitir excepciones fundadas en distintas

¹²CAFFERATA NORES, "El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas", MAIER (Dir.) *Nueva Doctrina Penal*, p.3-23.

¹³ MAIER, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, TI, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 790-791.

¹⁴ BACIGALUPO, "Descriminalización y Prevención", *Poder Judicial*, número especial II, 1987, p. 14.

razones. Entre ellas se destacan la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas; cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad o el desbaratamiento de organizaciones delictivas, entre otras.

Conforme a ello, la afirmación del principio de oportunidad no resulta una postulación injusta, por referencia a la igualdad ante la ley de todos los habitantes, propias del Estado de Derecho, sino, por el contrario, un intento de conducir la selección según fines concretos, sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar¹⁵.

Es que el principio de oficialidad no es absoluto. El Código Penal establece para unos pocos delitos la persecución penal privada y legitima al ofendido, y a veces a algunos parientes, para asumir el papel que se concede a los órganos oficiales de persecución penal en los delitos de acción pública (art. 73 y ss., CP)¹⁶.

Otra excepción, a la regla de oficialidad de la persecución penal está constituida por los delitos que dependen de instancia privada (art. 72, CP), que consiste en imposibilitar la persecución penal pública hasta tanto la víctima lo autorice¹⁷.

En consecuencia, el derecho penal y el procesal comparten una tendencia hacia la reducción del protagonismo social del sistema penal tradicional, debido a la incapacidad del sistema para a solución de conflictos¹⁸.

Entonces, desde un aspecto subjetivo, en esencia, se trata de un concepto que abarca exclusivamente la función del Ministerio Público Fiscal, porque es el órgano estatal al que se le otorgó la representación de la titularidad de la acción penal.

Desde el aspecto objetivo, el concepto de oportunidad tiene estar referido al *iter* procedimental, y preferentemente a la investigación preliminar, porque la mayoría de los criterios tiene su fundamento en la economía procesal que permite la selección de casos de menor cuantía para la investigación de hechos de mayor relevancia¹⁹.

A partir del principio de legalidad se puede formular una adecuada conceptualización del principio de oportunidad, porque es en relación con la obligación de perseguir todos los hechos con apariencia delictiva donde se ubica la nota característica del principio de

¹⁵ CAFFERATA NORES, "El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas", 1996, p. 3-23.

¹⁶ MAIER, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2º ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 818.

¹⁷ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, tII, Tea, Buenos Aires, 1956, p. 502.

¹⁸ MAIER, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 1999, p. 152.

¹⁹ MARCHISIO, *Principio de Oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, editorial Ad-Hoc Buenos Aires, 2008, p. 180-181.

oportunidad y también su génesis, y porque la evolución de los fundamentos que justificaron en un momento de la historia la elección por el principio de legalidad, es la que hoy justifica su flexibilización a través de la admisión de excepciones que rompen con esa regla²⁰.

La idea de la posibilidad de su consagración en la legislación positiva nace con motivo del fracaso, en los hechos, del postulado que predica que todos los delitos deber ser perseguidos por igual, ya que los intentos de su implementación son la principal causa de una formidable cifra negra y de una tremenda arbitrariedad en el ejercicio de las acciones, así como del colapso actual de todas las administraciones o servicios de justicia (consecuencia procesal)²¹.

Se conocen dos sistemas de instrumentación del principio de oportunidad: libre y la reglada. La oportunidad libre puede apreciarse en el derecho anglosajón. Ellos desconocen el principio de legalidad. Parten de la premisa: el fiscal solo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena. Esto importa que, si no existe tal posibilidad, no hay acusación; y por otro que para lograr la condena por un delito se permiten negociaciones. Con esa arma el Ministerio Público gobierna el proceso penal y su forma concreta (a través de herramientas que, de conformidad con el perseguido, le permiten variar la naturaleza del procedimiento para abreviarlo: *plea bargaining*, *guilty plea*) y armonizar sus posibilidades concretas de perseguir penalmente con eficiencia con los recursos personales y materiales de la administración de justicia²².

En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el Fiscal, puede iniciarla o no hacerlo; puede una vez iniciada, desistirla.

En cambio, la oportunidad reglada, es propia del derecho continental europeo (España, Italia, Francia, Alemania) en los cuales, por una parte, la Inquisición hundió sus raíces fundamentales y, por la otra, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa (Kant, Hegel). Significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios, generalmente con el consentimiento de los acusados -a veces también de la

²⁰ MARCHISIO, *Principio de Oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 2008, p. 179.

²¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 7.

²² MAIER, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2016, p. 793.

víctima- y requiere control del órgano jurisdiccional. Esta modalidad es la que predomina en la doctrina y en la legislación argentina²³.

Si los presupuestos o criterios que autorizan la aplicación del principio de oportunidad están señalados en el ordenamiento penal o procesal nos hallamos en presencia de la modalidad reglada de oportunidad, mientras que, si éstos no se encuentran en la ley y sólo se mencionan pautas orientadoras en manuales de investigación, instrucciones generales, o en ninguna parte, se tratará de un principio de oportunidad libre.

Evolución histórica del binomio Legalidad-Oportunidad.

Con la llegada de los primeros colonos al continente Americano rigió en esta región el derecho español vigente en la Corona de Castilla. Luego, con la Recopilación de Indias de 1680 -que estableció un orden de prelación para la aplicación de las leyes en América-, el derecho castellano tuvo una aplicación supletoria.

Sin embargo, debido al carácter casuístico que poseía el derecho indiano y la falta de criterios generales, el derecho castellano tuvo una gran importancia. Es importante destacar que, de acuerdo con la ideología que sustentaba Las Partidas, el rey era puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia y dar a cada uno su derecho. Conforme con ese concepto absoluto de soberanía, la administración de justicia no era más que una función del gobierno que desconocía todo principio de separación de poderes.

La emancipación no produjo en los primeros momentos grandes cambios en materia legislativa, ya que se continuaron aplicando los principios establecidos por el ordenamiento español. En términos generales el sistema procesal no varió y continuó con su carácter inquisitivo. Sin embargo, con la independencia política se reforzó²⁴ la idea de separación de poderes y se consolidaron garantías²⁵ básica del proceso.

Hasta este momento, si bien rigen los principios básicos del sistema inquisitivo español y con el principio de legalidad, no se advierten nuevas disposiciones concretas sobre esta

²³ CAFFERATTA NORES, “El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, 1996, pg. 13-14.

²⁴ Se destacan el Reglamento para la Administración de Justicia del 23 de enero de 1812 que estableció la competencia de los alcaldes ordinarios para el conocimiento en primera instancia de las causas criminales. También, un 24 de marzo de 1813 la Asamblea General Constituyente eliminó la autoridad del tribunal de la Inquisición para los pueblos de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

²⁵ Dice Maier que las garantías representan las seguridades que son concedidas (facultades) para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, sea en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (MAIER, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2016, p. 443).

elección, en tanto que la única expresión del principio de oportunidad que se advierte en nuestro derecho patrio se encuentra en el Reglamento de Administración de justicia dictado por la Asamblea General del 6 de septiembre de 1813, que en su art. 11 establece: “...en las ciudades subalternas de provincia y en las capitales de ellas, la primera autoridad civil con las justicias ordinarias visitará las cárceles una vez a la semana, aunque sea domingo, velando el progreso de las causas, removiendo los obstáculos que se opongan a su finalización y cortando por prudentes arbitrarios que sean de poca entidad...”²⁶.

Con ello se destacan dos circunstancias particulares que aún se conservan como características negativas de nuestra administración de justicia. Primero que desde esa época la administración de justicia era lenta y segunda que esta circunstancia traía aparejada la prolongada detención provisional de los ciudadanos en el marco de un proceso²⁷.

Para evitar los efectos perniciosos de este sistema, ya la Asamblea del año 1813 advirtió la necesidad de adoptar criterios de política criminal para lograr un sistema judicial más eficiente y justo. Es claro que al establecer que las autoridades judiciales debían velar por el progreso de las causas y cortando por prudentes arbitrarios las que sean poca entidad, más allá de la rudimentaria regulación, se optó por la aplicación de un criterio de oportunidad reglado y reservado a los supuestos de poca relevancia.

Posteriormente la Constitución de 1819 establece la mayoría de los derechos particulares, reafirmando la independencia del Poder Judicial y la elección del juicio por jurado para la resolución de los casos criminales (art. 114).

Luego sucede una etapa de verdadero retroceso en materia de garantías individuales que se inicia con la disolución del Congreso el 23 de febrero de 1820. En este período el gobernador se arroga la facultad de administrar justicia por jurisdicción apelada o directamente a través del nombramiento de comisiones especiales.

Con la sanción de la Constitución Nacional en el año 1853 se consolidaron las garantías individuales y el principio de separación de poderes que se habían esbozado en las distintas leyes y reglamentos comentados.

²⁶ SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Eudeba, Buenos Aires, 1975, p. 150.

²⁷ Según destaca Lila Caimari (ver CAIMARI, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, 2004, p. 111) las estadísticas de la Penitenciaría Nacional daban cuenta que, de los ocho mil presos en 1906, más del setenta por ciento eran técnicamente inocentes que aguardaban el resultado de sus juicios en reclusión. La proporción de procesados encarcelados del país fluctuaría merced diversas leyes de excarcelación, pero se mantendría por encima del cincuenta por ciento, a lo largo de todo el siglo XX (con picos de hasta el setenta por ciento).

Con el Código Procesal en Materia Penal del año 1889 se inicia la codificación en todo el país, luego con la sanción en 1908 del Código Tomás Jofré para la provincia de San Luis y el de la provincia de Buenos Aires en 1815, empieza el distanciamiento con el ordenamiento nacional al prever el juicio oral a opción del imputado. Finalmente, a partir del Código ritual de Córdoba de 1939 se inicia un proceso de modernización que se diferencia marcadamente del ordenamiento nacional y que es seguido por casi todas las provincias restantes.

El art. 14 del Código Procesal en Materia Penal de la Nación establecía que la acción penal pública debía ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio del derecho de acusar o de intervenir como parte querellante en el juicio, que incumbe a la persona ofendida o damnificada por el delito o a sus representantes legales.

Ya se advertían notables diferencias en el Código de la provincia de Buenos Aires (1915) que dejaba sólo en manos del Ministerio Público Fiscal la titularidad de la acción penal. En nuestro derecho de fondo, entre uno de los proyectos de más importancia se encuentra el elaborado por Pineiro Rivarola y Matienzo (1891) que, entre otras modificaciones, unificaba la ley 49 y la ley 1920. Cabe destacar que este proyecto incorpora en la parte general la regulación de la acción penal, a la que define por exclusión toda vez que en su artículo 87 indica que se actuará de oficio salvo en aquellos casos de delitos de violación, estupro, mientras que, en los supuestos de calumnias e injurias, violación de domicilio, la acción es de naturaleza privada.

Finalmente, Rodolfo Moreno (h) reflató un proyecto de código del año 1906 que fue aprobado el 30 de septiembre de 1921 como ley 11.179.

Al comentar los principales rasgos del proyecto de 1917, Moreno (h) señala que se distinguieron tres tipos de acciones: la pública, o sea la que se inicia y sigue de oficio, sin que pueda ser influida por el accionar de las partes; la privada, que depende de quien inicia y sigue el proceso; y la que siendo de iniciativa privada, debe ser seguida como acción pública, una vez que se emprende, de tal manera que el propio actor carece de facultad para desistirla²⁸.

Es evidente que la tradición jurídica de nuestro país se inclina decididamente por un sistema partidario del principio de legalidad como principio rector. Ello es consecuencia directa de los antecedentes europeos que los inspiraron y la evolución que tuvo la discusión referida a la regulación de la acción penal y el principio de legalidad procesal.

²⁸ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, tI, editorial H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1922, p. 104.

Es preciso recordar que el principio de oficiosidad de la acción penal fue implantado en Europa en el año 1163, a partir de los anatemas del Concilio de Tours (*Canon Concilii Turonensis*), en el que se acordó que las autoridades no podían permanecer pasivas frente a la heterodoxia, debiendo actuar inquisitivamente, es decir de oficio en busca de herejes. De modo que, desde la óptica de la evolución histórica de nuestra legislación y sus antecedentes, parece posible revisar la disposición del art. 71 del C.P. (acciones públicas) para ensayar excepciones al principio de legalidad. En este sentido, se pudo observar que la existencia del principio de oportunidad no es una novedad del siglo XX, sino que en la historia jurídica de los distintos pueblos fue un tema oscilante. Entonces, se puede afirmar que más que una decisión detenida y fundamentada, el principio de legalidad procesal fue heredado entre otros tantos elementos que incorporamos del derecho continental europeo sin mayores cuestionamientos²⁹.

Su actual lógica punitiva.

El 4 de diciembre del año 2014 el Congreso Nacional sancionó la ley 27.063 en cuyo artículo 1º fue aprobado un nuevo Código Procesal Penal de la Nación. La entrada en vigor fue sancionada el 10 de junio de 2015 (ley 27.150) que disponía que su entrada en vigencia iba a ser progresiva. Actualmente se aplica en su totalidad en las jurisdicciones de Salta y Jujuy. En la nuestra solo entraron en vigencia algunos artículos³⁰.

Entre ellos, el art. 31 establece los criterios de oportunidad para que la fiscalía seleccione, en esos supuestos, si perseguir o no el hecho o a todos o algunos de sus autores.

Estos supuestos llevan diferentes finalidades:

- 1) En algunos casos, hacen eje en la necesidad de descongestión de casos del sistema, sea desechándolos y liberando recursos del Ministerio Público Fiscal para redireccionarlos hacía la atención de casos más relevantes; o bien, aplicándole soluciones alternativas, de mejor calidad y menos violentas que paralicen el trámite con la pretensión de no reiniciarlo.

²⁹ MARCHISIO, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 2008, p. 49-62.

³⁰ PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, 2ª edición corregida, actualizada y ampliada, editorial Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 17.

- 2) En otros, lleva una concepción utilitaria, para la eficiente represión del delito, ámbito en el cual se anotan herramientas político-criminales que permite reprimir el delito con mayor eficacia y éxito³¹.

La regulación legislativa de los criterios de selección puede servir de auxilio efectivo para corregir disfunciones del sistema penal. En primer lugar, puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad al corregir el efecto selectivo clasista de un sistema formal adherido al principio de legalidad; en segundo lugar, contribuirá a la transparencia del sistema y de la forma, modo y efecto con los cuales se opera la selección.

Volviendo al asunto, el inciso a del artículo 31 regula el principio de insignificancia, de construcción jurisprudencial³², aunque su legislación es importante para evitar una aplicación discrecional. La aplicación del principio de insignificancia o de bagatela permite excluir del ámbito de la prohibición a aquellas conductas que solo producen una lesión mínima al bien jurídico³³.

El principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico - conceptualizado sobre la base de principios de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto³⁴.

El principio de insignificancia se encuentra íntimamente vinculado al concepto de bien jurídico que apareció en la historia dogmática recién a principios del siglo XIX, bajo el influjo de la teoría del contrato social. Hoy en día se habla de que el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan³⁵.

³¹ SOLIMINE, *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 125.

³² Por contrario, la Corte Suprema, en el caso “Adami”, con relación al hurto de dos farolitos de automóvil, sostuvo “que de la manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites (...) La insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino la violación al derecho de la propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante solo a los fines de graduar la pena”.

³³ MONTELEONE, “Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *Revista Derecho Penal*, N° 10, 2015, p. 119-123.

³⁴ GARCÍA, *La insignificancia en el derecho penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 40.

³⁵ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 1987, p. 389.

Además, en el ámbito procesal puede sostenerse un alcance más amplio que el que se suscribe desde el derecho penal. Es que, bajo este criterio de insignificancia procesal, el fundamento central radica en la orientación de la capacidad operativa del aparato de persecución penal hacia los hechos más trascendentes, razón por la cual la discusión ya no pasa por la entidad o significación del hecho como delito, sino en el menor interés que suscita.³⁶

El inciso b establece que podrán aplicarse criterios de oportunidad “si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponderle pena de multa, inhabilitación o condena condicional”.

Este supuesto resulta de fácil interpretación. Su aplicación requiere expresamente que la intervención del imputado resulte menor o insignificante y que por ello, pese a haber participado en la comisión del delito, solamente pudiera corresponderle una pena de multa, inhabilitación o condena condicional. A diferencia del supuesto anterior, lo insignificante en este supuesto no es la lesión al bien jurídico tutelado sino la intervención del imputado en la comisión del hecho.

Por su parte, el inciso c prevé lo que en doctrina se conoce como pena natural y estipula que podrá prescindir del ejercicio de la acción penal “si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”.

Se ha sostenido que una pena puede no ser cruel en abstracto, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Y que uno de estos claros supuestos es, justamente, aquel en que la persona ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma -o en su entorno inmediato y próximo- las consecuencias del hecho³⁷.

Dicha recepción doctrinaria concibe, bajo la denominación de *poena naturalis*, al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de este, considerando que de imponerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena; sin contar, además, con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también se extremaría la irracionalidad del poder

³⁶ SOLIMINE, *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, 2015, p. 127.

³⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 132.

punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. En estos casos, pues, resulta conveniente prescindir de la pena.

En primer término, debido a que el accionar imprudente del autor ha sido compensado por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena. Luego, en razón de que una sanción impuesta en tal contexto no puede poseer ningún sustento preventivo. Por lo tanto, la sanción penal constituiría una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 18 CN³⁸.

Por último, el inciso d del art. 31 señala: “si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”.

Este supuesto se configura cuando la persona imputada ya ha cumplido una sanción -ya sea en el país o en el extranjero- y la pena que pueda imponérsele por el hecho fuera menor a la pena ya impuesta. Este criterio de oportunidad resulta respetuoso del principio de celeridad y evitaría la realización de juicios en los cuales la persona imputada ya ha cumplido una sanción seguramente mayor a la pena que pudiera corresponderle de arribarse a una condena a su respecto³⁹.

Resta agregar que, por resolución, el Sr. Procurador General de la Nación⁴⁰ dispuso que en los casos en los cuales los Sres. Fiscales decidan aplicar uno de los supuestos de los criterios de oportunidad deberán notificar a la víctima para que en el plazo de tres días pueda -o no- pedir fundamente que esa decisión sea revisada por un fiscal superior⁴¹.

Estos son los supuestos por los cuales, hoy en día, el titular de la acción pública puede optar por no perseguir y castigar. En estos casos, lo que se prioriza por sobre los intereses de una persona que fue víctima de un delito son los beneficios que su aplicación trae a la política criminal del Estado. Es decir, no sólo la persona fue víctima de una situación que le conlleva múltiples consecuencias (materiales, psicológicas, entre otras), sino que, además, debe tolerar que, tal vez, su conflicto no sea lo suficientemente grave como para que el Estado, quien desde la expropiación del conflicto pasó a ocupar un lugar que no le

³⁸ BACIGALUPO, “Principios de culpabilidad, carácter de autor y *poena naturalis* en el derecho penal”, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 1998, p. 131.

³⁹ MONTELEONE, *Revista Derecho Penal*, 2015, p. 129.

⁴⁰ El día 25 de noviembre del año 2019 el Sr. Procurador General de la Nación Eduardo Ezequiel Casal dictó la resolución PGN 97/19 (<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/PGN/2019/PGN-0097-2019-001.pdf>; disponible al 02/08/2022).

⁴¹ Algo similar se pretendió introducir en el proyecto del Código Penal del año 1999.

pertenece, no aplique la sanción que le corresponda por la conducta disvaliosa. Estos son algunos de los casos en los cuales la mejor opción es llevar adelante una expropiación a la inversa y devolverle el conflicto a los originarios protagonistas para que compongan el daño causado.

Asimismo, otro problema que asoma radica en la selección de estos criterios. Es decir ¿Por qué el criterio x tiene mayor trascendencia que el criterio y ?

Ejemplos de aplicación del principio de oportunidad en la legislación Argentina.

Antes de comenzar con el análisis de los distintos ejemplos sobre la materia que proporciona la legislación argentina, es importante hacer la aclaración que se argumenta que en la mayoría de los casos no se trata de un elemento extraño al sistema de enjuiciamiento penal vigente, sino que ya existe un importante número de manifestaciones de ese principio bajo lo que se denomina una concepción amplia. En cuanto al principio de oportunidad en sentido estricto, dialécticamente tiene que estar emparentado a la significación jurídica que posee el principio de legalidad, es decir destinado al poder público, y en particular al poder de los jueces y fiscales en relación con el proceso.

Por ello, como pauta orientadora para distinguir los supuestos de oportunidad en sentido estricto, hay que tener en cuenta que debe estar dirigido a otorgar al fiscal -con o sin contralor jurisdiccional- algún espacio de discrecionalidad para decidir si promueve o no la acción penal o desiste de la ya incoada, sobre la base de criterios de política criminal o por razones de economía procesal o criterios eficiencia.

Aplicación pretoriana del principio de oportunidad en el juicio a las juntas militares.

El juicio a los integrantes de las juntas militares con motivo de los hechos protagonizados por el propio Estado entre los años 1976 a 1983, es uno de los acontecimientos jurídicos más emblemáticos de la historia argentina.

En efecto, las especiales circunstancias en las que se llevó a cabo el juicio, el cuantioso e inusual número de víctimas, las altísimas jerarquías y responsabilidad que habían revestido los imputados en la conducción de nuestro país, signaron a este juicio como un ejemplo de respuesta institucional.

Sin embargo, la grandilocuencia de este proceso también se encontró con una infinidad de hechos y víctimas, que conllevó en la imposibilidad de investigar todos los casos.

Tomando el análisis un análisis que llevó adelante Adrián Marchisio⁴² de la sentencia de la Cámara Federal y de la Corte Suprema y de los 180 cuerpos de las versiones mecanografiadas del megajuicio, advirtió que la famosa causa 13 es el paradigma de una de las primeras creaciones pretorianas del principio de oportunidad.

De todas las piezas procesales que consultó surge que tanto el tribunal como la Fiscalía estaban en conocimiento de la existencia de innumerables hechos que afectaron a miles de personas, pero sin embargo ante la imposibilidad material de abarcar todas las hipótesis, se vieron obligados a juzgar tanto solo un número reducido de casos. La estrategia apuntó a aumentar las probabilidades de éxitos en la investigación y asegurar el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

De modo tal que la Fiscalía renunció a la persecución penal pública de los hechos no abarcados por la acusación. Esta estrategia es una excepción al principio de legalidad procesal.

“...Señores jueces, la comunidad argentina en particular, pero también la conciencia jurídica universal, me han encomendado la augusta misión de presentarme ante Uds. para reclamar justicia, razones técnicas y prácticas tales como la ausencia de un tipo penal específico en nuestro derecho interno que describa acabadamente la forma de delincuencia que hoy enjuiciamos aquí, **y la imposibilidad de considerar uno por uno, los miles de casos individuales**, me han determinado a exhibir a lo largo de diecisiete dramáticas semanas de audiencia, tan sólo, setecientos nueve casos que no agotan, por cierto, el escalofriante número de víctimas que ocasionó lo que podríamos calificar como el mayor genocidio que registra la joven historia de nuestro país...”⁴³ (el resaltado me corresponde).

Aplicación de criterios discrecionales en la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El *writ of certiorari* argentino.

La idea no es hacer una analogía entre el principio de oportunidad procesal y el *writ of certiorari* previsto como método de actuación de la Corte Suprema, sino que en esencia

⁴² MARCHISIO, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 2008, p. 116.

⁴³ Corresponde a la fs. 1 del primer cuerpo de la versión mecanografiada de la audiencia oral.

tiende a identificar la similitud existente en torno a la facultad/necesidad estatal de establecer criterios de selección a la hora de enfrentar el sistema judicial en todos sus órdenes.

Desde la más alta esfera judicial, resulta imprescindible atender a criterios de selección que prioricen el conocimiento limitado de casos.

En primer lugar, cabe destacar que el *writ of certiorari* (abreviatura que significa deseamos informarnos) representa en la adaptación argentina, un instrumento por medio del cual se otorga al Poder Judicial la capacidad política de rechazar el conocimiento de un caso por no considerarlo trascendente o importante, aún cuando haya materia constitucional evidente que se encuentre comprometida.

De este modo, el máximo tribunal tiene la posibilidad de seleccionar tan solo aquellos cuya importancia o trascendencia hacen al interés general de los ciudadanos.

El concepto de trascendencia en muchos casos ha sido vinculado con el de interés o gravedad institucionales. Se trata de la capacidad de arbitrio que posee el Estado, no entendida como arbitrariedad, sino como decisión de eficacia producida en el cuadro de los presupuestos de razonabilidad y coherencia que el Estado de derecho exige del quehacer de todos los poderes constituidos.

En verdad el instituto nace en los Estados Unidos como medio de permitir a la Corte Suprema decidir discrecionalmente el conocimiento de algunos casos excluidos de su jurisdicción apelada y como potestad facultativa que es, su rechazo no requiere fundamentación. De este modo, la Corte Suprema de ese país se maneja con tranquilidad y desde 1925 a la fecha dicta un promedio de sentencias anuales que no excedan de 250. El *writ of certiorari* fue incorporado a la legislación nacional por la ley 23774 del año 89' que además de incorporar los arts. 280⁴⁴ y 285⁴⁵ del CPCCN aumentaba el número de miembros.

⁴⁴ Dice "...Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de DIEZ (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos. En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos"

⁴⁵ "Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 282. La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente. Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar

De modo tal que por la vía del *certiorari* como por la doctrina de la gravedad institucional, se practica una selección de casos sobre los cuales se va a adoptar una decisión judicial.

Principio de oportunidad en materia tributaria (año 1990).

En materia de evasión fiscal y previsional se observa uno de los antecedentes en los que con mayor claridad se expone la intención legislativa de introducir el principio de oportunidad en su concepción amplia. O como suelen decir, de alguna manera el legislar la llamada disposición de la acción penal.

En efecto, ya en el año 1990, la ley 23771 Ley Penal Tributaria, en su artículo 14 previó el principio de oportunidad sin afectar la inevitabilidad de la acción penal, sino que solamente flexibilizó su carácter de irrevocable.

Cabe destacar que esta decisión legislativa fue ratificada años más tarde al producirse una importante modificación de todo el régimen penal tributario por la ley 24.769 (B.O., 17/1/1997) que dejó inalterable el instituto previsto en el anterior art. 14 que ahora pasó al art. 16.

En este sentido se establece que en los supuestos de evasión tributaria y previsional simple, la acción penal se extinguirá si se cumplen las siguientes condiciones: a) que se estime probable una condena de ejecución condicional o una acusación fiscal que la torne posible (aquí se produce una remisión al art. 26 del CP, de modo que no es una aplicación automática del instituto, sino que el juez y fiscal deberán evaluar los requisitos formales), b) es necesario que el evasor acepte la pretensión fiscal y la cancele en forma total ante de formularse el requerimiento de elevación a juicio, y c) que nunca se haya hecho uso de este instituto; el beneficio se otorga por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada⁴⁶.

La suspensión del proceso a prueba.

este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la Ley N. 48. Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso”.

⁴⁶ MARCHISIO, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, 2008, p. 113-127.

En el año 1994 se sancionó la ley 24.316 que incorporó el artículo 76 bis del Código Penal⁴⁷ la suspensión del juicio a prueba. Se trata de una reforma que encuadra en el movimiento de simplificación procesal y de alternativas al encierro carcelario tradicional divulgado en la legislación comparada a partir de los años sesenta que se fundaron en distintos planteamientos: unos de corte predominantemente asistencial y paternalista, y otro resignadamente reformistas⁴⁸.

Se trata de un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse a pedido del imputado, por el cual se le impone el deber de cumplir con determinadas condiciones durante un periodo de tiempo, de modo tal que si el imputado cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, en caso contrario el trámite continúa su proceso.

Por ello, si bien la aplicación de la suspensión del proceso a prueba no produce inmediatamente la extinción de la acción penal, luego de transcurrido el período de prueba y habiéndose cumplido todos los requisitos legales, el Estado deja de lado definitivamente su pretensión punitiva por ese hecho, y en consecuencia podemos afirmar que estamos frente a un claro ejemplo de oportunidad⁴⁹.

Otros ejemplos.

En el derecho argentino existen algunas otras excepciones al progreso de las acciones penales basadas en distintas razones de política criminal y que tienen distinta naturaleza

⁴⁷“El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones”.

⁴⁸ ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte General*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2002, p. 927.

⁴⁹ VITALE, *Suspensión del proceso a prueba*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 31.

y condiciones. Tanto es así que encajan en causales de atipicidad, de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad⁵⁰.

Así, el pago voluntario de la multa prevista para el delito (art. 64, CP); la retracción en los delitos contra el honor (art. 117, CP); anteriormente, el avenimiento en los delitos contra la integridad sexual (art. 132, CP), hoy derogados; excusas absolutorias para determinados casos (art 185, CP); el que revelaré una conspiración para cometer el delito de traición a la patria (art. 217, CP); el desistimiento en la tentativa (art. 43, CP); el delito imposible (art. 44, CP); las injurias recíprocas (art. 116); el sometimiento a un tratamiento curativo o educativo para los tenedores de estupefacientes con fines de consumo personal (arts. 17 a 21, ley 23.737), entre otros.

III. OTRA CARA: LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

La actual descripción del modelo de Justicia Restaurativa es de reciente elaboración; sin embargo, las ideas que la fundan vienen desde antiguo. En el hallazgo de esos orígenes incide, como no puede ser de otro modo, la mayor o menor simpatía que se tenga por la solución propuesta⁵¹.

La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos. Por ejemplo, el Código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la Ley de las Doce Tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa, y cuatro si había obstaculizado la persecución. En Inglaterra, en el año 600 d.C., el rey de Kent, Ethelbert, desarrolló un sistema detallado de baremos para la valuación del daño⁵².

⁵⁰ DE LUCA, “Principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. Su inclusión en el Código Penal”, en LEDESMA (Dir.) LOPARDO (Coord.), *El debido Proceso Penal*, TII, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 239.

⁵¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, “En Búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa”, o “Restitutiva”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 33, 2006, p. 101-140.

⁵² Sin embargo, se entiende (así lo dijo Beaudoin, juez de la Corte de Quebec en una Conferencia dada en Mendoza en el año 2002) que la idea central de la justicia restaurativa ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómades, más particularmente autóctonos, en los supuestos en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluido era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo; el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitado; de este modo, los lazos entre autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.

Pero cuando se habla de la justicia restaurativa que actualmente se pregona se hace mención a un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos y Canadá en la década de los setenta del siglo pasado en relación con la delincuencia juvenil, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que ésta debe intervenir en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene por el otro lado el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena.

En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebrantamiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible.

La Justicia Restaurativa es a menudo considerada como un conjunto de prácticas, un enfoque práctico de los temas de justicia, y de hecho es todo eso. La Justicia Restaurativa es una lente para observar las situaciones que involucran cuestiones de justicia. Es una manera de reformular la justicia que puede traer nuevas ideas y enfoques a las situaciones de daños y de injusticia. También es un aviso de los valores clave que son para nosotros⁵³. Para las Naciones Unidas la Justicia Restaurativa constituye una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, infractor y comunidad⁵⁴. Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, en relación con dos jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica, en la que habrían causado daños a unas veintidós propiedades. En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con ellas para el pago de los daños causados. En definitiva, dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores. Sobre la base de esa experiencia, en Elkhart, Indiana, empezó

⁵³ ZEHR, "Prólogo", en DOMINGO (autora), *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, editorial Criminología y Justicia, Burgos, Barcelona, y Palma de Mallorca, 2013.

⁵⁴ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, editorial Criminología y Justicia, Burgos, Barcelona, y Palma de Mallorca, 2013, p. 8.

en 1978-1979 un programa a pequeña escala, a cargo de oficiales de libertad condicional⁵⁵.

Más allá de algunas diferencias puntuales entre los sistemas restaurativos aplicados en distintos países y regiones, la experiencia ha sido calificada de positiva al incorporar a la comunidad como tercer sujeto de la ecuación en la búsqueda de las soluciones plausibles⁵⁶, sin perjuicio que esa vivencia no es el único argumento positivo de este modelo de justicia.

Parecería ser que la práctica restaurativa reconoce su origen en el derecho de los pueblos originarios⁵⁷, aunque ello no descarta que en otros tantos las soluciones de los conflictos se inclinaban para el lado punitivo. Una forma de explicar eso es que las comunidades indígenas tienen estructuras que interceden para salvar a sus integrantes. La comunidad responde por una justicia vital que restituye la vitalidad y no solo los derechos de cada hombre⁵⁸.

Aquí en América⁵⁹, los pueblos precolombinos fueron destruidos por la masacre cometida por los invasores occidentales; para la conquista española los aborígenes eran mano de obra barata que permitía la expropiación de los recursos naturales. Hoy en día se ha reconocido el efecto negativo y pernicioso que ha tenido la cultura occidental en nuestras tierras y la desaparición progresiva de los pueblos originarios⁶⁰. En consecuencia, en

Universidad de
San Andrés

⁵⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, “Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil”, en *Estudio sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 873-874.

⁵⁶ TAMARIT SUMALLA, “El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la directiva europea 2012”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio-2013, p. 147.; BARRIO, “La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos”, *Revista de Victimología*, N° 10, 2020, pp. 74.

⁵⁷ En el año 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 61/295 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, en su art. 5º, dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

⁵⁸ KUSCH, *América Profunda*, editorial Biblos, Buenos Aires, 1999, p. 213-214.

⁵⁹ Nuestra América alberga un mosaico de culturas que son producto de las victimizaciones originarias, de los africanos esclavizados, de los propios colonizadores marginales ibéricos, de los orientales oprimidos por el Pacífico, de los millones de desplazados económicos de la Europa pobre y campesina, de los perseguidos que huyeron de varios genocidios, de los que escaparon de los pogromos rusos, otomanos, nazis y de otros muchos que aún siguen llegando (ZAFFARONI, *Colonialismo y Derechos Humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*, editorial Taurus, Buenos Aires, 2022, p. 221).

⁶⁰ TAURI, “Indigenous Peoples and the Globalization of Restorative Justice”, *Social Justice*, vol. 43, n° 3 (145), 2016, p. 46 y ss.

aquellas regiones donde todavía habitan grupos o comunidades originarias, el Estado⁶¹ tiene el deber institucional de preservar su cultura, sus costumbres, y su forma de vida. Tal vez nuestro rumbo nos requiera poner más atención en la forma en la que las comunidades resuelven sus dificultades.

Veamos, el derecho consuetudinario Mapuche se conoce como *Az Mapu*. Este corpus normativo ancestral regula los roles y relaciones entre las personas o *che* y el mundo viviente. El *Az Mapu* se basa en el supuesto de que todos los seres tienen el mismo rango de importancia, de modo tal que las relaciones se rigen por criterios horizontales y fundados en la reciprocidad, es decir, donde no necesariamente existe subordinación entre seres vivientes. El *Az Mapu* es, pues, el código tradicional del pueblo Mapuche, el cual dispone de una serie de normas muy estrictas, que son entregadas por las personas mayores de las comunidades, a través de los *gülam* o consejos y de los *piam* o dichos.⁶²

¿De qué se trata la justicia restaurativa?

Antes de compartir algunas definiciones, es necesario hacer la salvedad que las definiciones no son unívocas, al punto tal que, para algunos, no es posible ensayar una definición.

Sin embargo, lo cierto es que algunos académicos y criminólogos siguieron experimentando y esbozaron algunas definiciones. El profesor italiano Adolfo Ceretti entendía que la justicia restaurativa es una justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo⁶³.

Por su parte, el criminólogo inglés Tony Marshall entiende que la justicia restauradora es un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito resuelven

⁶¹ Algunos códigos procesales penales introducen en su cuerpo normativo que deberán respetarse sus costumbres y métodos de justicia siempre y cuando sean compatibles con el orden jurídico nacional y el bloque de convencionalidad de los derechos humanos (art. 36 CPP Tucumán).

⁶² POBLETE, "El Pueblo Mapuche. Breve caracterización de su organización social", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)*, Julio 2019.

⁶³ CERETTI, "Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto", *Il coraggio di Mediare*, 2001, p. 309.

colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicancias para el futuro⁶⁴.

Mientras que Howard Zehr, considerado por muchos como el padre de la Justicia Restaurativa, dice que esta justicia es a menudo considerada como un conjunto de prácticas, un enfoque práctico de los temas de justicia, y de hecho es todo eso. Sin embargo, lo más importante es que, la justicia restaurativa es una lente para observar situaciones que involucran cuestiones de justicia. Es una manera de reformular la justicia que puede traer nuevas ideas y enfoques a las situaciones de daño y de injusticia⁶⁵.

En los que sí existe acuerdo entre los partidarios de la justicia restaurativa es en la posibilidad de morigerar los efectos emocionales del delito en la víctima⁶⁶.

Las ventajas que ofrece la justicia restaurativa se centran en los siguientes aspectos: a) protagonismo y empoderamiento de las personas involucradas en el conflicto; b) voluntariedad; c) centralidad de la víctima; d) reconocimiento del papel de la comunidad; e) apertura de nuevas prácticas restaurativas; f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso; g) no exclusión de ningún delito; h) atención a la evaluación empírica de los programas; e i) complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal⁶⁷.

Objetivos que se propone una justicia restaurativa.

Para poder comprender mejor cuales son los objetivos de este tipo de justicia se plantea la necesidad de diferenciar a tres sujetos que van a formar parte de estas prácticas (la víctima, el victimario, y la comunidad) y, además, distinguir entre objetivos primarios y secundarios. Los primeros apuntan a resultados en el corto y medio plazo, mientras que los secundarios se extienden en el largo plazo.

Los mecanismos de la justicia restaurativa están orientados hacia la maximización del consenso entre el autor y su víctima, es decir recrean un ambiente necesario para que el autor tenga la ocasión de reconocer su responsabilidad por el hecho y sus consecuencias,

⁶⁴ Como específica Aída Kemelmajer de Carlucci se trata de una definición tomada de la declaración de Leuven de mayo de 1997.

⁶⁵ ZEHR, “Prólogo”, en DOMINGO (autora) *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013.

⁶⁶ BRAITHWAITE, “Restorative Justice and De-Professionalization”, *The Good Society*, vol. 13, n° 1, 2004, p. 28-31.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, “El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la directiva europea 2012”, Dialnet, p. 143, (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4293905>; última visita 24 de julio de 2023).

ofrecer una reparación a la víctima, quien debe aceptarla de manera voluntaria y fruto del proceso comunicativo. No se trata, como se dice, de una mera compensación simbólica del perjuicio, ya que para ello está previsto una instancia civil de daños.⁶⁸

Lo que hay que entender es que la justicia restaurativa no está al servicio y beneficio del sistema penal, sino que esta justicia nace por y para las víctimas, y el fin principal es cambiar el orden de prioridad de la justicia penal, procurando la restauración de las víctimas e intentando que sus necesidades se vean atendidas⁶⁹.

La *Crime (Restorative Justice) Act2004* establece que el objeto del sistema de justicia restaurativa consiste en reforzar los derechos victímales y procurar su empoderamiento respecto de las decisiones concernientes a la reparación del daño ocasionado por el delito. En lo que respecta a los objetivos de la víctima en esta justicia, el objetivo primario es la restauración de aquello que fue dañado por el actuar del victimario. Este es el principio de la propuesta restaurativa; la acción ilícita provoca un desequilibrio que debe ser corregido. Este objetivo, se engarza con otro posterior que tiene una doble vertiente; lograr que la víctima vuelva a sentir que tiene el control de su vida y evitar cualquier proceso de revictimización. La idea de autonomía de la víctima es un concepto importante para este enfoque; dado que restaurar no es retribuir, no basta con que el victimario pague por lo que hizo. Es necesario que recomponga. Para muchas víctimas, lo primero que desaparece con el delito es la sensación de ser artífices de sus destinos⁷⁰.

Lo importante es entender que los objetivos de la Justicia Restaurativa se centran en la compensación de la víctima y en la reintegración -a la sociedad- de la víctima y del infractor⁷¹.

En lo que hace al victimario, el objetivo primario implica que la reparación debe servir para aprender sobre las consecuencias las consecuencias de sus actos y para recomponer los lazos que quedaron quebrantados por su propio actuar. Es por esto que la sanción no puede, bajo ninguna circunstancia, ser concebida como un fin en sí mismo; debe reparar y debe permitir que el sujeto continúe formándose. Para el enfoque restaurativo la recomposición de los vínculos es también la recomposición del individuo.

⁶⁸ ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 42.

⁶⁹ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 20.

⁷⁰ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, Ned ediciones, España, 2018, p. 38.

⁷¹ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 10.

Los objetivos secundarios pueden ser abordados desde una doble vertiente. Por una parte, se busca evitar los procesos de estigmatización, y, por el otro lado, se trabaja para lograr una reducción de los casos de reincidencia y reiteración de las conductas ilícitas. Para la propuesta restaurativista, la condición de victimario no puede ser caracterizada como un elemento definitorio del individuo. Es posible el cambio y los procesos de estigmatización que niegan o dificultan la transformación del sujeto deben ser superados en todo momento⁷².

Finalmente, en lo que atañe a la comunidad también tiene como objetivo primario lograr que sea restaurada en aquello que haya resultado dañado por la acción del victimario. La comunidad es víctima del desequilibrio provocado por las acciones del joven. También cabe señalar que la comunidad puede funcionar como victimario: generador de los daños en individuos o en otras comunidades. Cuando la comunidad ocupa estos dos roles iniciales (victimario y víctima) se le asignan los objetivos primarios y secundarios correspondientes al victimario y a la víctima. Se señala que la comunidad puede cumplir un tercer rol: como recurso de estrategia de gestión y/o restaurativa, cuyo objetivo secundario debe ser generar un rol de contención tanto para la víctima como para el victimario⁷³.

La víctima en la justicia restaurativa

Hasta aquí me he dedicado a contar de qué se trata esta justicia y cuáles son los objetivos que se plantea; ahora es momento de centrarnos en cada uno de los protagonistas de esta justicia, la víctima, el victimario, y la comunidad.

Está claro que uno de los protagonistas lógicos de este proceso debe ser quien sufre el daño, o sea la víctima. No obstante, considero que previo a debatir sobre los beneficios que esta justicia le da a esta persona, es ideal definir qué se entiende por víctima.

Concepto de víctima.

⁷² CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 39-40.

⁷³ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 40.

No hay un concepto único, sino que de acuerdo con la perspectiva que abordemos será la definición que tomemos.

En primer lugar, surge la noción de víctima relacionada con el plano jurídico; la víctima es aquel sujeto individual o colectivo cuyo bien jurídicamente protegido esto es incorporado a una norma se ha visto afectado por el actuar del victimario. La identificación en la práctica de la víctima definida en estos términos depende de dos elementos; el bien y la afectación. La víctima ha de ser titular del bien jurídicamente protegido. Y por el otro lado la víctima ve afectado dicho bien por el actuar del victimario⁷⁴.

La segunda definición se relaciona con la noción de conflicto⁷⁵. Desde este panorama, víctima es aquella persona que no logra imponer ninguno de sus objetivos. La víctima en el conflicto se caracteriza porque tiene enfrente otro actor que impone la consecución total de sus objetivos.

La tercera noción es, tal vez para este trabajo, la que cobra mayor relevancia. Me refiero a la víctima restaurativa. Esta víctima, se caracteriza por haber resultado perjudicada por el actuar del victimario. De esta manera, la condición constitutiva de víctima es un estado mental: sentirse dañada (debemos entender este daño en un sentido amplio: físico y psicológico). La víctima restaurativa puede no ser la víctima en sentido jurídico y/ o puede no ser la víctima en el conflicto⁷⁶.

Sin perjuicio de estas nociones, el concepto de víctima puede estar referido de manera genérica a un individuo indeterminado, o bien a un colectivo de individuos, como ocurre en el Derecho penal internacional cuando se explica que las víctimas de delitos internacionales son un grupo o comunidad determinada.

Mientras tanto el artículo 2º de la ley 27.372 recoge dos clasificaciones de víctima, por un lado, como el ofendido directo del delito (víctima en sentido propio) y, por otro, los demás allegados a ella (víctima impropia o en sentido extenso) que incluye cónyuge, convivientes, padres, hermanos, tutores o guardadores⁷⁷.

⁷⁴ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 44.

⁷⁵ Según la Real Academia española por conflicto debemos entender combate, lucha, pelea. Por su parte, Calvo Soler dice que es una relación entre dos o más sujetos cada uno de los cuales percibe que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles.

⁷⁶ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 45.

⁷⁷ ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 76 y 151.

Ventajas que las prácticas restaurativas le ofrecen a la víctima.

Si nos tomamos un momento para pensar que es lo que el sistema retribucionista⁷⁸ le ofrece hoy en día a la persona que resultó perjudicada (sea que hablemos de aquella persona a la que se le vulneró su bien jurídico, que no puede imponer sus objetivos o que resultó dañada) llegaremos a la conclusión que no le devuelve nada, no la repara, sino que más bien le suma otros dolores de cabeza que, en muchos casos, terminan conllevando a que la persona desista de intervenir en el proceso.

La justicia restaurativa, se propone, primero, escuchar a la víctima. Algo tan simple como escuchar a la persona dañada resulta ser un cambio sustancial del actual modelo en los cuales las víctimas son poco más que parte de un entramado probatorio que tiene como objetivo la conexión entre imputación y sanción⁷⁹.

Además, propone que a la víctima se le pregunte de qué modo desea ser reparada. Hoy, en la mayoría de los asuntos (descuento, en el ámbito federal y nacional penal, aquellos asuntos que se solucionan por medio de la conciliación -art. 34 CPPF-) la respuesta que se le da a una persona dañada es la privación de libertad de su victimario.

Asimismo, la víctima no solo será escuchada y consultada por sobre cómo quiere que la reparen, sino que, cuando el programa consigue la realización de su objetivo primario, ésta saldrá del programa compensada, resarcida, en fin, restaurada. Para la justicia restaurativa, el proceso de restauración de la víctima no es visto como un espacio de castigo del victimario. Cuando la víctima reclama como proceso resarcitorio la sanción del victimario, el programa restaurativo deberá trabajar primero con este tipo de propuestas y ulteriormente definir en qué medida puede validar una respuesta de este tenor. El reclamo del castigo al victimario, así como cualquier petición relacionada con la satisfacción de un sentimiento de venganza, parecen encajar mejor en el discurso puramente retributivo.

También, estas prácticas fomentan a que la víctima lleve adelante una recomposición de su autonomía de la voluntad. Una de las consecuencias que sufre la víctima es la pérdida de la capacidad de ser autónomo, deja de hacer cosas que desearía hacer, pero que no puede por lo que ocurrió. La idea es que cuando la víctima participa en un programa

⁷⁸ Según Howard Zehr hay tres preguntas esenciales en la justicia tradicional retributiva: *¿Qué norma ha sido vulnerada?, ¿Quién lo ha hecho?, ¿Qué castigo merecen los autores?*

⁷⁹ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 52.

restaurativo tenga la oportunidad de recomponer este ser autónoma en su faz emocional y estratégica⁸⁰.

Para la autora canadiense Susan Sharpe⁸¹, la justicia restaurativa:

- Invita a la participación y al consenso de todos (participan la víctima y el victimario, pero también abre la puerta a otras personas involucradas);
- Pretende curar lo dañado, lo roto;
- Persigue alcanzar una responsabilidad completa y directa (el infractor debe reconocer lo que hizo mal, pero, además, debe repararlo);
- Busca reunir o al menos acerca lo que el ilícito dividió, la reconciliación entre víctima y victimario;
- Persigue estrechar las fuerzas de las comunidades para evitar nuevos ilícitos.

Condiciones necesarias que debe reunir la víctima para participar en un programa de justicia restaurativa.

Cuando se trata con víctima a veces no se encuentran las palabras, sin embargo, la mayoría de ellas pasan por una serie de etapas desde que sufren el delito. Según Howard Zehr⁸² pueden llamarse viaje porque dependiendo de las personas, para unas víctimas cada etapa o viaje será más largo o corto. Estas etapas serían:

- 1) Viaje al entendimiento.
- 2) Viaje al honor.
- 3) Viaje reivindicativo
- 4) Viaje hacía la justicia⁸³.

⁸⁰ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 53.

⁸¹ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, “En Búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa”, o “Restitutiva”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2006, p. 105.

⁸² DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 95.

⁸³ En la primera y segunda etapa, las víctimas se enfrentan a un proceso psicológico e interno en el que su necesidad primordial es intentar convivir con lo que han sufrido y poder superarlo, En la tercera etapa, las víctimas necesitan saber que una persona (el infractor) es la responsable. Necesitan que desaparezca el desequilibrio de poder entre ambos. En la cuarta y última etapa, las víctimas tienen una serie de necesidades: seguridad, información y respuestas, participación, y reconocimiento.

Para que la persona que sufrió un ilícito pueda participar de un programa de estas características es necesario que reúna ciertas condiciones, de lo contrario es posible que se den efectos que no sirven para la realización de los objetivos de la víctima⁸⁴.

En particular, estas condiciones son:

1) Legitimación: Esto implica, por un lado, reconocer al victimario como interlocutor válido a efectos de acordar aquello que ha de ser restaurado y la forma en que se hará. Por otro lado, la legitimación debe estar referida a la propia víctima. No es posible restaurar si la víctima no se ve como tal o si considera que ella fue la que rompió algo.

2) Inteligencia emocional: Se refiere a la habilidad que tiene una persona para gestionar las emociones, transmitir las y percibir las en los demás. Si la víctima no puede gestionar las emociones creadas por la forma de actuar del victimario, difícilmente se podrá reconstruir el equilibrio⁸⁵.

3) Participación: Supone que la víctima acepta participar en el proceso restaurativo. Cuando no lo hace o no se compromete, surge una imposición externa de aquello que ha de ser restaurado y, además, puede existir un cierre en falso que esconda una falta de autonomía y revictimización⁸⁶.

El victimario en la justicia restaurativa.

Concepto de victimario.

Siguiendo el mismo camino que cuando me dediqué a hablar de la víctima, iré de lo general a lo particular, ósea empezaré por definir qué se entiende por victimario.

⁸⁴ Cuando hay una ausencia en las condiciones de alguno o de todos los sujetos que participan (víctima, victimario, y comunidad) se da lo que Raúl Calvo Soler llama situaciones de inmadurez.

⁸⁵ En el sistema jurídico estadounidense, por ejemplo, en los casos de asesinatos de primer grado (premeditado) o de segundo grado (no premeditado), en las audiencias de cesura de la pena existe lo que se llama “declaraciones de impacto” (*Victim impact statements*), en donde los familiares, amigos, cónyuges, parejas o simplemente compañeros de trabajo o maestros de la víctima expresan el dolor que les causó el homicidio en una audiencia pública en la que participan los principales actores del proceso. Estas declaraciones tienen la finalidad de expresar el dolor y el trauma causado por el delito. Estas declaraciones fueron introducidas en 1982 para permitir que las víctimas directas o indirectas pudieran expresar sus vivencias y sufrimientos ocasionados por los delitos cometidos contra ellos. Sin embargo, hay algunas limitaciones al uso de estas declaraciones, en especial en juicios castigados con pena de muerte. La Corte Suprema de los Estados Unidos -”Booth v. Maryland” (1987)- sostuvo que las declaraciones de impacto en juicios con posible imposición de pena de muerte debían ser restringidas porque la información dada a los jurados puede influir de manera incorrecta en la valoración de la prueba (ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 243-244).

⁸⁶ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 57-58.

La primera definición, conforme a derecho, entiende por victimario a aquella persona que con sus acciones provoca la afectación a un bien jurídico protegido; esta noción de victimario está relacionada directamente con la acepción de persona culpable.

La segunda de las acepciones hace referencia al victimario en el conflicto. En este caso se trata de aquella persona que consigue la plena realización de sus objetivos, incompatibles con los de la víctima, imponiéndose a ésta. A diferencia del caso anterior, el victimario en el conflicto siempre genera, al menos, una víctima en el conflicto. Esto es así porque si el conflicto es una interdependencia por objetivos incompatibles, la imposición de los objetivos por parte del victimario supondrá la constitución en condición de víctima de la otra parte de la relación conflictiva⁸⁷.

Ahora bien, la fuerte preponderancia de la noción de victimario vinculada a la de culpable hace difícil la incorporación de este concepto en referencia a aquellas personas que obtienen sus objetivos dentro de la relación conflictiva a través de la imposición. Mientras que no resulta problemático aceptar la noción de víctima de una persona que no logró realizar sus objetivos porque otro impuso los suyos, sí es más complicado defender la como victimario de aquel que se impone. Por ejemplo, supóngase el caso de un grupo de chicos que en una escuela ocupan determinados espacios en el patio, en el aula, en el comedor, etcétera, y que imponen esta pretensión a otros chicos de la misma escuela que quisieran poder sentarse en un lugar, jugar en un espacio, ocupar un lugar en la biblioteca, etcétera. Asumiré que no hay una situación de bullying en el sentido de comisión de un ilícito. En este caso no resulta complicado caracterizar a los chicos que no pueden realizar sus objetivos como víctimas en el conflicto. Sin embargo, resulta algo más complejo visualizar aquellos que imponen sus objetivos en tanto que victimarios. Cuando la imposición se maneja desde un recurso de poder nombramos al victimario en el conflicto como autoritario. Cuando lo observamos como aquel que no transige lo denominamos intransigente. Y cuando lo identificamos como aquel que saca partido de la debilidad de los otros lo llamamos abusador⁸⁸.

Otro de los conceptos es aquella que hace referencia a la noción de daño: victimario es aquel que daña a la víctima.

⁸⁷ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 59.

⁸⁸ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 59-60

Cuando se habla de victimario restaurativo surge la pregunta de si la mera producción del daño es suficiente, o puede ser interesante incorporar la idea de intencionalidad. En el caso de la víctima restaurativa, este problema no se plantea porque el daño sufrido por ella es independiente de si hubo o no intencionalidad por parte de quien lo provocó. Pero al analizar la cuestión desde el punto de vista del victimario creo que, para la filosofía restaurativa, la concurrencia de la intencionalidad es un elemento importante en lo que respecta a la caracterización de un victimario restaurativo. Llamar victimarios a aquellos que con su actuar produjeron un daño como una consecuencia no pensada o no deseada es, quizás, ampliar de manera excesiva esta noción⁸⁹.

¿Qué le ofrece la justicia restaurativa al victimario?

Antes de empezar a puntualizar estas ventajas, es importante recordar que el objetivo primario sobre el que se debe hacer énfasis es el tema del aprendizaje y de la recomposición del individuo victimario, y no el tema de la no reincidencia.

un buen programa de prácticas restaurativas ha de generar espacios en donde el relato del victimario pueda aparecer como protagonista. En este sentido, la posibilidad de generar una escucha para que el victimario pueda contar su manera de percibir lo sucedido es un elemento importante. Esta escucha no queda circunscrita al tema del acto delictivo⁹⁰.

Por otra parte, una de las cosas que aportan los espacios restaurativos a los victimarios es la oportunidad de establecer un encuadre (*frame*) de la acción realizada que es diferente al que el joven sostiene. No se discute la trascendencia del proceso de responsabilización del victimario, sino que se hace referencia a la posibilidad de que al pensar o explicar sus acciones desde un encuadre diferente, el joven pueda significarlas de manera distinta.

Se ha defendido la idea de que los espacios restaurativos le dan al victimario la oportunidad de visualizar a la víctima en tanto que individuo dañado. Afirmar esto no supone establecer la necesidad de generar encuentros entre víctima y victimario como condición sine qua non para hablar de un programa restaurativo. Por otro lado, el discurso del operador debe trabajar tanto la idea de una persona que sufre un daño como la cuestión

⁸⁹ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 61.

⁹⁰ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 67.

de acciones realizadas por el victimario que producen daños. El victimario debe llevarse el reconocimiento de las consecuencias de su forma de actuar.

Las prácticas restaurativas invitan al autor a tomar responsabilidad activa, participando en todo el proceso y haciendo gestos para reparar o compensar el delito. Esta responsabilidad activa no solo es por el delito cometido en el pasado, sino que se orienta al futuro⁹¹.

Otro aspecto, es la reafirmación del discurso de la voluntad y de la oportunidad de tomar la decisión. Creo que las prácticas restaurativas han de proveer un espacio donde la voluntad de la persona permanecer en conflicto con la ley penal sea el fundamento del desarrollo del programa. En este sentido, los operadores deben generar un espacio en el que sea posible la toma de una decisión. Un programa de prácticas restaurativas en el entorno de la justicia restaurativa debe validar su intervención reafirmando el espacio de la voluntariedad y la legitimidad del victimario para tomar la decisión de permanecer o no dentro de esta propuesta.

Ser escuchado, poder resignificar sus acciones de maneras diversas, reconocer la existencia de consecuencias de los actos y legitimar su condición de sujeto con voluntad y con la posibilidad de tomar una decisión son los aspectos más importantes que puede llevarse un victimario del programa⁹².

Condiciones necesarias para ser victimario en un programa de justicia restaurativa.

Al igual que lo que sucede con la víctima, no cualquier victimario puede tomar intervención en programa de Justicia Restaurativa. Lo importante es que la reparación a la víctima es, en sí misma, un proceso de aprendizaje para el victimario (un claro ejemplo de esto son los casos en los que no hay víctimas que requieren ser reparadas y aun así los programas restaurativos tendieran a generar espacios para el victimario desarrollara una actividad restaurativa para personas que no son víctimas).

Es imperante que el victimario reúna algunas condiciones, tres en particular: reconocimiento, responsabilización, y reparación.

Reconocer es aceptar la condición de actor, esto es, admitir que uno es el titular de la acción. En este sentido, si no hay reconocimiento, es imposible que pueda haber un

⁹¹ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 44.

⁹² CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 68-69.

aprendizaje a partir de la identificación del daño provocado en la víctima. Aunque no basta el reconocimiento para superar los procesos de estigmatización, es altamente probable que la ausencia de reconocimiento refuerce estos procesos, especialmente, por parte de la comunidad “No tiene solución. Ni siquiera se da cuenta de lo que ha hecho”. La responsabilización tiene que ver con una valoración negativa de la acción reconocida y de sus consecuencias. Si el victimario no se responsabiliza, difícilmente podrá aprehender de lo ocurrido y recomponer los vínculos quebrados. La responsabilización es pedagógica en un doble sentido: en lo referente al proceso de aprehender a responsabilizarse y en referencia al mismo hecho de ser responsable.

En cuanto a la reparación puede ser que alguien que reconozca y que se responsabilice no pueda o no quiera reparar. En los casos en que el problema es de posibilidad, corresponde al enfoque restaurativo la búsqueda de las oportunidades para que el victimario repare. Pero cuando el problema está relacionado con la voluntad, la cuestión es otra “Está mal lo que hice. Pero, es lo que hay”. En estos casos, la ausencia de compromiso con la reparación también potencia los procesos estigmatizadores y, por supuesto, aumenta los niveles de reincidencia y reiteración⁹³.

El papel de la comunidad en la justicia restaurativa.

Para no perder el eje de este capítulo mantendré la misma estructura que vengo adoptando, de forma tal que para comenzar este apartado empezaré por definir que es una comunidad.

El concepto de Comunidad es problemático. Hay quienes para ensayar un concepto parten de la noción de actor colectivo: un conjunto de individuos conforma un actor colectivo si ocurre que, o bien todos ellos tienen algunos, varios o muchos intereses comunes que prevalecen sobre los intereses particulares, o bien las decisiones que se toman surgen de la interacción entre los múltiples individuos de forma tal que las preferencias individuales tienen algún peso, mayor o menor, en relación a la decisión colectiva.

Además, es necesario que se definan los límites de la comunidad sobre la que se va a trabajar, por ejemplo, en el caso de bullying el operador va a tener que establecer cuál es

⁹³ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 67-73.

la comunidad respecto de la que es necesario desarrollar la intervención: el aula, la escuela, el barrio, los amigos, la familia, etc.

A diferencia de los dos protagonistas anteriores, la comunidad puede ser comunidad-víctima o comunidad-victimario.

En la acepción comunidad-víctima, también podemos hacer la distinción de acuerdo así nos referimos desde el punto de vista del derecho, pienso en aquellos delitos que tienen como referente a un colectivo, como es el caso los delitos racistas⁹⁴ o xenófobos.

Una comunidad-víctima restaurativa se pueden identificar con las comunidades que reciben un daño, por ejemplo, comunidades que son azotadas por la contaminación generada por las grandes empresas.

En cambio, la comunidad-victimario, en el derecho, puede asociarse como los casos de criminalidad organizada, mientras que la restaurativa surge cuando la producción del daño se relaciona con el colectivo y no con cada uno de los individuos que participaron, por ejemplo, hay muchos casos de bullying en donde un grupo de jóvenes (comunidad-victimario restaurativa) agreden a un compañero (víctima restaurativa)⁹⁵.

Rol de la comunidad

La comunidad tiene un rol fundamental en los programas restaurativos, lo cual cobra lógica si pensamos que los seres humanos somos seres sociales. La comunidad nos torna muchos más responsables y no ocurre lo mismo con la justicia ejercida en abstracto⁹⁶.

La comunidad debe ser vista como un complemento de las prácticas restaurativas, en palabras de Calvo Soler, como un recurso de los programas restaurativos porque el verdadero desafío que tiene esta justicia es que su intervención debe trascender estos programas.

⁹⁴ Aunque deben reconocerse orígenes del racismo desde mucho tiempo atrás -recuérdense las grandes persecuciones desde el siglo XIII, y el colonialismo europeo a partir del XV-, fue en el siglo XIX cuando esta nueva forma de señalar seres humanos diferentes adquirió peligrosísimas connotaciones científicas. Las preocupaciones por la salubridad, por la sexualidad y, en definitiva, por el control del ser humano, que produciría el siglo XIX, dieron pie a afirmar una "inferioridad" natural en aquellos hombres que no compartieran las características morales, religiosas, estéticas, etcétera, de la burguesía (ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*, 2005, p. 162-163).

⁹⁵ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 74-75.

⁹⁶ KUSCH, *América Profunda*, 1999, p. 218.

Entonces, la comunidad puede cumplir tres roles: como recurso informativo, como proveedora de recursos para las estrategias y la comunidad como espacio de contención y concreción del proceso restaurativo.

La comunidad, además, tiene otro rol; está compuesta de distintos elementos que pueden ser usados de manera articulada para construir una estrategia. En general, podemos diferenciar dos tipos de elementos: los recursos de fuera hacían adentro que están estructurados (por ejemplo, programas realizados por personas o instituciones que se implementan en las comunidades y funcionan de manera estructurada, ósea que tienen un proyecto, unos procesos, etc.) y los recursos que surgen de la comunidad y no están estructurados.

Puede ocurrir también que a la comunidad se la vincule con un segundo grupo de elementos: aquellas acciones o actividades que la comunidad diseña e implementa de manera autónoma. Aquí no hay una dinámica de fuera hacía dentro, sino que es la propia comunidad quien construye e implementa las propuestas.

El tercer rol que puede cumplir una comunidad, a mi forma de ver el más destacado, se relaciona con el objetivo de servir de contención durante el proceso de implementación de las estrategias restaurativas y de gestión. En este caso, la comunidad no es convocada para que provea información o de propuestas, sino que se la cita con el objetivo de acompañar a la víctima y al victimario en las tareas restaurativas. En este caso, es muy importante la construcción del compromiso de la comunidad que se encuentra implicada en los problemas que detonaron la intervención restaurativa⁹⁷.

Las condiciones de la comunidad.

De acuerdo con el papel que tenga la comunidad será las condiciones que deba reunir. Es decir, si nos referimos a la comunidad-víctima tendremos que observar que se cumplan las condiciones que antes mencione para la víctima en particular; deberán tener la capacidad para gestionar sus emociones, se tendrá que determinar si la comunidad ve a sí misma como una víctima, y por última habrá que considerar en qué medida es posible el surgimiento de un compromiso colectivo que permita la participación de la comunidad en los programas restaurativos.

⁹⁷ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 77-79.

Por su parte, la comunidad-victimario también tendrá que llevar adelante las condiciones del victimario, ósea reconocer su acción, visualizar las consecuencias y asumir los aspectos negativos de su forma de actuar, y asumir su participación en el proceso, cuyo fin es reparar a la víctima. Sin embargo, en este caso hay que asumir que puede ocurrir que haya personas que asuman un mayor compromiso y otras que no.

La novedad se da cuando nos valemos de la comunidad como recurso. En este caso también deben darse ciertas condiciones sin las cuales no será posible su intervención en un programa de prácticas restaurativas. En concreto, la comunidad tendrá que valorizar las condiciones que le exige tanto a la víctima como al victimario. Si no considera valioso el reconocimiento, la responsabilización, la reparación, la legitimación de la víctima, la inteligencia emocional en la práctica, y la participación, muy difícilmente podrá participar en una práctica (condición de asunción).

La otra condición, condición de aceptación, implica tener en cuenta dos posibilidades. En primer lugar, puede darse en los casos que el victimario no cumple con sus condiciones; por otro puede ocurrir que la víctima no reciba un espacio de contención por parte de la comunidad.

La última condición, identificada por el profesor Calvo Soler con el nombre de monoliticidad. En concreto lo que se plantea es que la sociedad para poder brindar una adecuada contención de los protagonistas debe ser lo menos fragmentada posible, que en definitiva implica que pesen más los intereses colectivos que los personales⁹⁸.

Formas de justicias restaurativas.

En la praxis forense es habitual experimentar que la mayoría de las soluciones jurídicas que encuentran los técnicos del derecho están muy por debajo de las expectativas de las personas involucradas. Cuando el fiscal y la defensa técnica arriban a un acuerdo de juicio abreviado como expresión de la concesión de beneficios mutuos y así logran obturar la infracción normativa que presupone el delito, la víctima es dejada de lado, o por lo menos su opinión es escuchada de modo litúrgico, pero sin atender a sus demandas particulares, con el único proceso de culminar con el proceso penal⁹⁹, aunque el problema es aún más profundo que no solamente no escuchar a la víctima.

⁹⁸ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 83-87.

⁹⁹ ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 255.

Frente a este panorama recobran fuerzas las formas alternativas de solucionar el problema en las que sean sus protagonistas quienes, luego de una profunda deliberación, acuerdan la forma de resolver su situación.

En concreto, las posibilidades de la justicia restaurativa se dividen en diferentes sistemas (mediación, conciliación, etc.), de entre los que hoy en día se destaca y prima la mediación¹⁰⁰. Incluso, tanto el Consejo de Europa como las Naciones Unidas han emitido resoluciones a través de las cuales recomiendan a los Estados miembros a examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación (recomendación 85, 1985), y a otorgarle a la víctima un papel más activo en el proceso penal, amén de considerar la posibilidad de instaurar principios como la restitución y compensación presidiendo de los sistemas legales (resolución 40/34, 1985)¹⁰¹.

Sea cual fuere la herramienta (mediación penal, círculos restaurativos o conferencias) estas deben reunir unas características para que sean consideradas restaurativas:

- 1) Se debe ofrecer una oportunidad para el modelo restaurativo.
- 2) Se debe poner énfasis en la reparación del daño y la recomposición de los vínculos.
- 3) Se debe tener como objetivo primordial reintegrar a la víctima y al infractor.
- 4) Se debe posibilitar la inclusión de la víctima y del infractor y de todos los procesos restaurativos¹⁰².

Mediación Penal.

La mediación penal es sin duda la herramienta restaurativa más conocida y la más aplicada. Cuando hablamos de mediación nos referimos a un proceso informal y voluntario en el cual las partes enfrentadas por el delito intentan un acuerdo de reparación con la ayuda de un tercero imparcial que carece de potestad para decidir el conflicto. Este acuerdo informal instituido como una estrategia trilateral de control social puede ser de

¹⁰⁰ TAMARIT SUMALLA, “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

¹⁰¹ Alemania, Austria, Italia y España -que se rigen por el principio de legalidad- prevén vías para organizar programas de mediación/conciliación a través de los cuales las víctimas reciben una reparación, lo que puede dar lugar a efectuar un juicio de conformidad o al sobreseimiento de la causa. Otros países, como Inglaterra y Holanda -principio de oportunidad- son más flexibles a la hora de establecer sanciones alternativas y tienen programas de mediación.

¹⁰² DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 12-13.

estilo compensatorio (cuando aspira a la reparación del daño) o conciliatorio (cuando además aspira a la reparación del daño)¹⁰³.

Es decir, es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad¹⁰⁴.

Desde otro ángulo, es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o a la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad¹⁰⁵.

Sin embargo, varios autores, coinciden que es necesario hacer hincapié que no se debe confundir la respuesta restaurativa con el uso del encuentro o mediación, ya que, a su juicio, sería factible tanto un proceso de mediación que no cumpla con los principios restaurativos como un modelo restaurativo que no incluya a la mediación entre sus herramientas. La mera concurrencia de una mediación entre víctima victimario no supone la presencia de un programa restaurativo. Para ellos, la clave no es el encuentro, sino la manera que se repara el desequilibrio generado por el acto ilícito¹⁰⁶.

Las características esenciales del procedimiento son:

- Participación voluntaria en el proceso.
- Diálogo y negociación como método.
- Son las partes las que de forma activa construyen la solución o acuerdo.
- En este proceso están asistidas por un tercero imparcial.

Desde este punto, el proceso de mediación se realiza en las siguientes fases: a) fase de acogida: en la que el mediador toma contacto con cada una de las partes por separado para conocer su percepción de los hechos y su interés en participar en el proceso. Con ello valora la conveniencia de continuar o no con el proceso de mediación; b) fase de encuentro, que puede realizarse en una o varias sesiones, en la que las dos partes se entrevistan, con la presencia del mediador, e inician el diálogo sobre los hechos, las consecuencias y que lo que esperan; c) fase de acuerdo: si las partes llegan a un acuerdo

¹⁰³ GALAIN PALERMO, “Mediación Penal como forma alternativa de resolución de conflictos: La construcción de un sistema penal sin jueces”, en DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del Delito-II*, 2009, p. 217-259.

¹⁰⁴ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 15.

¹⁰⁵ DOMINGO, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, 2013, p. 15.

¹⁰⁶ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 36-37.

sobre las prestaciones que permiten resolver el conflicto de forma satisfactoria para ambos, se firma el acta de reparación para su incorporación en el proceso.

En cuanto a los objetivos prioritarios de la mediación, se remarcan algunos¹⁰⁷:

- Crear un espacio para que la víctima pueda obtener una reparación.
- Apoyar a las víctimas, dándoles voz para expresar sus necesidades y permitirles participar en el proceso de resolución del conflicto.
- Crear las condiciones para que el infractor pueda asumir su responsabilidad: A través del diálogo con la víctima, el delincuente puede comprender el alcance del daño causado, sus consecuencias negativas y asumir un compromiso de reparación.
- Reparar las relaciones personales dañadas por el delito: El delito no solo causa daño a los bienes jurídicos de una persona, sino que, en ocasiones destruye relaciones personales preexistentes.
- La justicia restaurativa permite una comprensión más profunda de las causas y consecuencias de delito, tanto para el delincuente y la víctima, como para la comunidad.

Se pueden distinguir de tres modelos de mediación: a) La mediación penal judicial; b) la mediación socio-judicial o delegado con control judicial; c) la mediación social sin control judicial¹⁰⁸.

La mediación, como una forma alternativa de solucionar los conflictos, ya fue adoptada en varias provincias. En la provincia de Buenos Aires la ley 13951 dispuso establecer el régimen de mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales (art. 1) a excepción de las causas penales (siempre que sean sometidas a este régimen), divorcios, procedimientos de incapacidad, habeas corpus, medidas cautelares, entre otros (ver art. 4).

En la provincia de Santa Fe, la legislatura sancionó la ley 13151 que dispuso declarar de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de métodos no adversariales y desjudicializados de resolución de conflictos (art. 1).

Además, también ya fue instaurado en el Código Contravencional (art. 41) al establecer que: “el fiscal puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades

¹⁰⁷ UNODC, “Manual sobre programas de justicia restaurativa”, 2006, p. 9-11 (https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf; última visita 24 de noviembre de 2022).

¹⁰⁸ GUILBOT, “La participación du ministère public á la médiation pénale”, en *Achives Pol. Crim.*, 1992-14, p. 39, cit. por ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 432.

especializadas para procurar el acuerdo de las partes del conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador...”.

Conciliación.

La conciliación se presenta como otra manera disponible para los protagonistas de solucionar de una manera distinta el conflicto.

En esta Ciudad, la conciliación o autocomposición está regulada, también, en el artículo 41 del Código Contravencional (ley 1.472) que expresa: “Existe conciliación o autocomposición cuando el imputado/a y la víctima llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención, y siempre que no resulte afectado el interés público. La conciliación u autocomposición puede concretarse en cualquier estado del proceso...”.

La conciliación en materia contravencional se presenta como un modo de extinción de la acción pública basada en la resolución del conflicto que media entre el autor y la víctima. Así, a diferencia de lo que ocurre con la persecución oficiosa de la mayoría de los delitos, las partes involucradas tiene la posibilidad de hallar una vía alternativa a la aplicación de la pena para lograr un acuerdo satisfactorio entre ambos y restablecer así la quebrantada paz jurídica.¹⁰⁹

En el ámbito nacional, la ley 27.147 reguló dentro del catálogo de las causales de extinción de la acción penal la conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59, inciso 6° del Código Penal).

Otras variantes.

A lo largo del tiempo se han ido desarrollando toda una serie de programas o métodos de justicia restaurativa, como lo pueden ser las sentencias en círculo, las conferencias de grupos comunitarios y familiares, los comités de paz¹¹⁰, y los círculos de sanación.

La primera de ellas se trata de un procedimiento que se utiliza en determinadas comunidades aborígenes de Canadá. Los sujetos involucrados en un delito (la víctima y el delincuente, sus familias, miembros de la comunidad y el juez) se sientan formando un

¹⁰⁹ ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 429.

¹¹⁰ SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, “Justicia Restaurativa y mediación penal” en GIL GIL (Dir.) y MACULAN (Dir.), *La Influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, p.121-143.

círculo para discutir la forma más satisfactoria de resolver el conflicto tomando en cuenta las necesidades de la víctima, la protección de la comunidad y el castigo y rehabilitación del delincuente. Solo se suelen utilizar para infractores que se declaran culpables. El acuerdo adoptado por el círculo se presenta al juez, si no ha participado en el mismo, y se eleva a la Corte de Justicia.

Las sentencias en círculo son tal vez el mejor ejemplo de justicia participativa en la que los miembros de la comunidad pueden involucrarse directamente en responder a los incidentes delictivos y de desorden social. Esto se realiza a través de la formación de un Comité de Justicia Comunitaria (CJC), que puede también incluir representantes de instituciones judiciales. El objetivo común de los miembros del CJC es encontrar maneras más constructivas de dar respuesta a los conflictos en su comunidad.

Este proceso tiene cuatro etapas: 1) Determinar si el caso es adecuado para un proceso circular; 2) Preparar a las partes para que participen en círculo; 3) Buscar un acuerdo consensual en el círculo; 4) Proporcionar seguimiento y asegurarse de que el delincuente se apegue al acuerdo¹¹¹.

En cuanto a las conferencias de grupos comunitarios y familiares, se aplican en Nueva Zelanda en justicia juvenil. Supone la reunión de víctima, delincuente y sus familias y amigos y a veces otros miembros de la comunidad, para que participen en un proceso de diálogo, facilitado por un profesional, a los efectos de determinar las consecuencias de delito y prevenir el comportamiento delictivo. No solo se busca la reparación a la víctima, sino también la prevención del delito, enfrentando al delincuente con las consecuencias de su delito.

Debido a que involucran a un círculo más amplio de gente implicada en el hecho, incluyendo personas que pueden estar en posición de trabajar y apoyar al delincuente, estos procesos de conferencias son particularmente eficaces como medios de asegurar que el delincuente siga cumpliendo con lo acordado¹¹².

Ahora, los Comités de Paz fue un experimento que tuvo lugar en Zwelethemba (Sudáfrica), en el año 1997, con el objeto de alentar el conocimiento local y la capacidad en torno a problemas de resolución de disputas y construcción de comunidad.

Este proyecto se realizó con una comunidad local en Zwelethemba, un ayuntamiento local cerca de Worcester. Los comités de paz están compuestos por residentes locales que

¹¹¹ UNODC, *“Manual sobre programas de justicia restaurativa”*, 2006, p. 23-35.

¹¹² UNODC, *“Manual sobre programas de justicia restaurativa”*, 2006, p. 20-21.

practican la pacificación y la construcción de ambientes pacíficos. La pacificación gira en torno a resolver conflictos específicos. El proceso no sigue las reglas de los procedimientos estrictos, a pesar de que hay pasos en la construcción de ambientes pacíficos, se siguen como lineamientos, en lugar de reglas. Los comités han desarrollado sus propios códigos de buenas prácticas y todas las técnicas para solucionar problemas deben ser legales y apegarse al código¹¹³.

Por último, los circuitos de sanación giran en torno de ciertos principios básicos que se apoyan sobre tres ejes: el autor, la víctima, y la sociedad. En términos generales, los circuitos de sanación están integrados por distintos niveles en la búsqueda de la solución consensuada. El primero, comienza con la entrevista que se le realiza al autor y el reconocimiento de su infracción. Es un paso fundamental, ya que, si el autor no está comprometido en el reconocimiento, se frustra la finalidad del proceso.

El segundo paso consiste en que el autor exprese su arrepentimiento al grupo familiar o social y así promover la participación de los afectados y la posibilidad de expresar el dolor. En esta parte, es necesario que los protagonistas apelen a la verdad y al respeto mutuo¹¹⁴.

Por su parte, Louk Houlsman, en el único libro escribió, pues era un profesor que prefería la relación directa¹¹⁵, relató dos formas en la que dos sociedades primitivas resuelven sus conflictos, uno tomado de las sociedades africanas y el otro de los esquimales de Quebec. En la mentalidad bantú, lo que importa cuando alguien ha matado no es que él mismo sea matado a su vez, o castigado, sino que efectúe una reparación trabajando para la familia de la víctima. Las consecuencias de un homicidio son civiles, no penales, y la concordia no viene del castigo, sino de la reparación.

En otra parte del globo, los inuits solucionan sus problemas por medio de un duelo de cantos. Las personas o las familias interesadas organizan entre ellas un duelo de cantos. Cada día, cuando llega el invierno, un grupo apostrofa al otro con cantos satíricos, y el segundo responde del mismo modo. Los asistentes anotan los puntos. Pierde el grupo que no haya nada que replicar. Pero entonces se produce la reconciliación, que se celebra con una comida en común. Esta costumbre, extraña para nuestras mentalidades, es

¹¹³ UNODC, “Manual sobre programas de justicia restaurativa”, 2006, p. 22.

¹¹⁴ ABOSO, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, 2022, p. 259-260.

¹¹⁵ DE CASTRO/CODINO, *Manual de Criminología y Sociología*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2013, p. 181.

psicológicamente sana, comprobaba el antropólogo, ya que permite descargar fácilmente la agresividad de los dos grupos¹¹⁶.

IV. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. ¿CÓMO FUNCIONARÍA EN UNA LÓGICA RESTAURATIVISTA?

Un cambio: el principio de oportunidad restaurativista. Un principio eficaz.

Como he venido detallando a lo largo de este trabajo, en la Argentina, rige la regla del principio de legalidad, es decir que los casos que encuadran como delitos de acción pública¹¹⁷, los órganos encargados de la persecución penal, tienen la obligación de perseguir y castigar, o sea de corroborar si una persona realizó una de las conductas descriptas en el Código Penal de la Nación -u en otras leyes especiales- y, en ese caso, imponer la sanción estipulada; criterio que por cierto tomamos del sistema legal occidental, desconociendo las formas en las que los integrantes de los pueblos precolombinos de nuestro margen resolvían sus problemas, de una forma restaurativa.

Sin embargo, como toda regla se plantean excepciones. Es decir que, en realidad, no en todos los supuestos frente a la comisión de una de las conductas del Código Penal de la Nación se va a imponer el castigo ahí indicado, pues puede suceder que se aplique uno de los criterios de oportunidad enumerados en el Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) y, por lo tanto, se prescinda -total o parcialmente- del ejercicio de la acción.

Aquí, es donde conviene plantear una distinción entre dos sistemas, un sistema vinculado con la eficiencia y el otro relacionado con la eficacia. El primero de ellos, parte de reconocer los escasos recursos del Estado, la imposibilidad de poder gestionar todos los delitos, y en la necesidad de orientar los esfuerzos a las situaciones más complejas. Es

¹¹⁶ HULSMAN/BERNAT DE CELIS, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*, editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 117.

¹¹⁷ Se trata de las conductas descriptas en el Código Penal de la Nación con excepción de los delitos de instancia privada y de acción privada. En ello el titular de la acción es el Ministerio Público Fiscal; el representante de dicho órgano tiene que ejercerla en todo caso en que se plantee la posibilidad de existencia de un delito, y contra todos aquellos sujetos que se sindicquen como partícipes (CREUS, “*Derecho Penal. Parte General*”, editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, p. 274). A estos, también debemos sumarle que cuando se trate de uno de los delitos previstos en los artículos 119, 120, y 130 del Código Penal de la Nación y la víctima fuera menor de 18 años o haya sido declarada incapaz, también se procederá de oficio.

decir, una concepción utilitaria para una represión eficiente del delito; esto, no es otra cosa que el principio de oportunidad clásico.

El otro sistema, el de eficacia, pone énfasis en algo más profundo: restaurar los vínculos rotos como consecuencia de la infracción. No hay un análisis de costos/beneficios, pues el proceso toma en cuenta otros valores. En este sistema entra a jugar su papel el principio de oportunidad restaurativo (que como dije es de concepción amplia, ya que pretende recomponer relaciones, a diferencia de su hermano, el principio de oportunidad clásico, que se relaciona con una concepción restringida, pues se emparenta con la utilidad).

Está a la vista que el segundo implica un mayor esfuerzo que el primero, pues desde el vamos exige un cambio de mentalidad. Pero lo cierto es que, una justicia restaurativa eficaz, sería proclive a reducir los delitos y a gestionar los conflictos de una mejor manera que el modelo punitivista actual, el cual lejos de cumplir con su finalidad acarrea más sufrimientos.

Adoptar un sistema eficaz implicaría, fundamentalmente, que la recomposición será llevada adelante por los protagonistas, luego de un proceso (que ya detallé. Ver punto II), en donde la restauración aparece como punto final del camino. Se trata de una metodología que inspira al delincuente a comprender las causas y efectos de su comportamiento y asumir su responsabilidad. Desde la otra vereda, permite que la víctima recomponga el desequilibrio que la acción ilícita provocó (que vuelva a sentir que tiene el control de su vida). Otro punto de notoria relevancia es que la justicia restaurativa exige la participación de la comunidad, tanto para prevenir como para responder al delito; abandonar la idea de que los problemas solamente se solucionan en los tribunales (por ejemplo: en los casos de abusos intrafamiliares, la resolución de esta sensible situación podría involucrar a la víctima, el victimario, y a los familiares; lo mismo en los casos de amenazas o coacciones). Por otro lado, se dejaría atrás la excusa rehabilitadora, a pesar de que la ciencia social ya ha demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado¹¹⁸. Desde el vamos, este sistema impone una solución más humana al problema.

Son muchos más los beneficios que este cambio de mentalidad traería. Esta nueva perspectiva del principio de oportunidad nos permitiría ensayar una resolución del conflicto con un abordaje interdisciplinario. Hoy en día, el tratamiento del problema, en su gran mayoría, queda en manos de una sola profesión: la abogacía. Sería sugestivo que,

¹¹⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2006, p 47.

parteando de la base que el delito es un conflicto social, además de que participen los abogados, involucremos de forma activa a otras ciencias y profesiones (psicólogos, médicos, trabajadores sociales, profesores, entre otros) las que en su conjunto nos permitan una mejor contención de los protagonistas y solución real del problema. Suele ocurrir que, en muchas situaciones, las víctimas acuden a la justicia solo para ser escuchadas y contenidas, lo cual, claro, a los abogados por su profesión en sí, en muchas ocasiones, se les dificulta.

Mal que nos pese, la actual lógica punitiva¹¹⁹ no involucra a los protagonistas a la hora de resolver su problema, no los repara ni los restituye; mayormente les ofrece una única alternativa posible: la privación de libertad de una persona¹²⁰. Al contrario, crea nuevos problemas. Desde el punto de vista de la víctima: no la escucha, no la contiene, a veces tampoco le permite hacer su duelo¹²¹, en suma, se la priva de cualquier tipo de reparación. Por su parte, el victimario, queda abandonado a su merced en complejos cuyas condiciones son denigrantes o casos en los cuales una mujer debe parir dentro de ese establecimiento y, peor aún, criar a su hija o hijo en esas condiciones.

Entonces, sí la visión que nos propone el actual modelo punitivo no solo no cumple su propósito (la re-sociabilización de la persona¹²²), es decir no es eficaz, sino que además crea otros problemas ¿por qué no pensar en solucionar alguno de los conflictos que se dan en una comunidad desde otra lógica?

¹¹⁹ Zaffaroni, Alagia, y Slokar sostienen que el modelo punitivo es poco apto para la solución de los conflictos pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que lo *suspende*, o sea, lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye a la víctima (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 37).

¹²⁰ Para los contractualistas, frente al modelo de sociedad como organismo -propio del antiguo régimen-, se oponía el de sociedad como contrato. La nobleza y el clero del antiguo régimen sostenían el modelo organicista, porque un organismo es un ente natural que no se modifica por decisión mayoritaria de las células, sino que éstas están dispuestas jerárquicamente por la naturaleza -la mano de Dios, sin mayores alusiones-. Por ende, la violación al contrato debe sancionarse conforme a los principios civiles: cuando no pago el alquiler me desalojan y me embargan -a mí o a mi fiador- para que pague los alquileres vencidos. ¿Qué es lo que se le embarga al delincuente? Lo que puede ofrecer en el mercado: su trabajo. Por eso se lo priva de libertad por cierto tiempo, se lo saca del mercado. Desde esta perspectiva la pena de muerte equivale a una confiscación general de bienes (ver ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, 2017, p. 72).

¹²¹ La víctima-héroe (concepto en ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, 2017, p. 386-37) se trata de una víctima ideal para la criminología mediática capaz de provocar en un sector social lo que la convierte en vocera de esta criminología. Sin embargo, la criminología mediática busca en ella un rédito, la explota. Las consecuencias son que la fija en el momento de extorsión de la culpa, le interrumpe el camino de elaboración del duelo, y cuando deja de ser funcional la abandona.

¹²² El artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina dice que "...Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas..."

En concreto, lo que vengo a proponer es una reversión del criterio de oportunidad, abandonar la concepción restringida y adoptar una mirada amplia que recomponga los vínculos. Es decir que la regla no sea que solo en ciertas ocasiones (aquellas, hoy en día, enumeradas en el artículo 31 del Código Procesal Penal de la Nación) el Ministerio Público Fiscal de la Nación este autorizado a poder renunciar de la persecución, ósea a no castigar, sino que la idea general de este principio, al cual para no crear confusiones podemos llamarle **principio restaurativista**, sea la de no castigar, solucionando la mayoría de los conflictos siguiendo los lineamientos de la justicia restaurativa, reservando la sanción punitiva sólo para ciertos casos, los de mayor magnitud. Por ejemplo, delitos como el de las lesiones en riña, amenazas, violación de domicilio, hurto, estafa u otras defraudaciones, delitos de acción privada, entre otros, pueden ser solucionados sin necesidad de acudir al sistema judicial.

Una forma de llevar adelante esta idea sería reinventando el artículo 72 del Código Penal de la Nación¹²³. Como venía diciendo, en nuestro país se sigue la tradición del principio de legalidad, pero no con referencia a todos los delitos el fiscal puede actuar de oficio. Hay otros en los que el derecho condiciona la actividad del fiscal, requiriéndose para que él pueda ejercer la acción que la víctima de su aval, ósea que inste la acción penal, permitiendo que el Estado pueda promover la acción; producido ello, la acción asume todas las características y efectos de la acción pública.

La nueva formulación de este artículo debería ampliar la gama de delitos que dependen de la instancia privada (alguno de ellos ya los detalle en párrafos anteriores) para que, en estos casos, sean los protagonistas quienes, previo consentimiento de ellos y siempre y cuando reúnan las condiciones necesarias, intenten solucionar su conflicto apelando a los principios y objetivos de la justicia restaurativa. Está claro que cuando esto ocurra se deberán dar ciertos condicionamientos. Se tendrá que crear un ambiente adecuado para el debate, debe haber un trato respetuoso entre los participantes, lo que incluye escuchar al

¹²³ Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. 3) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio: a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz; b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público; c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

otro, y también respeto al honor y a los derechos humanos. Toda la práctica estará guiada por una operadora o un operador y el contenido será de carácter confidencial. En caso de solución, el acuerdo deberá ser homologado por un o una Sra. Juez/a.

Ante este supuesto, se abre la posibilidad de que haya una ausencia de condiciones -ya sea en la víctima o el victimario, o en ambos dos- para que puedan participar en un proceso de estas características; puede ocurrir que la víctima no tenga un compromiso de participación o que el victimario no reconozca su accionar, entre otros supuestos. Estas dificultades son llamadas situaciones de inmadurez¹²⁴. En estos casos, se requiere abordar el problema desde una estrategia distinta a la restaurativa llamada estrategias de gestión; identificada la inmadurez se propone trabajar en ella. Claro que aquí nos encontramos con otro problema: los tiempos del sistema jurídico. En estos supuestos, cuando el operador considera que no hay oportunidad o no hay tiempo para producir la corrección en la inmadurez del conflicto, hablamos de que la situación es intratable. Estas -y aquellas que no cuenten con el aval de los protagonistas- serán resueltas de la manera tradicional. La aplicación de esta lógica, asimismo, nos permitiría contener una penosa situación que atraviesa a toda Latinoamérica: la sobrepoblación carcelaria. Sin hablar de todas aquellas personas cuyas vidas quedan paralizadas por el sistema penal simplemente porque existen riesgos procesales violándose de base el principio de inocencia que reina en el proceso penal. Basta ver alguna de las estadísticas de la Procuración Penitenciaria de la Nación para advertir esta situación.

IV. CONCLUSIÓN.

A medida que las sociedades van evolucionando van encontrando nuevas formas de afrontar los diferentes problemas. Así, pasamos del cadalso a la prisión, del castigo del cuerpo al castigo del alma. Hoy, es momento de dar un nuevo avance en la manera en que resolvemos nuestros problemas. Para ello, es fundamental que los protagonistas sean quienes tomen las riendas.

Así, habiendo desarrollado la cuestión creo que sí es posible ensayar una nueva forma de solucionar los conflictos, basados en los lineamientos de la justicia restaurativa.

El cambio que propongo no ha de transitar por un camino sencillo, pues entiendo que planteará varios interrogantes y desconfianza, pero lo cierto es que se trata de darle mayor

¹²⁴ CALVO SOLER, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, 2018, p. 89.

autonomía a las personas para resolver sus problemas. Las ventajas saltan a la vista. De por sí, este sistema genera mucha desconfianza entre las personas.

Me parece importante remarcar que los conflictos que ingresen a este campo deben ser abordados mediante programas de justicia restaurativa, dejando en cada caso que la tradición, cultura, circunstancia del caso y de las personas decidan como reparar el daño. Sin embargo, debo advertir que, a mi criterio, no cualquier situación puede ser encarada desde esta lógica; debemos excluir a los delitos contra la humanidad. No por mero capricho, sino porque hay ciertos lamentables acontecimientos¹²⁵ que merecen ser castigados, pues no solo son útiles para crear memoria de lo que sucedió, en un afán de intentar evitar que no se repitan, es decir de sortear discursos negacionismos, sino además para evitar una venganza masiva de parte de las víctimas, a quienes claro, el Derecho Penal seguramente no podrá alcanzar.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2022.
- ADRIÁN, Martín, *El lado de los nudos. Punitivismos, burocracias y conciliación penal*, editorial universitaria EDUNPAZ, Buenos Aires, 2021.
- ALAGIA, Alejandro, *Hacer sufrir*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2013.
- ALAGIA, Alejandro/CODINO, Rodrigo, *La descolonización de la criminología en América*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2019.
- ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique, “Descriminalización y Prevención”, *Poder Judicial*, número especial II, 1987.
- BARRIO, Miguel Rodrigo, “La Justicia Restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la Víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos”, *Revista de Victimología*, N° 10, 2020.

¹²⁵ Desde un punto de vista Criminológico una masacre es toda práctica de homicidio de un número considerable de personas por parte de agentes de un estado o de un grupo organizado con control territorial, en forma directa o con clara complacencia de éstos, llevada a cabo en forma conjunta o continuada, fuera de situaciones reales de guerra que importen fuerzas más o menos simétricas. En términos jurídicos hablamos de “genocidios” (ver ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, 2017, p. 431-433).

- BELOFF, Mary, “Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, *Revista de Derecho Penal*, volumen 4, 2018.
- BRAITHWAITE, John, “Restorative Justice and De-Professionalization”, *The Good Society*, vol. 13, nº 1, 2004.
- BRAITHWAITE, Jhon, “The Fundamentals of Restorative Justice”, *A kind of Mending: Restorative Justice in the Pacific Islands*, ANU Press, 2010.
- BRAITHWAITE, Jhon/PETTIT, Philip, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Odriozola, Elena (Traducc.), editorial Siglo Veintiuno, 2015.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio, “El principio de oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, MAIER (Dir.) en *Nueva Doctrina Penal*, editores Del Puerto, 1996.
- CAIMARI, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2004.
- CALVO SOLER, Raúl, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, Ned ediciones, España, 2018.
- CERETTI, Adolfo, "Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto", *Il coraggio di Mediare*, 2001.
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Mariluz Caso (Traducc.), editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999.
- DE CASTRO, Lola Aniyar/CODINO, Rodrigo, *Manual de Criminología y Sociología*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- DE LUCA, Javier Augusto, “Principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. Su inclusión en el Código Penal”, en LEDESMA (Dir.) LOPARDO (Coord.), *El debido Procesal Penal*, TII, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019.
- DOMINGO, Virginia, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, editorial Criminología y Justicia, Burgos, Barcelona, y Palma de Mallorca, 2013.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1988.

- GALAIN PALERMO, Pablo, “Mediación Penal como forma alternativa de resolución de conflictos: La construcción de un sistema penal sin jueces”, en DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del Delito-II*, 2009.
- GARCÍA, Vito Enrique, *La insignificancia en el derecho penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.
- GUSIS, Gabriela/FARB, Laura, *Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2020.
- HULSMAN Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*, editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Vernengo (Traducc.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “En Búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa”, o “Restitutiva”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 33, 2006.
- KUSCH, Rodolfo. *América Profunda*, editorial Biblos, Buenos Aires, 1999.
- KUSCH, Rodolfo, *Obras completas: Tomo I, II, III, y IV*, editorial Fundación Ross, Rosario, 2009.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, en *Estudio sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, 2º ed., Editores Del Puerto, 1999.
- MARCHISIO, Adrián, *Principio de Oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- MARTÍNEZ SARASOLA, Carlos, *Nuestros paisanos los indios*, editorial Del nuevo extremo, Buenos Aires, 2013.

- MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión*, Mario Coriolano/Amanda Zamuner (Traducc.), editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2003.
- MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, editorial H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1922.
- MONTELEONE, Romina, “Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *Revista Derecho Penal*, N° 10, 2015.
- PASTOR, Daniel Roberto, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, editorial Hammurabi, 2ª edición corregida, actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- POBLETE, Mario, “El Pueblo Mapuche. Breve caracterización de su organización social”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)*, Julio 2019.
- SAMPAY Arturo, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Eudeba, Buenos Aires, 1975.
- SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “Justicia Restaurativa y mediación penal” en GIL GIL (Dir.) y MACULAN (Dir.), *La Influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, editorial Tea, Buenos Aires, 1956.
- SOLIMINE, Marcelo Alejandro, *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.
- SOLIMINE, Marcelo Alejandro, “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación y el principio de oportunidad”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, volumen 10, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la directiva europea 2012”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Estudios, vol. 1, junio-2013.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en TAMARIT SUMALLA (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada.
- TAURI, Juan Marcellus, “Indigenous Peoples and the Globalization of Restorative Justice”, *Social Justice*, vol. 43, n° 3 (145), 2016.
- VIDELA, Rodrigo, *Las fuerzas del mal*, Ona ediciones, Chiapas, 2023.

- VITALE, Gustavo, *Suspensión del proceso a prueba*, editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1987.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, editorial Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, editorial Ediar. Buenos Aires, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Colonialismo y Derechos Humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*, editorial Taurus, Buenos Aires, 2022.
- ZEHR, Howard, Prólogo, en DOMINGO (autora), *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, editorial Criminología y Justicia, Burgos, Barcelona, y Palma de Mallorca, 2013.
- <https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/PGN/2019/PGN-0097-2019-001.pdf>; disponible al 02/08/2022.
- UNODC, “*Manual sobre programas de justicia restaurativa*”, 2006, p. 9-11 (https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf); última visita 24 de noviembre de 2022.