

José I. Cafferata Nores

La influencia de la normativa supranacional
sobre derechos humanos de nivel constitucional
en el proceso penal argentino



5. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional, y a su mismo nivel (art. 75, inc. 22) en su art. 25⁸⁸ establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial⁸⁹ cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la Convención, por la Constitución o las leyes internas del Estado⁹⁰. Esta protección corresponderá

⁸⁸ El art. 25 expresa: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". La Corte IDH ha *derivado* este derecho de la obligación "a cargo de todo Estado Parte en la Convención de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (art. 1.1)" (Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87).

⁸⁹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87.

⁹⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

"cualquiera sea el agente"⁹¹ al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular⁹² ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de *evitar* que tal vulneración ocurra y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando⁹³; porque nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad⁹⁴.

La jurisprudencia supranacional ha explicitado este concepto señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido.

⁹¹ Se trate de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial aún fuera de su competencia (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88).

⁹² Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. La obligación de garantía "asumida por los Estados les obliga a adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance, para impedir que esos derechos sean vulnerados por particulares (tales como delincuentes comunes) o por agentes no estatales de violencia política (tales como grupos subversivos o terroristas) o, en caso que esas medidas resulten inadecuadas o insuficientes, adoptar las medidas indispensables para perseguir y sancionar a los responsables de conductas que lesionen los derechos protegidos" (FAUNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano*, cit., p. 131). En un sentido similar, VIVANCO advierte sobre "la falta de políticas adecuadas de seguridad ciudadana por parte de instituciones policiales y de seguridad, que han llegado a convertirse en uno de los mayores obstáculos para el desarrollo y crecimiento democrático" (*El futuro del Sistema Interamericano*, cit.).

⁹³ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

⁹⁴ "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de ese derechos" (CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, del 7/VII/1992).

do⁹⁵ ante los jueces o tribunales competentes, que debe susanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1, CADH)⁹⁶, y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen⁹⁷, y también que se garantice "el cumplimiento, por las autoridades competentes", "de toda decisión en que se lo haya estimado procedente"⁹⁸. El recurso debe ser efectivo, por lo que no alcanza su mera existencia formal, pues la efectividad exige que sea adecuado (que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida) y eficaz (capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido)⁹⁹.

Éste es el llamado derecho a la *tutela judicial efectiva* (v. gr., arts. 1.1., 8.1 y 25, CADH) que "comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el de-

⁹⁵ Comisión IDH, Informe n° 52/97, caso 11.218, del 18/II/98. El término recurso debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tienen en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970). Por recurso debe entenderse "acceder al tribunal": es sinónimo de vía judicial o proceso, dice Germán BIDART CAMPOS (*Tratado elemental de derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, 1986, ps. 517 y 526).

⁹⁶ Comisión IDH, caso 10.832, Informe n° 35/96

⁹⁷ Decisión que "es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso del art. 25, CADH (Comisión IDH, Informe n° 2/97, del 30/VIII/97). Es lo que nosotros apodamos "derecho a la jurisdicción", señala BIDART CAMPOS (*Tratado*, t. III, cit., p. 517).

⁹⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832

⁹⁹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832

recho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute"¹⁰⁰.

De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva, también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima. Sus alcances se analizarán a continuación.

5. a. La "protección penal"

Antes de la vigencia de esta normativa mucho se discutió entre nosotros sobre si la víctima de un delito tiene o no el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de *reclamar* al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal. El nuevo sistema constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada, aportan mucho a esta discusión, aproximándonos paralelamente a nociones de "protección penal" de la víctima, por obra de un "derecho penal protector".

5. a. 1. Posiciones clásicas

Quienes postulan la respuesta afirmativa argumentan desde antaño, que "según los principios constitutivos y esenciales del derecho es preciso reconocer que, desde un punto de vista meramente abstracto, el derecho de promover querrela contra el agresor y de perseguirlo ante el poder público hasta

¹⁰⁰ Cf. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Reflexiones en torno a la acción procesal*, en *Simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997. La CSJN ha encontrado "coincidente" el "derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna" con el que reconocen los arts. 8.1. CADH, y 14.1. PIDCP (cf. CSJN, Santillán, en I.I., *Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 28/IX/98).

que se obtenga su castigo, no puede admitir ni restricciones ni límites". Este derecho es reconocido por la ley suprema que al concederlo "otorga también, como contenido necesario de ese derecho, el poder tutelar, y por eso la facultad de perseguir judicialmente a quien viole tal derecho, es una emanación de esa ley suprema"; por lo tanto la "autoridad social sí es tiránica cuando en algún caso le niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse"¹⁰¹. Afirman también aquéllos que no hay nada más "lógico, jurídico y moral (sobre todo moral)" que la admisión de la víctima como "querellante particular cuando el delito afecta un interés jurídico, sea patrimonial o moral". Siendo ésta una cuestión directamente vinculada a los derechos y garantías personales que tienen su protección en la Constitución Nacional ante el Poder Judicial, los lesionados no pueden ser privados de ellas atribuyendo exclusivamente al Ministerio Público el derecho de acusar, pues esto implicaría cercenar una garantía sin ningún motivo jurídico ni político que lo justifique¹⁰². Concluyen señalando que los ordenamientos procesales "tienen la obligación legal" de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública "por tratarse de una garantía de un derecho individual con sustentación constitucional que afecta las relaciones del habitante de nuestro suelo con la justicia...". Por ello, la exclusión de esa posibilidad es "desacertada por ser propio de regímenes políticos distintos al nuestro, inspirado en el sistema Re-

¹⁰¹ CARRARA, Francisco, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, 1972, t. II, ps. 319 y 322.

¹⁰² Cf. BIELSA, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. II, Buenos Aires, ps. 293-294.

publicano de Gobierno que repele toda idea de monopolio estatal"¹⁰³.

La respuesta negativa en Argentina puede sintetizarse en la opinión según la cual el art. 71 del Código Penal impide, respecto de los delitos de acción pública ejercitable de oficio, la querrela del ofendido. Los particulares —se señala— no pueden ser titulares del ejercicio de la acción de oficio y a los códigos de procedimiento locales les está vedado atribuirles esta calidad¹⁰⁴. El presupuesto de esta posición¹⁰⁵ consiste en la creencia de que el Código Penal recepta una concepción material de la acción penal: es "la potestad de castigar en sí misma". La regulación material de la acción penal comprende, entre otros puntos, "lo concerniente a la titularidad de su ejercicio" y a los "requisitos para su ejercicio" y corresponde, por pertenecer a la punibilidad del delito, a la órbita legislativa del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN)¹⁰⁶. La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional compartió, en lo sustancial, esta tesis, afirmando que "lo atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional"¹⁰⁷, porque el derecho que pueda asistir al damnificado por un delito para

¹⁰³ GARRO, Juan Manuel, *El Ministerio Fiscal y el querrelante particular*, en *Ponencias al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, ps. 299 y 304.

¹⁰⁴ Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, cit., p. 130.

¹⁰⁵ Sin embargo, es bueno recordar que el Código Civil entendió y entiende que la víctima de un delito puede tener "acción criminal" (art. 1096) "para acusar y pedir el castigo" (art. 842) de los "responsables del hecho deduciendo querrela criminal" (art. 3982 bis) independientemente de la acción civil destinada a lograr la "indemnización del daño causado por el delito" (art. 1096).

¹⁰⁶ Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, cit., p. 128.

¹⁰⁷ CSJN, Fallos: 252:193.

concurrir con el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción pública "no guarda relación directa e inmediata con el art. 18 de la Constitución Nacional"¹⁰⁸, ya que la garantía de defensa en juicio supone "la existencia de derechos de los interesados de cuya elucidación se trate"¹⁰⁹. De allí que no siendo la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querrelante en los delitos de acción pública "un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo"¹¹⁰, "su exclusión no compromete principio constitucional alguno"¹¹¹. Y para mejor comprensión se expresó que "muy otra, por lo demás, es la situación que plantea el ejercicio de la acción penal privada (art. 73, Código Penal). En tal caso el acusador particular es evidentemente el titular no sólo de la acción procesal sino también del derecho sustancial que le acuerda la ley de fondo", por lo "que el privarle sin justa razón del derecho de acción afecta la garantía de la defensa en juicio"¹¹².

5. a. 2. Evolución de la jurisprudencia local

Sin embargo y más recientemente parece insinuarse un cambio de orientación de esta línea jurisprudencial. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que el pedido de condena realizado por el querrelante por un delito de acción pública es idóneo para habilitar al tribunal de juicio para que dicte una sentencia condenatoria —aunque el fiscal hubiere pedido la absolución— fundando esta decisión en el "derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el

¹⁰⁸ CSJN, Fallos: 143: 8.

¹⁰⁹ CSJN, Sanmartino, Virgilio, 7/V/51.

¹¹⁰ CSJN, Fallos: 243: 5.

¹¹¹ CSJN, Fallos: 252:193.

¹¹² CSJN, Fallos: 199:617, y dictamen del Procurador en la causa Sanmartino, citado precedentemente

art. 18 de la Carta Magna" cuyo alcance encuentra "coincidente con el que reconocen los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"¹¹³. Sobre este fallo señalamos que el alto tribunal parecía "haber interpretado (...), aunque implícitamente, que el derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la que reconoce (no tan implícitamente) que es también un derecho del ofendido 'de carne y hueso' obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de vulneración de aquel bien jurídico abstracto, derecho que se le reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto (y no a cualquier persona, lo que sería un caso de 'acción popular' en donde el ciudadano representa el interés general, no su propio derecho)". El fallo nos dio pie para conjeturar¹¹⁴ que la Corte así lo decidió porque quizás compariera una muy interesante corriente de pensamiento (en la que nos sentimos expresados) que postula que el derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad (v. gr., art. 120 CN) penalmente simbolizados en los "bienes jurídicos", pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal (v. gr., "la" propiedad), sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido (v. gr., "su" propiedad)¹¹⁵.

¹¹³ CSJN, Santillán, en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 28/IX/98.

¹¹⁴ Cf. CAFFERATA NORES, José L., *¿Se terminó el "monopolio" del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?*, en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 28/IX/98.

¹¹⁵ Y a partir de esta idea añadimos que el derecho a la tutela jurídica de la persona de la víctima, de nivel constitucional (art. 25, CADH; art.

5. a. 3. El impacto de la opinión de los organismos supranacionales

Sin embargo, nuestra opinión resulta tímida si se la coteja con la constelación de informes y decisiones de los organismos regionales de protección de los derechos humanos (también incorporados a nuestra Constitución por la redacción del art. 75, inc. 22). Es preciso aceptar que en algunos casos sus conclusiones parecen más semejantes a las de la jurisprudencia local restrictiva, como cuando sostienen que "en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal"¹¹⁶, o cuando expresan que en los sistemas en los que "la víctima tiene el derecho de presentar

75, inc. 22, CN) exige no sólo no dejar sin la protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino además que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable (v. gr., delitos que sólo afectan intereses disponibles por su titular). Ello lleva implícita la aceptación de que, para una mejor protección de la víctima, el derecho penal puede cumplir *otra* función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría de los delitos (cf. CAFFERATA NORES, José L., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1998, p. 69). Pero no todos piensan así: "El directamente afectado por el delito puede tener, en algún caso, intereses distintos a los de la sociedad y puede llegar a admitir compensaciones extrajudiciales que resultan inaceptables para el interés general, empujando en hacer cumplir la ley, y en desterrar la impunidad. Sostener lo contrario podría representar un inaceptable intento de 'privatizar' la justicia penal; y un retorno a épocas preteritas, con ademanos de postmodernidad", expresó el Tribunal Oral Criminal n° 7, Fallo n° 94.703 del 24 de abril de 1996. Creemos, sin embargo, que todavía no se ha discutido a fondo el tema a partir del art. 75, inc. 22, CN.

¹¹⁶ Cf. Comisión IDH, Informe n° 29/92, caso 10.029 y otros (1993).

cargos en una acción penal", ella (la víctima) tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales; o cuando en otros casos condicionan este derecho al previo reconocimiento por la ley procesal de la atribución de impulsar el proceso penal y llevarlo adelante¹¹⁷.

Pero no puede dejar de señalarse cómo la jurisprudencia supranacional de la región avanza luego *extraordinariamente* sobre estos conceptos al afirmar categóricamente que, "cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice "seriamente con los medios a su alcance ... a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes..."¹¹⁸. A este derecho se lo deriva del "derecho a la tutela judicial efectiva" previsto en el art. 25 de la CADH¹¹⁹ (y expuesto en el punto 5).

5. b. La sanción al culpable como derecho de la víctima

Pero el avance de este pensamiento es todavía más profundo, pues los organismos regionales de protección de los derechos humanos han producido además un conjunto de opiniones y decisiones que proporcionan un amplio margen para

¹¹⁷ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros (1997).

¹¹⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970 (1996). Sean los responsables agentes públicos o particulares (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, 29/VII/88).

¹¹⁹ FAÚNDEZ LEDESMA expresa que "la negligencia en la prevención del delito y en el castigo del delincuente constituye una violación de las obligaciones que el Estado ha asumido en materia de derechos humanos, debiendo garantizar el derecho de toda persona a vivir sin el temor de verse expuesta a la violencia criminal, y debiendo evitar -por todos los medios a su alcance- la impunidad de tales actos" (*El Sistema Interamericano*, cit., p. 24).

rediscutir el papel de la administración de la justicia penal y hasta el fundamento del propio derecho penal, pues permiten inferir que consideran al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito "como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo"¹²⁰. Es así que en aquel ámbito supranacional se ha expresado que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de "garantizar el derecho a la justicia de las víctimas..."¹²¹, entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de éstas haya sido violado), como un corolario necesario del *derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique "a los responsables" y se les imponga "las sanciones pertinentes"*¹²². O sea que, en este entendimiento, el fundamento de la persecución penal pública radica, al menos en parte, en que el delito lesionó el derecho de una persona cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso penado con arreglo a la ley.

Estos conceptos parecen influidos por la idea de que el derecho penal debe ser un "derecho protector" que, si para algo sirve, es para "prevenir daños y al suceder los daños, en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un "remedio institucional redigificante" como es "la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso"¹²³.

¹²⁰ Así lo hemos sostenido en CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, cit., p. 342.

¹²¹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros.

¹²² Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

¹²³ Cf. MALAMUD GOTI, Jaime, prólogo, en BOVINO, *Problemas*, cit. Agrega este autor que la imposición de la pena remedia la humillación a

Esta novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Fiscal ubicado "del lado" de la víctima, tanto ayudándola cuando (o para que) ésta se constituya en querellante, como cuando ella no quiera (o tenga dificultades para) asumir esa condición, cumpliendo una función de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v. gr., delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr., delito contra la salud pública, a la administración pública, etc.). También determinará que el concepto de acción o de persecución penal pública sea observado especialmente para controlar que sus fines no se "autonomíen"¹²⁴ de los del conjunto de los ciudadanos, ni se desentiendan de la víctima. E influirá en cualquier caso sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción (persecución) penal pública, pues esta actividad oficial si bien no puede hoy ser obstaculizada o condicionada por los ofendidos más allá que lo que el Código Penal Argentino consiente (arts. 71 y 72)¹²⁵, sí puede ser *compartida* por ellos (v. gr., querrela de acción pública) e incluso desarrollada en forma *autónoma*, en los casos en que aquella autoridad no inicie la persecución o la concluya en sentido desincriminador¹²⁶.

la que fue sometida la víctima por el delito, restableciendo en ella su dignidad, el "respeto por sí misma y su confianza" en que las instituciones valoran sus ideales y protegen sus propios planes de vida -y los ajenos- de la interferencia de terceros (cf. *Igualdad, castigo y confianza*, inédito).

¹²⁴ Cf. BINDER, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997, ps. 161 y siguientes.

¹²⁵ Aspecto que hemos propuesto sea modificado, tal como lo dejamos expuesto en la nota 115.

¹²⁶ Cf. CAFFERATA NORES, José I., *Derecho procesal penal -consensos y nuevas ideas-*, Buenos Aires, 1999, ps. 66 y 67. "Si deslegitimamos al participar de su rol de eventual querellante, estamos vulnerando no sólo nuestra constitución, sino a la vez los tratados internacionales" sostuvo

6. ¿Otro fundamento para las funciones estatales de procuración y administración de justicia penal?

Nos parece, entonces, que la "constitucionalización" de la legislación supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) proporciona material que obliga a una *nueva y seria* reflexión sobre la relación entre la víctima del delito y la procuración y administración de la justicia penal en la Argentina. Sobre todo cuando los organismos regionales encargados de su interpretación (véase punto 2) han expresado que como consecuencia de su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados por la legislación supranacional "a *toda persona* sujeta a su jurisdicción", el Estado tiene el deber jurídico de "investigar seriamente con los medios a su alcance... las violaciones que se hayan cometido... a fin de identificar a los responsables" e "imponerles las sanciones pertinentes"¹²⁷; por lo que, "tratándose de delitos de acción pública... perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos, promoviendo e impulsando, las distintas etapas procesales"¹²⁸, lo que constituye un "deber jurídico propio" y no "una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa pro-

Germán BIDART CAMPOS (*La legitimación del querellante*, en ED, I, 143-937). Se había preguntado antes el mismo autor: "¿Cómo podría defenderse la víctima de un delito de acción pública si por la inacción del fiscal no pudiera incitar ella el proceso penal para la reparación del daño que le ha sido inferido, sea este daño patrimonial o no?" y continúa: "la amputación gravísima de este derecho de defensa, y la indefensión total en que quedaría la víctima del delito de acción pública cuando faltara la acusación fiscal, nos proporciona un criterio 'estándar' de rango constitucional que nos parece muy difícil de desplazar o negar con alegatos de cualquier índole".

¹²⁷ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VI/88.

¹²⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, caso 11.228; Comisión IDH, Informe n° 25/98, del 7/IV/1998.

cesal de la víctima... o de la aportación privada de elementos probatorios"¹²⁹. Ello "exige que los Estados observen un grado de diligencia razonable en la determinación de los hechos"¹³⁰ actuando con "los medios existentes a su alcance", e intenten arribar "a una decisión"¹³¹, "identificando a los responsables" e "imponiéndoles las sanciones pertinentes"¹³².

La jurisprudencia supranacional de la región también ha precisado que si bien la de investigar "es una obligación de medio o comportamiento, que no es incumplida por el solo hecho de que no produzca un resultado satisfactorio... debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"¹³³ y desarrollarse en forma completa, independiente e imparcial¹³⁴. Más precisamente esta obligación requiere que los "órganos competentes" impulsen "con la debida diligencia el proceso penal, y que sus órganos jurisdiccionales competentes juzguen de manera pronta e imparcial, sancionando en su oportunidad y de acuerdo a la gravedad del delito cometido y las leyes aplicables"¹³⁵ a los responsables.

¹²⁹ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

¹³⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297.

¹³¹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.

¹³² Cf. Comisión IDH, Informe n° 28/96, caso 11.297.

¹³³ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. Cuando el Estado haya cumplido con su obligación de investigar diligentemente, el hecho de que la investigación no produzca un resultado positivo o que la decisión no resulte favorable al peticionario, no demuestra *per se* que éste no ha tenido acceso a un recurso (cf. Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970).

¹³⁴ Cf. Comisión IDH, Informe n° 10/95, caso 10.580 (1996). No reúnen tales requisitos, concluye, la investigación dirigida por los "órganos potencialmente implicados".

¹³⁵ Cf. Comisión IDH, Informe n° 24/98, del 7/IV/98.

7. Reparación e indemnización

También tienen influencia en el sistema de procuración y administración de la justicia penal, los derechos a la reparación e indemnización de la víctima que contempla la normativa supranacional constitucionalizada (art. 75, inc. 22, CN; art. 63.1, CADH), que han permitido a los órganos regionales de protección de los derechos humanos señalar que para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del gobierno culmine con la *reparación* a la parte lesionada¹³⁶. El derecho de la víctima a obtener una reparación ha sido entendido *latu sensu* como la plena retribución (*restitutio in integrum*), que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y también el pago de una *indemnización* como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral¹³⁷.

Se ha incluido dentro de la reparación propiamente dicha "la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación" de la infracción demandada (en el caso, desaparición

¹³⁶ Cf. Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95.

¹³⁷ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. Si "se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, debe disponerse, con base en el artículo 63.1 de la misma, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95). La CSJN, por su parte, no admite la puesta en libertad del condenado por sentencia firme como "reparación o compensación" por violación al derecho a la libertad o de otros derechos y garantías por no tener ello apoyo jurídico nacional y/o internacional" (Acosta, 22/XII/98, en JA, n° 6148).

ciones forzadas¹³⁸) incluso aunque no puedan aplicarse sanciones penales y sólo se dirijan a develar lo ocurrido ("derecho a la verdad")¹³⁹; la declaración pública de la reprobación de aquella práctica; la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares¹⁴⁰. Pero se ha aclarado que, en sentido estricto, medidas de esta clase formarían parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones a tenor del artículo 63.1 de la CADH.

En cambio, la expresión "justa indemnización" que utiliza el artículo 63.1 de la CADH, por referirse a una *parte* de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada"¹⁴¹ es compensato-

¹³⁸ Cf. Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8/XII/95.

¹³⁹ La posibilidad de que la justicia penal procure la "obtención de la verdad" sabiendo de antemano que por razones legales no podrá imponerse una pena, ha sido justificada, entre nosotros señalándose que es el "primer paso al reconocimiento de la dignidad humana (arts. 1 y 2 de la CADH, y 2 del PIDCP)", expresión del "imperativo ético de ser solidarios con las víctimas", que exige buscar "las alternativas institucionales más adecuadas para paliar o disminuir su sufrimiento" y "atender en forma eficaz a la necesidad" de sus familiares "de hacer un duelo", a la par de "colaborar en la reelaboración social de un conflicto de enorme trascendencia ética e institucional" (cf. dictamen del Procurador General de la Nación, causa n° 450, del 8/V/97. Propone incorporar expresamente esta posibilidad al CPPN la diputada Elisa Carrió (expte. D-97, n° 6799). Véase, también, MÉNDEZ, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados*, cit., p. 517.

¹⁴⁰ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia sobre reparaciones del 21/VII/1989.

¹⁴¹ Aunque algunos tribunales internos, "en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional", señala la Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia sobre reparaciones del 21/VII/89.

ria, no sancionatoria. A nuestro parecer, esta disposición y su interpretación por la jurisprudencia supranacional de la región, proporcionan un importante respaldo al ejercicio de la *acción civil resarcitoria* en el proceso penal, pues así habrá una mayor protección a la víctima, pues será el Estado (y no la víctima) quien tendrá a su cargo la investigación sobre la existencia del hecho y la individualización de sus participantes, de la que ella se aprovechará¹⁴² (lo que pone en crisis algunas tendencias a suprimirlo que han aparecido en los últimos tiempos).

¹⁴² Si el Estado se encarga de probar el accerimiento de la violación a su derecho y la participación del responsable, la víctima *sólo* tendrá que probar la existencia y extensión del daño que sufrió. Si en cambio, se la obliga en todo caso a accionar en sede civil, tendría a su cargo probar también aquellos extremos, para lo que se encuentra en mucho peores condiciones que el Estado.