

*Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva**

Por José I. Cafferata Nores

1. 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. 25¹ establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial² cuando alguno de sus derechos haya sido violado, siempre que este derecho les sea reconocido por la Convención, o por la Constitución o las leyes internas del Estado³.

Esta protección corresponderá “cualquiera sea el agente”⁴ a quien pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular⁵ 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 auxiliando⁶; 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 autoridad⁷.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ 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 Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) 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 n° 9, del 6/10/87).

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, caso 10.832, CIDH, opinión consultiva n° 9, del 6/10/87.

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, caso 10.832.

⁴ Se trata de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial aun fuera de su competencia (CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88).

⁵ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88. 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” (Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 131).

⁶ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88.

⁷ Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de ese derecho (CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo y otros”, LL, 1992-C-543).

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 rápido⁸ ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁹, 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 origen¹⁰, y también que se garantice “el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”¹¹. 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)¹².

Este es el llamado derecho a la “tutela judicial efectiva” 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 derecho 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”¹³.

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: la víctima. Sus alcances se analizarán a continuación.

a) La “protección penal”

Antes de la vigencia de esta normativa mucho se discutió entre nosotros 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”.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 25/97, caso 11.218. El término “recurso” debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.970, informe 5/96. Germán J. Bidart Campos señala que por recurso debe entenderse “acceder al tribunal”: es sinónimo de vía judicial o proceso (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Bs. As., Ediar, 1995, p. 517 y 526).

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.832, informe 35/96.

¹⁰ Decisión que es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 2/97, 30/8/97). Según Bidart Campos “derecho a la jurisdicción” (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, p. 517).

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, caso 10.832.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, caso 10.832.

¹³ Vázquez Sotelo, José L., *Reflexiones en torno a la acción procesal*, en “Simplificación procesal. XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal”, Bs. As., 1997.

1) *Posiciones clásicas.* Quienes postulan que la víctima de un delito tiene el derecho de reclamo al Estado 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 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 tutelarlos, 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”¹⁴.

Afirman también aquéllos que no hay nada más “lógico, jurídico y moral (sobre todo moral)” que “la admisión del 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 justifique¹⁵. 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 figura es “desacertada por ser propio de regímenes políticos distintos al nuestro, inspirado en el sistema republicano de gobierno que repele toda idea de monopolio estatal”¹⁶.

La respuesta negativa en Argentina puede sintetizarse en la opinión según la cual el art. 71 del Cód. 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 calidad¹⁷. El presupuesto de esta posición¹⁸ consiste en la creencia de que el Código Penal recepta una concepción material de la acción penal cual 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

¹⁴ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, t. II, Bogotá, Temis, 1972, p. 319 y 322.

¹⁵ Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1959, p. 293 y 294.

¹⁶ Garro, Juan M., *El Ministerio Fiscal y el querellante particular*, ponencia en “XI Congreso Nacional de Derecho Procesal”, p. 299 y 304.

¹⁷ Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. II, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959, p. 130.

¹⁸ 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).

corresponde, por pertenecer a la punibilidad del delito, a la órbita legislativa del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, Const. nacional)¹⁹.

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional compartió, en lo sustancial, esta tesitura, 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 Const. nacional”²⁰, porque el derecho que pueda asistir al damnificado por un delito para concurrir con el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción pública “no guarda relación directa e inmediata con el art. 18 de la Const. nacional”²¹, ya que la garantía de defensa en juicio supone “la existencia de derechos de los interesados de cuya elucidación se trate”²². De allí que no siendo la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante 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”²³, “su exclusión no compromete principio constitucional alguno”²⁴. 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, Cód. 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”²⁵.

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 querellante 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 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”²⁶.

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 aquél 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)²⁷.

¹⁹ Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 128.

²⁰ CSJN, *Fallos*, 252:193.

²¹ CSJN, *Fallos*, 143:8.

²² CSJN, 7/5/51, “Sanmartino, Virgilio”.

²³ CSJN, *Fallos*, 243:5.

²⁴ CSJN, *Fallos*, 252:193.

²⁵ CSJN, *Fallos*, 199:617 y dictamen del procurador en la causa “Sanmartino”.

²⁶ CSJN, 13/8/98, “Santillán, Francisco A.”, *LL*, 1998-E-333.

²⁷ Cafferata Nores, José I., *¿Se terminó el “monopolio” del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?*, *LL*, 1998-E-329.

El fallo nos dio pie para conjeturar que la Corte así lo decidió, quizás, porque comparte 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, Const. nacional) 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)²⁸.

3) *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”²⁹, o cuando expresan que en los sistemas en los que “la víctima tiene el derecho de presentar 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 adelante³⁰.

Pero no puede dejar de señalarse como 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”³¹. A este

²⁸ 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, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 75, inc. 22, Const. nacional) 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 (Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000, 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, empeñado 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 pretéritas, con ademanes de post-modernidad” (Tribunal Oral Criminal n° 7, 24/4/96, fallo 94.703). Creemos, sin embargo, que todavía no se ha discutido a fondo el tema a partir del art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 29/92, caso 10.029 y otros, 1993.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 34/96, caso 11.228 y otros, 1997.

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 5/96, caso 10.970, 1996. Sean los responsables agentes públicos o particulares (CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88).

derecho se lo deriva del “derecho a la tutela judicial efectiva” previsto en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³².

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 re-discutir el rol 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”³³.

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”³⁴, 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 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”*³⁵. O sea que, en este entendimiento, el fundamento de la persecución penal pública radica 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 redignificante” como es “la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso”³⁶.

Esta novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Fiscal ubicado “del lado” de la víctima, tanto ayudándola cuando (o para que) esta se constituya en querrelante, como cuando ella no quiera (o tenga dificultades para) asumir esa condición, cumpliendo un rol 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

³² 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 de protección de los derechos humanos*, p. 24).

³³ Así lo hemos sostenido en Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 69.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 34/96, caso 11.228 y otros.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 5/96, caso 10.970.

³⁶ Malamud Goti, Jaime E., *Prólogo* al libro de Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Bs. As., Editores del Puerto, 1998.

especialmente para controlar que sus fines no se “autonomicen”³⁷ 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)³⁸, si 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 desincriminador³⁹.

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

No parece, entonces, que la constitucionalización de la legislación supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, Const. nacional) 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 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”⁴⁰; 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”⁴¹, lo que constituye un “deber jurídico propio” y no “una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima... o de la aportación privada de elementos probatorios”⁴².

Ello “exige que los Estados observen un grado de diligencia razonable en la determinación de los hechos”⁴³ actuando con “los medios existentes a su alcance”, e

³⁷ Binder, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad Hoc, 1997, p. 161 y siguientes.

³⁸ Aspecto que hemos propuesto sea modificado.

³⁹ Cafferata Nores, José I, *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Bs. As., 1999, p. 66 y 67. “Si deslegitimamos al particular de su rol de eventual querellante, estamos vulnerando no sólo nuestra constitución, sino a la vez los tratados internacionales” (Bidart Campos, Germán J., *La legitimación del querellante*, ED, 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? 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.

⁴⁰ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 34/96, caso 11.228; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 25/98, del 7/4/98.

⁴² CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 28/96, caso 11.297.

intenten arribar “a una decisión”⁴⁴, “identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes”⁴⁵.

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”⁴⁶ y desarrollarse en forma completa, independiente e imparcial⁴⁷. 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”⁴⁸ a los responsables.

3. 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 incorporada (art. 75, inc. 22, Const. nacional), 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 lesionada”⁴⁹.

El derecho de la víctima a obtener una reparación ha sido entendido *lato sensu* como la plena retribución (*restitutio in integrum*), que comprende 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 moral⁵⁰.

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, desapariciones forzadas⁵¹) incluso aunque no puedan aplicarse sanciones pe-

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 5/96, caso 10.970.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 28/96, caso 11.297.

⁴⁶ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88. 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 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 5/96, caso 10.970).

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 10/95, caso 10.580, 1996. No reúne tales requisitos, concluye, la investigación dirigida por los “órganos potencialmente implicados”.

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 24/98, del 7/4/98.

⁴⁹ CIDH, caso “Caballero Delgado y Santana”, 8/12/95.

⁵⁰ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88. Si “se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, debe disponerse, con base en el art. 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” (CIDH, caso “Caballero Delgado y Santana”, 8/12/95).

⁵¹ CIDH, caso “Caballero Delgado y Santana”, 8/12/95.

nales y sólo se dirijan a develar lo ocurrido (derecho “a la verdad”)⁵²; la declaración pública de la reprobación de aquella práctica; la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares⁵³. 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 art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cambio, la expresión “justa indemnización” que utiliza el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por referirse a una *parte* de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”⁵⁴ es compensatoria, 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 partícipes, de la que ella se aprovechará⁵⁵ (lo que pone en crisis algunas tendencias a suprimirlo que han aparecido en los últimos tiempos).

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

⁵² 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 justificado, entre nosotros señalándose que es el “primer paso al reconocimiento de la dignidad humana (arts. 1° y 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 2°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”, 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” (dictamen del procurador general de la Nación, causa 450, del 8/5/97). Véase también Méndez, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en Abregú, Martín - Courtis, Christian (comps.), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 517.

⁵³ CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88.

⁵⁴ 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 CIDH, caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88.

⁵⁵ Si el Estado se encarga de probar el acaecimiento 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 peores condiciones que el Estado.