

COMISION N° 4: CONFLICTO Y COMUNICACIÓN

TEMA: **Daño punitivo y suspensión de juicio a prueba.**

Síntesis: Naturaleza jurídica del rubro “reparación” en proceso de suspensión de juicio a prueba. Irradiación de efectos en otros procesos destinados a reparación integral de perjuicios.

Nigro Marcela

Avda de Mayo N° 1825 PB “A” Ramos Mejía

Pcia de Buenos Aires (1704)-Teléfonos: 4464-7225/154430-6163

marcelanigro@live.com.ar

Síntesis: Proteger derechos de las víctimas damnificadas por hechos que configuran ilícitos civiles que a la vez constituyen delitos. Comprensión conglobada y armónica de las normas jurídicas aplicables a este tipo de casos. Diálogo entre ambos sistemas jurídicos: Penal y Civil. Cabida del daño punitivo con efecto amplio (no restrictivo).

NATURALEZA JURIDICA DE LA “REPARACIÓN” OFRECIDA EN LA SOLICITUD DE SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA.

Sumario. 1.- Carácter de la reparación. 2.- Efectos en proceso civil. 3.-Daño Punitivo. 4.- Asistencia letrada obligatoria de la víctima en proceso penal. 5.- Conclusiones.

En un plano general es posible aseverar que en el derecho civil las normas pueden ser consideradas éticamente indiferentes, respecto lo moral o inmoral, que las personas pueden convenir según sus intereses un pacto comisorio, o la prórroga de jurisdicción en un contrato, no resulta inmoral.

Sin embargo, la estructura en el derecho penal centra la atención en conductas dis-valiosas, a ellas les anexa una consecuencia propia del “deber ser” y aplica un castigo. Claramente lo moral y lo inmoral juegan un rol diferente.

Ahora bien, aun visibilizando el contenido diferente de las normas penales y civiles, en el plano o dimensión de las penas o sanciones, desde hace ya 50 años Naciones Unidas (Congreso de Ginebra) propone medidas alternativas a las clásicas soluciones penitenciarias en el derecho penal. Ergo se prevé un catálogo de penas alternativas a la de prisión, amén de la multa e inhabilitación. Inclusive las alternativas a la solución de conflictos civiles (mediación, arbitraje, conciliación), reconocen su origen en la política de prevención penal.

La necesidad de la atención a las víctimas, la prevención y disuasión de producir daño, la posibilidad de conseguir para el imputado condiciones más favorables en pos de aprehender conductas sociales más elevadas y constructivas a la dignidad de la naturaleza humana, conducen a hacer lugar a las penas alternativas en el derecho penal. La moral también juega un papel cohesivo. Aquí mucho incide la moral y la tolerancia social hacia conductas dis-valiosas.

Partiendo de la premisa “el Estado se encuentra imposibilitado de hecho para sancionar todas las conductas penalmente prohibidas”, el derecho penal adopta un sistema por el cual alterna tipos de sanciones. Esto proyecta efectos en el fuero civil y comercial a partir del uso de condenas alternativas, *cuyas consecuencias pueden modificar resultados en el ámbito civil o comercial*. La conocida figura o instituto de la “Probation” o suspensión del juicio a prueba ofrece la posibilidad de mantener amenaza de sanción (para algunas conductas), la extinción de la acción penal, y privilegia la prevención, pero también parece incluir dentro de este la sanción represiva dineraria, ergo “reparación” a la víctima.

La inquietud emerge de esto último, a poco que se examine que el instituto refiere “reparación” a la víctima en el marco de un proceso penal.

Por eso la construcción semántica precedente refiere “parece incluir”; en tanto *no* expresa “incluye”.

Es objetivo de esta ponencia escindir la sanción pecuniaria represiva aplicada en proceso penal, respecto la reparación o resarcimiento operativo a raíz de un proceso civil o comercial proveniente del mismo hecho.

En este análisis el ruido o estridencia lo provoca ya, la mera circunstancia que habilita a jueces penales a ejecutar mandas con función “reparatoria” según refiere la ley en el artículo 76 bis del código penal. Es posible aseverar que estos carecen de la calidad de jueces naturales a efecto de aplicar sanciones reparatorias, por cuanto el Juez penal conduce un proceso que delinea un recorrido cuya desembocadura es un potencial *resultado de punición*. Su función es punitiva, represiva, y esto hace al menester natural e indelegable del juez del fuero penal, que abarque función “reparatoria” parece como mínimo exceder el imperio natural.

Siguiendo la línea de pensamiento, el foco se centra en que la decisión del juez penal, en tanto causa efecto y estado más allá del proceso en el que falla provoca distorsiones o consecuencias en los procesos civiles y/o comerciales. ¿Son entonces los jueces del

fueros civil y/o comercial quienes gozan de la atribución o potestad natural para abordar la reparación *integral* de los daños sufridos por víctimas damnificadas? ¿Son éstos los jueces cuyo menester es aplicar sanciones de carácter reparatoria o resarcitoria?

Cada vez más los operadores del derecho nos encontramos con situaciones y casos en los que víctimas per se participan en forma autónoma y despojadas del debido asesoramiento jurídico, en procedimientos en los que se las inducen (casi como justiciables) a la toma de decisiones rápidas y progresivamente más distanciadas del debido asesoramiento jurídico.

Y esto ya no solo en el fuero penal cuyo efecto resuena luego en la reparación potencial del fuero civil y comercial. Fácticamente parece ser tendencia colocar justiciables actuales o potenciales, en escenarios en los que se halla despojado del asesoramiento de abogado matriculado, sea en revisiones médicas que practican especialistas contratados por compañías de seguro para examinar a damnificados, reclamos de terceros realizados en aseguradoras, o en oficinas administrativas que atienden reclamos en el ámbito del derecho de consumo, intentos en tal sentido motivados por accidentes de trabajo y reclamos ante comisiones médicas, presiones desde algunos sectores que pretenden que el divorcio por acuerdo conjunto de los firmantes sea pedido a los jueces sin necesidad de contratar abogados; entre otros. Empero este trabajo tiene su eje específico en las circunstancias en las que las víctimas que son llamadas a un proceso penal en presencia del victimario, sin abogado que la asista debe decidir en el marco del proceso (penal normalmente en audiencia) sobre un ofrecimiento que le hace quien solicitó la suspensión del juicio, si acepta o no esa suma de dinero que se le ofrece a fin que su victimario encuentre una alternativa a la sanción tradicional o clásica del proceso penal por el ilícito cometido. Y para ello los damnificados deben expresar si aceptan o no suma de dinero bajo el concepto de “reparación”.

Esto sin asesoramiento letrado para la víctima, por ende, sin cabal comprensión del damnificado-víctima sobre las consecuencias que su aceptación o no aceptación del ofrecimiento podría provocarle en sus derechos, lo cual parece desproporcionado o a contramano del derecho a la información de las personas.

Y ciertamente perjudicial, si se analiza que corre el riesgo de ser privada de reclamo por reparación integral en el fuero civil y/o comercial por los daños sufridos, según alguna corriente en este sentido.

El estado emocional de la víctima en las circunstancias de un proceso penal de suspensión de juicio a prueba está conmovido, implica enfrentarse cara a cara con su victimario, hacerlo en el ámbito judicial, el victimario además goza del privilegio de hallarse acompañado por un defensor en tanto la víctima carece de letrado, y se la sobrecarga exigiéndole que tome una decisión sin apreciar apropiadamente potenciales consecuencias de la aceptación o no de la suma de dinero que ofrece el victimario. Para obtener un beneficio.

Claramente las decisiones que pueda tomar la víctima en estos entornos se hallan afectadas por falta de control de las propias emociones, además de la limitación en la comprensión de los efectos, y del consentimiento informado que debiera ser obligatorio.

Todo, justifica el asesoramiento jurídico obligatorio de profesional de la abogacía que asista a la víctima en la toma de decisión en proceso de suspensión de juicio a prueba cuyo costo y cargo debería recaer en el victimario.

Esto además motiva interrogantes que la ponencia procura analizar tales como:

- a) La **naturaleza jurídica de la “reparación”** que prevé el Código Penal en los casos de solicitud de suspensión de juicio a prueba a raíz de un ilícito civil que al mismo tiempo configura delito del derecho criminal,
- b) **Irradiación de la decisión “reparatoria” materializada en proceso penal cuya proyección ocurre hacia el proceso civil**, por aceptación de suma de dinero ofrecida por el victimario.
- c) Las **consecuencias perniciosas recaídas en las víctimas, ante la carencia de asistencia letrada obligatoria en el proceso penal** en el que ella debe decidir sola con su alma si acepta o no, la “reparación” ofrecida por el victimario cuando el último solicita la suspensión del juicio a prueba; sin comprensión cabal del damnificado sobre potenciales consecuencia que su aceptación o negativa de ella pueda provocarle.

Como se anticipó la índole del rubro calificado como “reparatorio” según el artículo 76 bis del Código Penal, responde antes bien a una sanción represiva – punitiva más no “reparatoria”.

Lo anterior conteste con el modo en el que se lleva adelante la aplicación de sanción del artículo 76 bis del Código Penal de resorte exclusivo de la Magistratura, indican que se está ante una sanción de tipo punitiva (represiva) por tanto su efecto en proceso civil y comercial no podría ser otro que apreciarla como suma entregada por el victimario por el concepto de daño punitivo en el marco de un proceso penal.

Tal ofrecimiento tan solo podrá implicar pago de rubro de reparación exclusiva por daño punitivo.

Además, la teleología del instituto de la probation o suspensión del juicio a prueba hacen foco en el beneficio del victimario y la necesidad del Estado.

En razón de lo expuesto, no implica que el victimario no pueda ofrecer reparación integral a la víctima en proceso penal, pero a tales fines deberá la víctima contar con asesoramiento letrado obligatorio designando abogado de su confianza a costa, costo cargo y cuenta del victimario. Deberá constar en acta expresamente consignado que la suma entregada alcanza la reparación integral de los daños sufridos por la víctima. Y también que la víctima quedará privada de incoar acción de reparación integral civil y/o comercial, y/o en de cualquier otro fuero y/o materia por el mismo hecho atento haber recibido suma de dinero suficiente que alcanza la totalidad de los rubros que pretendía la víctima como resarcimiento total e integral por la totalidad de los daños sufridos por ella.

En hipótesis se máxima, para que el damnificado o víctima sea privada de accionar civil o comercialmente, o en otro fuero en búsqueda de reparación integral de los daños por ella sufridos, será ineludible la asistencia letrada en el proceso penal en el que el victimario pida suspensión del juicio a prueba, y si se procura dar validez

suficiente a la aceptación del ofrecimiento hecho por el victimario para rechazar, limitar o restringir reclamo en otro fuero con motivo del mismo hecho o ilícito, debe esto expresa y literalmente ser consignado en acta en que se concede probation. En pos de evitar conculcación de derechos de las víctimas.

Si no se cumplen todos estos requisitos el ofrecimiento de suma de dinero del victimario y la aceptación de él por parte de la víctima, no impide que esta última accione por resarcimiento integral.

En hipótesis de mínima que sostiene esta ponente, el asesoramiento letrado a la víctima debe ser obligatorio en *todos* los casos de ofrecimiento de suma de dinero del victimario, sea que la última acepto o no tal ofrecimiento.

Para que prospere la probation podrá haber aceptación del dinero o no por parte de la víctima. Sin embargo para que la suma ofrecida alcance el carácter de reparación integral, de modo que pueda ser opuesta como defensa que procure la inviabilidad o rechazo in limine de acción civil o comercial que pretenda la víctima más allá de la suma ofrecida y entregada por el victimario al damnificado en proceso penal cuando conste en acta, que indique que tal suma alcanza la reparación integral de todos los daños sufridos por la víctima, amen de la suma que específicamente se ofrece en carácter de daño punitivo; será el único supuesto en el que la acción de reparación integral quedará inactiva.

Si no se da el supuesto anterior, y en todos los demás casos considerando la naturaleza jurídica del ofrecimiento dinerario como “reparación” que refiere el art 76 bis de Código Penal, cuando el victimario ofrece a la persona damnificada dinero, este no puede tratarse sino de reparación imputable al rubro DAÑO PUNITIVO, que centra su finalidad en suspender el juicio a prueba; más no en reparar integralmente a la víctima en proporción a los daños por ella sufridos. Máxime cuando justamente se suspenden el juicio a prueba; por ende, la integralidad de la reparación sin prueba sería un contrasentido.

Reporta una entelequia ya que tan solo se acepta, y sin mayores cuestionamientos por la mayoría de los doctrinarios la semántica del artículo 76 bis del Código Penal en los términos de homologar “ofrecimiento” del victimario como “reparación” de carácter punitiva. No aceptarlo así, llevaría a mayor crisis en tanto tal “reparación” puede influir en el proceso civil.

Ciertamente esta irradiación amerita aplicar un justo límite. Y esto parte de entender la naturaleza jurídica o raíz del concepto “reparación” en el marco del proceso penal.

La redacción del artículo 76 bis del código penal reza que el victimario se hará cargo de la reparación **“en la medida de sus posibilidades”**.

Pues bien, el contrapunto directo e inmediato de **“en la medida de sus posibilidades”** marca e indica que tal carga no siempre constituye reparación integral de los daños sufridos por el damnificado. Más bien muestra el límite, el que se coloca en las posibilidades de la persona del victimario.

Nuevamente, en el instituto probation la reparación hace foco en las posibilidades materiales, concretas y reales del victimario a fin de alejar al mismo de una sanción penitenciaria. Ergo la indemnización o “reparación” que puede fijarse en el fuero penal no resulta compatible con el principio del derecho civil “alterum non laedere”.

De allí que la reparación del artículo 76 bis del código penal implica reparación compatible con pago de daño punitivo exclusivamente (ejemplificador y disuasivo); excepto extensión de la reparación más allá del mismo.

En caso de extensión de reparación a otros rubros en proceso penal siempre con el acompañamiento de los requisitos procedimentales ya comentados (asistencia letrada obligatoria para la víctima por cuenta, costo y cargo del victimario; elección y contratación de abogado de confianza por parte de la víctima del patrocinio jurídico gratuito de los colegios de abogados; para que sea asistida en proceso penal cuyo pago de honorarios son a cargo del victimario asumiendo depositar éste los fondos en el acto de solicitar la suspensión del juicio a prueba; que conste en el acta que alcance se da a la suma de dinero entregada por el victimario – si es tan solo el pago del daño punitivo o además de este se abonan otras reparaciones, compensaciones, indemnizaciones, lucro cesante, pérdida de chance, gastos médicos, daño moral, costo de tratamientos psiquiátricos etc).

Esto no es óbice para advertir además que, de la simple lectura del artículo 76 bis del Código Penal la “reparación” se la presenta y plantea como presupuesto o condición para solicitar la suspensión del juicio.

De allí que constituye también un modo de finalización de procesos por el cual el Estado pone en marcha un abordaje alternativo para **afrentar** conductas antisociales de manera más cómoda, frente al dilema de políticas criminales desajustadas.

La legislación argentina se adscribe decididamente en el **principio de legalidad**. El art. 120 de la C. Nacional, el art.71 del C. Penal, los arts. 5 y 65 del Cgo. Procesal, y Ley de Ministerio Público así lo demuestran. El art.120 de la C.N. establece que es función del M. Público,, “preservar la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”, las normas del C. Procesal, (Art.5: La acción penal publica se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada; art. 65: El ministerio Fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley) El art. 29 de la Ley 24.946, dispone que la persecución penal, “...no podrá interrumpirse o hacerse cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley”.

A esto, cabe adicionar el **principio de oportunidad** en virtud del cual al Estado le sería de absoluta imposibilidad investigar, perseguir y sancionar todas las conductas de los actores sociales que registren conflictos vinculados al derecho penal.

Entre estas **oscilaciones de la legalidad y oportunidad procesal** se visibiliza a la política criminal como renuncia a la función punitiva clásica del Estado.

En el iter procesal penal, la tramitación de la causa entonces no siempre llega al resultado de la sanción-pena como consecuencia del deber ser jurídico. Ahora bien,

esta argumentación también permite aseverar que la reparación que refiere el artículo 76 bis en tratamiento es una sanción punitiva pura.

Ahora bien, como corolario que sostiene dicha sanción de naturaleza o carácter punitivo, cabe preguntarse ¿puede el damnificado oponerse a que se aplique al victimario una sanción alternativa?

La CNCas Penal Sala I , CCC Sala VI 10-8-95 “Calvo Néstor” sostienen que la decisión judicial que decide se aplique pena alternativa es inimpugnable por el damnificado. Es decir, la Justicia reserva tal decisión como de su resorte exclusivo.

En los casos en los que el damnificado acepta la solución alternativa mediante “reparación” en la órbita penal, puede traer aparejado impedimento a que la víctima accione en la esfera civil (atento haber aceptado “reparación” en el fuero penal). No se ve justo.

Tampoco que se le exija al damnificado transitar el laborioso camino que demuestre que la suma recibida no constituye cantidad suficiente para cubrir la reparación integral por los daños sufridos.

Del mismo sistema se colige que, la solución alternativa en el proceso de suspensión de juicio da un status al damnificado a la luz de la circunstancia, por las que se establece que, sin aceptación del ofrecimiento “reparatorio”, es inviable la solución alternada a la penitenciaria. Pero prospera para él (víctima) acción de reparación integral.

Si por el contrario, la víctima, acepta ofrecimiento del victimario, a fin que se le conceda sanción alternada a la clásica penitenciaria, vigente ese empoderamiento de la víctima en proceso penal, no resulta equitativo que tal aceptación pueda perjudicar a la víctima que pese a su padecimiento, acepta elevar a la persona del victimario con una sanción alternativa y por ello verse impedida de perseguir en proceso civil, acción para que se le repare íntegramente los daños sufridos, más allá del daño punitivo que pudo recibir. Tal y como alguna corriente actual pretende.

O sea, la ley estimula restañar conflictos, pero nunca puede pretender que la víctima que asume conceder un beneficio al victimario, con motivo de ello, resulte perjudicada. Sería contradictorio y contraproducente

Tal la paradoja que, por un lado, frente a disenso de la víctima respecto la probation, la decisión queda en el resorte judicial exclusivo y aunque se invite a la víctima a aceptar una “reparación” en sede penal, que lo haga o no, es un elemento no condicionante para que prospere la suspensión del juicio. Entonces a qué fines se cita a la víctima en los casos de suspensión de juicio a prueba.

Además, si la víctima no acepta la “reparación” en el fuero penal deberá el damnificado incoar su reclamo ante la justicia en lo civil (Si busca ser reparado lo subrayado me pertenece). CNCas Penal Sala I, CCC Sala VI 10-8-95 “Calvo Néstor”L.L. 22-8-97, f.95.817.

En tanto que, si acepta el ofrecimiento en el fuero penal, visto es la mayor composición del conflicto conseguida entre damnificado y víctima.

Sin embargo, siendo exiguo el ofrecimiento (verbigracia ya que tan solo cubre el daño punitivo derivado del artículo 76 bis del código penal), con relación a restantes rubros a que tiene derecho la víctima (por la igualdad ante la ley), podrá accionar civilmente en la búsqueda de una reparación de tipo integral y contemplativa de la totalidad de los daños sufridos.

No se le podrá restringir tal derecho a la víctima aceptante de daño punitivo en proceso penal, sujeto a que la aceptación efectuada al ser suspendido el juicio a prueba impide accionar civilmente; tal como entienden algunos juristas en la actualidad.

Aceptar en el proceso de suspensión de juicio a prueba, sería contraproducente e inconveniente para la víctima, y ello motiva incongruencia. La cosmovisión jurídica de las normas en inter juego muestran que la suma de dinero que refiere el artículo 76 bis del código penal tan solo aplica como reparación por el concepto de daño punitivo.

Y queda expedita a la víctima acción civil o acción en otro fuero para reclamo por reparación resarcitoria integral de los daños sufridos.

La aceptación o no del ofrecimiento a que se hace referencia en la práctica hoy, se viene realizando con presencia de la víctima sin asistencia letrada en solicitudes de probationes efectuadas por victimarios.

Pocos son los casos en los que las víctimas deciden ir con abogado contratado de su confianza, ya que es opcional la asistencia letrada, y debe abonarla exclusivamente la víctima. Acentuando otra desproporcionalidad de la víctima frente al victimario, quien cuenta con defensor de oficio.

Los intereses de la víctima pareciera que deben ceder ante los intereses de la sociedad, y hasta del victimario, lo cual constituye un verdadero avasallamiento de derechos de las personas damnificadas.

El ofrecimiento del victimario realizado en proceso penal cuando solicita la suspensión de juicio a prueba, no puede sino revestir el carácter de pena punitiva o indemnización de daño punitivo en los términos del derecho civil (por cuanto, además, sabido es que el quantum penal difiere significativamente de los montos que utiliza el fuero civil, o sea que aceptar la reparación a la que hace referencia el art. 76 bis del código penal privilegiaría al victimario en perjuicio de la víctima).

Por ello entender la reparación ofrecida en sede penal como daño punitivo homologable al carácter propio de las condenas del derecho penal en cuanto a la represión y su función sancionatoria hace a la coherencia de ambos sistemas.

En ningún caso, la aceptación de esta indemnización por parte de la víctima, a entender de la ponente, podrá o impedirá la acción civil de reparación o de otro tipo y/o en otro fuero, salvo que se reclame exclusivamente daño punitivo.

Ello por la naturaleza jurídica del ofrecimiento, por la meta teleológica del instituto que suspende el juicio a prueba cuyo foco reside en la persona del victimario y por el interés general de la sociedad.

Por último, al suspenderse el juicio a prueba resulta indeterminable la indemnización o reparación que corresponde a la víctima, por tanto, el ofrecimiento que puede hacer el victimario tan solo cubre una multa (o reparación simbólica) más no proporcionales a daños ocasionados carentes además de correlato probatorio.

Conclusión:

- La naturaleza jurídica de “reparación” que refiere el artículo 76 bis del código penal cuando el victimario solicita la suspensión del juicio a prueba o probation, implica ofrecimiento dinerario imputable al concepto daño punitivo.
- Efectivamente los jueces penales no aplican sanciones de carácter resarcitorias, sino represivas.
- Son los jueces del fuero civil y/o comercial los que aplican indemnizaciones en el entendimiento de la reparación integral.
- El daño punitivo constituye una pena de carácter represiva disuasiva, no implica compensación indemnizatoria de ningún tipo ni especie.
- El ofrecimiento que hace el victimario cuando solicita la suspensión del juicio a prueba constituye una sanción que abarca pago cuyo rubro solo puede imputarse a daño punitivo, mas no enerva, impide, limita o restringe el derecho de la víctima a accionar por reparación de daños sufridos, salvo pacto expreso contrario que exceda del pago del daño punitivo.
- Si la víctima acepto el ofrecimiento del victimario en proceso penal, podrá accionar por reparación integral.
- La víctima que sea citada en proceso penal con la finalidad de decidir sobre la suspensión del juicio a prueba solicitada por el victimario, deberá concurrir en todos los casos con asistencia letrada obligatoria, por cuenta y costo del victimario, quien deberá depositar los honorarios para el pago de la asistencia letrada de la víctima conforme a la ley de aranceles, en el expediente y en el acto en que solicita dicha suspensión del juicio. La víctima elegirá abogado de su confianza para que la asista en el proceso penal, del cuerpo de abogados del patrocinio jurídico gratuito de los colegios de abogados de la jurisdicción.

Dra. Marcela Nigro