

# SITUACION DE LA VÍCTIMA EN LA PROYECTADA REFORMA DEL PROCESO PENAL <sup>1</sup>

Dr. Dardo Preza Restuccia <sup>2</sup>

Emerge de la interpretación armonizada del articulado del Código –CPPA- ( arts. 44 a 48 y 82 a 84), que el protagonismo que se asigna a la víctima en el nuevo proceso penal, es bastante mayor del que se le reconoce en el actual proceso.

En el texto vigente, solo dos arts.(81 y 82) prevén únicamente la posibilidad de que la víctima del delito, pida ante el Juez, la adopción de medidas cautelares.

En el seno de la Comisión de Reforma, cuando se abordó el tema, existió consenso respecto a no asignarle a la víctima, la calidad de parte, formal o sustancial; sin embargo, si nos detenemos en el análisis de las diversas facultades que se le reconocen, desde una visión dinámica del proceso, podemos concluir que su situación procesal es mucho más protagónica, ya veremos por qué.

## LA DEFINICIÓN LEGAL.-

---

<sup>1</sup> Disertación efectuada en el “VIII Seminario uruguayo y V internacional de Victimología”, organizado por el Grupo de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Punta del Este, 25 y 26 de noviembre de 2011.

<sup>2</sup> Profesor Agregado (Grado 4) de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga. Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ex Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal y ex Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal.

Si bien no es de buena técnica legislativa aportar definiciones conceptuales, en este caso la visión es clara y contundente: “Se considera víctima a la persona ofendida por el delito”. Dicha expresión abarca a la agresión física o material que implica el reato y también el ataque moral que el mismo provoca.

Veamos las dos situaciones:

En la primera, el injusto deriva de la directa afectación de bienes jurídicos como lo son la vida, la integridad física o el patrimonio de la persona damnificada por el delito; en otras, la víctima puede ser la Sociedad o el medio ambiente; pero aún así, en situaciones difusas, siempre habrá un representante que defenderá esos intereses, actuando el Ministerio Público como titular de la pretensión punitiva.

En la segunda situación, el delito puede afectar el honor de la persona u otros aspectos subjetivos de la misma. Mas, esta alusión a la “persona” se refiere únicamente a la persona física o también comprende a la persona jurídica?.....

En el plano sustancial, desde larga data, venimos pensando que una persona jurídica también puede ser víctima de un delito contra el honor, aunque la defensa del honor la ejerzan los representantes legales de la persona jurídica (art. 338 del C.P.).-

Luego, como la definición legal no distingue, parecería que en ese concepto amplio de persona, resultan comprendidos, la persona física y la persona moral o jurídica.

Si la interpretación de la definición legal fuera restrictiva, parecería que la persona jurídica quedaría desprotegida, al quedar

excluida de ese rol protector más amplio, que ahora se le asigna a la víctima.

En conclusión, estimamos por el contrario, que una persona jurídica también puede ser víctima de un delito y serán sus representantes legales quienes podrán actuar en el proceso, con las facultades legales que aquí se asigna y reconoce a la víctima.-

## LAS OPORTUNIDADES PROCESALES

### PARA EJERCER EL DERECHO.-

En el art. 82.2 se establecen específicamente, los momentos procesales en los cuales, la víctima puede manifestar “su intención de participar en el proceso penal” y estos son muy definidos:

a) Al momento de formular la instancia del ofendido; y b) al denunciar el hecho.

Ambas situaciones responden a realidades procesales diferentes: el principio o regla, es la perseguibilidad de oficio de los hechos presuntivamente delictivos; la excepción lo configuran aquellos delitos que sólo se persiguen a instancia del ofendido; y ello, por determinación legal.

En la primera categoría, se ubica el mayor número de figuras penales previstas en el orden jurídico-penal; por ejemplo: un hurto, una rapiña, un homicidio doloso, se persiguen siempre de oficio; esto es, desde el mismo momento que la autoridad competente toma conocimiento del acaecimiento de un hecho presuntamente delictivo, debe intervenir, ya sea la autoridad policial o el juez competente –más allá de la errática solución legal que consagra el art. 177 del C.P.- figura que prevé la represión dolosa de la “omisión

en denunciar delitos” en la cual se asigna al juez competente, el deber de intervenir o de “no retardar la intervención” ante el conocimiento de un hecho presuntamente delictivo y el deber de “denunciar” que pone a cargo del funcionario policial, cuando de acuerdo a sus deberes funcionales, debe intervenir y no denunciar.

Pero se trata de una cuestión de derecho penal sustancial, que no es del caso abordar ahora.

En la segunda categoría, se ubican aquellos delitos que sólo se pueden perseguir por el titular de la acción penal (el Fiscal penal) si la víctima o damnificado por el delito, formula previa y necesariamente, la respectiva “instancia del ofendido”. Integran esta categoría, delitos como el de lesiones personales (art. 316 del C.P.), el delito de daño (art. 358 del C.P.) o el delito de difamación (art. 333 del C.P.); en todos los casos, previstos expresamente en el texto legal, si la víctima no ejerce la instancia –requisito de procedibilidad- el titular de la acción penal (Fiscal) no puede ejercer la acción penal.

Y existen situaciones en las cuales ese reato –en principio perseguible a instancia del ofendido- deriva en delito perseguible de oficio, cuando inciden determinadas circunstancias agravantes específicas –como ocurre con el delito de daño (art. 359 del C.P.) o cuando el delito de violación, se comete junto a delitos perseguibles de oficio –como ocurre con el delito de ultraje público al pudor (art. 277 del C.P.)-.

Como se puede observar, estas soluciones adjetivas previstas en la Reforma, deben ir acompañadas por una adecuada interpretación, armonizada con las disposiciones de orden sustancial, previstas en el C.P. y normas penales extra-Código.

## EL MOMENTO PROCESAL IDONEO

### PARA MANIFESTAR LA INTENCIÓN DE PARTICIPAR.-

Lo dice claramente el art. 82.3 del texto normativo: “en la primera oportunidad procesal”; y cuál puede ser esa primera oportunidad?....Desde el mismo momento que el fiscal, titular de la acción penal, comienza actos de instrucción?...

Parecería que no. Y ello porque habrá un tramo investigativo, que el fiscal cumplirá en forma conjunta con la autoridad policial.

Veamos esto, en un caso concreto: La Policía toma conocimiento que ha aparecido un cadáver; ante el hecho presuntamente delictivo, le comunica la novedad al fiscal competente; éste deberá constituirse en el lugar del hecho y realizar la diligencia de “levantamiento de cadáver” –típico acto instructorio inicial, que tradicionalmente cumplía el juez y que ahora debería cumplirlo el Fiscal.

Entonces, de la sistemática proyectada es claro que habrá una etapa de investigación que cumplirá el Fiscal, junto a la Policía y bajo la dirección de aquél, en circunstancias en las cuales todavía no hay un indagado; no se sabe ni se sospecha, quién cometió el hecho. En tales situaciones, todavía no existe una “oportunidad procesal”.

Por lo tanto, parecería que esa oportunidad procesal tiene lugar cuando el fiscal pide convocatoria a audiencia al Juez competente; el Magistrado judicial la convoca y allí el titular de la acción penal le participa de que dispone de “elementos de convicción suficientes” como para sostener “prima facie” que tal

persona es sospechada de haber participado en el hecho antijurídico; y es en ese momento, en la propia audiencia, que aparece la figura de un indagado, que como tal, tiene derecho a ser asistido por un Defensor; creo que esa es “la primera oportunidad procesal” y no antes, en la cual la víctima puede manifestar formalmente su intención de participar en el proceso. Es justamente en esa audiencia ante el Juez, que la víctima deberá proporcionar estos datos: a) Sus elementos identificatorios, nombre, domicilio, etc.; b) constituir domicilio en el radio del Juzgado –pues si bien el Fiscal es quien debe llevar adelante la instrucción, hay un Juez competente que deberá participar en decisiones trascendentes como: hacer lugar a una orden de allanamiento o denegarla, disponer una interceptación telefónica; o decretar medidas restrictivas respecto de la persona imputada, etc.; y c) designar abogado patrocinante. El art. 82.4 prevé que si la víctima carece de recursos y “así lo manifiesta” se le designará un Defensor Público.

Ahora, como muchas veces las víctimas son personas físicas carentes de recursos, parecería que toda vez que el damnificado manifieste su interés de participar en el proceso en calidad de tal, debería designársele un defensor Público que lo asista, aunque no manifieste expresamente su deseo de ser asistido por un Defensor.

La conclusión contraria, sería extremadamente formalista, pero injusta.

### LA REPRESENTACION DE LA VÍCTIMA.-

La víctima puede ser representada por otras personas, en dos situaciones claramente diferenciables:

A) Cuando la víctima del hecho perdió la vida; B) Cuando la víctima del hecho no pueda ejercer sus derechos directamente, ya sea por imposibilidad física o mental.(art. 83.1).-

En ambas situaciones, no cualquier persona puede comparecer en el proceso penal sino aquellas mencionadas en el art. 83.1 y en un orden de prelación ineludible.

En ese orden de prelación, se ubica a los padres, en primer lugar, actuando conjunta o separadamente.

Esos padres pueden ser legítimos o naturales.

En segundo lugar, se ubica a los “concubinos”, junto a los hijos mayores(ver ap. b); parecería entonces, que ese derecho de representación se lo asigna la ley a un concubino de la víctima, en un plano de igualdad procesal entre ellos. Pero obsérvese que la previsión legal ubica en ese segundo lugar a los “concubinos”; entonces, cuando la víctima es un hombre y esa persona tuvo más de una concubina, cuál de ellas puede representarlo en el proceso?...No lo resuelve la norma. En tales situaciones, deberá decidir el Juez competente, cuál de esas concubinas ejercerá la representación de la víctima o si ambas o más, pueden representarlo.

Después de los concubinos, en el tercer lugar, se ubica a los hermanos. Esto resulta discutible, pues en la práctica pueden existir hermanos más interesados en defender los intereses de la víctima, ante situaciones de total desinterés del cónyuge o del concubino. Pero si finalmente éstos no evidencian interés respecto a las resultancias del proceso, tendrán los hermanos, este derecho de representación. Lógicamente y así lo aclara la norma, si en ese orden de prelación, no manifiestan interés las personas ubicadas en

los primeros escalones, tendrán derecho a ejercer esa representación, las categorías siguientes.

Debe destacarse que en el segundo orden de prelación, junto a la cónyuge, figuran los hijos mayores de edad. Por tanto, puede ocurrir que comparezcan a la vez, en representación de la víctima, la esposa y un hijo natural, en la medida que la ley no distingue respecto a si ese hijo mayor, es natural o legítimo.

Finalmente, en el quinto escalón, se ubica al hijo adoptivo y al padre adoptante, situación en el orden de prelación que, a primera vista, no motiva objeciones de orden sustancial.

Y en el sexto lugar, están el tutor, curador o guardador, en un plano de igualdad procesal.

## DE LOS DERECHOS Y FACULTADES

### DE LA VÍCTIMA.-

Estos derechos y facultades, están descritos en el art. 84.2 del texto normativo proyectado.-

Estos derechos, no son incompatibles con los deberes que deberá ejercer el fiscal penal, en defensa del interés de la víctima. (art. 84.1).-

En seis numerales, la norma describe esos derechos, que pasaremos a analizar:

#### a) Derecho a la información:

Ese derecho a la información comprende a toda actuación y/o resolución que haya sido dictada, desde el inicio de la indagatoria preliminar; entendemos que queda excluido de ese derecho a la



información, el tramo investigativo unilateral que cumple el Fiscal, con la Policía, en el que todavía no ha tenido la posibilidad de intervenir el Defensor del imputado; pero, desde el mismo momento que esas actuaciones tomaron estado público y posibilitaron el contralor de la Defensa, las mismas pierden la reserva inicial y a las mismas tiene derecho de acceder a la información, la víctima o el representante de la víctima.

#### b) Coadyuvar en la investigación del Fiscal.-

Desde cuándo puede coadyuvar en la investigación que emprende el Fiscal? Desde el momento que se inicia la indagatoria preliminar, reconociéndosele la posibilidad de proponer prueba.

Ahora si esos medios probatorios que pide la víctima o su representante, resultan contradictorios con los que promueve el fiscal, éste debe decidir si los acepta o rechaza; y si se plantea un conflicto de intereses, el mismo debería ser resuelto por el Juez de la causa, léase de “la indagatoria preliminar”, pues no debe perderse de vista que el Juez sigue siendo competente en cuestiones trascendentes de la indagatoria preliminar, como puede ser un registro domiciliario o una intervención telefónica o en la diligencia de reconstrucción del hecho. Podría ocurrir que la víctima solicite esa reconstrucción y el fiscal entienda que no es necesario; se plantearía una cuestión incidental que debería ser resuelta por el juez competente.

También dentro de ese elenco de facultades posibles que puede ejercer la víctima o su representante, figura la de solicitar “medidas de protección” ante posibles amenazas, hostigamientos o atentados realizados en perjuicio de la víctima o sus familiares. La norma no dice cuáles pueden ser esas medidas de protección,

dejando librado al prudente arbitrio judicial, disponer el alcance de esas medidas.

Debería preverse, en forma legal o reglamentaria, el alcance y extensión de esas “medidas de protección” para que las mismas sean en los hechos, verdaderamente efectivas y no se reduzcan a previsiones de orden programático o decorativo, que resulten desvirtuadas, por la fuerza de las circunstancias. Ligada a esta posibilidad, se reconoce a la víctima, la posibilidad de solicitar medidas cautelares; esta posibilidad, está expresamente reconocida en el Código vigente (arts. 81 y 82 del C.P.P.).-

#### DOS FACULTADES INNOVADORAS.-

A diferencia de lo que ocurre con la regencia del C.P.P donde únicamente se le reconoce a la víctima, la posibilidad de pedir medidas cautelares, ahora, en el texto proyectado, se prevén dos facultades importantes:

A) Insistir en el ejercicio de la acción penal, ante el fiscal subrogante. Esta situación puede presentarse cuando el fiscal titular, deja vencer el plazo que la ley le impone para deducir en tiempo útil, la demanda-acusación. Ante tal situación, el mecanismo legal propuesto, prevé que deberá actuar otro fiscal (el subrogante) que podrá acusar o pedir el sobreseimiento. Ante tal situación, la víctima o su representante, podrán comparecer e insistir en el ejercicio de la acción penal, expresando las razones o motivos por los cuales, el titular de la acción penal, deberá ejercerla.

B) Derecho a ser oído ante el Juez, cuando el fiscal pide el sobreseimiento.-

Ha sido esta posibilidad, junto a la anterior, lo que evidencia que la víctima, aun no siendo parte formal del proceso penal, posee ahora un rol mucho más protagónico.

Y si bien en un proceso penal inspirado en el sistema acusatorio, el titular de la acción penal es el Fiscal Penal, quien tiene el derecho, por las razones que expresará en forma fundada, para pedir la clausura de la causa; la causa deberá ser clausurada, por la falta de prueba que conduzca a una noción de certeza jurídica respecto a la participación culpable del prevenido en el hecho antijurídico investigado o por la incidencia de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad; ahora, por esta previsión (ap. f) del art. 84.2) la víctima o su representante, podrá comparecer ante el Juez de la causa, expresándole las razones – procesales o sustanciales- por las cuales considera que la acción penal deberá ejercerse.

Igual posibilidad tendrá la víctima, cuando se entere por cualquier vía idónea, que se proyecta clausurar el proceso; por ejemplo, esta facultad podría ejercerla la víctima o su representante, compareciendo ante la Suprema Corte de Justicia, pidiéndole, por las razones que expresará, que no se otorgue en la causa, el sobreseimiento gracioso. Obviamente, el máximo órgano jurisdiccional, que en esta hipótesis actúa soberanamente y no en acto jurisdiccional, podrá tener en cuenta o no, este pedido, sin tener que dar razones de ello, justamente porque no se trata de un acto jurisdiccional sino como ejercicio de una potestad soberana.

LOS DEBERES FUNCIONALES DEL FISCAL

PARA LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.-

El articulado examinado, referente al análisis de los derechos que la Reforma consagra a favor de las víctimas del delito, debe ser completado con el elenco de deberes que la Ley impone al fiscal, para proteger a la víctima del delito; esos deberes están expresamente previstos en el art. 49 del Proyecto.

Con esta finalidad, prevé expresamente el art. 49.1 de la Iniciativa:

“Durante todo el procedimiento –y obsérvese que no dice durante el proceso, con lo cual se infiere que ese deber funcional, existe desde el “informativo preliminar”, es deber de los fiscales adoptar medidas o solicitarlas en su caso, a fin de proteger a las víctimas de los delitos, de facilitar su intervención en el proceso y evitar o disminuir al mínimo, cualquier afectación de sus derechos”.

Por ejemplo, se pueden afectar los derechos de la víctima, si se le somete a un careo con el imputado o a la reconstrucción del hecho, exponiéndosele, a situaciones de violencia moral. Estos aspectos deberán ser contemplados por el Juez de la causa y coherentemente, por el propio fiscal, pues la ley le asigna a éste, preservar y asegurar la protección de la víctima.

#### ACTIVIDADES QUE EL FISCAL DEBE CUMPLIR EN FAVOR DE LA VÍCTIMA.-

Este tipo de actividades están expresamente mencionadas en el art. 49.2 del Proyecto:

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, asesorarle respecto de los derechos que asisten a la víctima y qué tipo de actividades ésta deberá ejercer, con ese fin

(ver ap. a) del art. 49.2.- b) Proteger a la víctima. De qué modo? adoptando aquellas medidas que su haz competencial se lo permita (ley del Ministerio Público y Fiscal); y cuando esas medidas tuitivas estén fuera de su competencia, se las solicitará al juez de la causa, de acuerdo a las necesidades que derivan del proceso y de la realidad social.

c) Informarle a la víctima sobre su derecho a indemnización y la forma de ejercerlo, sin perjuicio del deber específico que tiene el Defensor de la víctima, en este aspecto. Pero aclara el ap. c) del artículo 49.2 que ese deber de información sobre la marcha de los procedimientos y del asesoramiento a la víctima respecto al ejercicio de esos derechos, le corresponde al fiscal, aún cuando la víctima esté asistida de defensor.

### LAS ÚLTIMAS REFLEXIONES.-

El análisis específico del articulado, con referencia al tema cuyo abordaje se nos ha encomendado, revela, a poco de encararlo, la existencia de multiplicidad de aspectos procesales y sustanciales que el mismo conlleva; lo cual nos conduce a evocar una vez más, lo que dijo cierta tarde, en una sesión parlamentaria de la Cámara de Senadores, el Dr. Etchegoyen:

“A mí me gusta, más allá de la expresión fría y genérica de la norma legal, leer la interpretación que a la misma le inspira, a un autor de doctrina”.

Por último, la evocación emocionada, al inolvidable criminólogo rioplatense, Don Elías Neuman, que supo compartir con nosotros, su inagotable fuente de sabiduría y humanismo.

Cierto día, una Secretaria Letrada de los Juzgados Penales de la calle Misiones, me prestó la obra de Neuman “Victimología” y desde ella, comencé a ver otras perspectivas del fenómeno delictual.

Evoco también a Neuman desde su humanismo, cuando le expresó a la Dra. Grezzi su pesimismo, al ver las flamantes instalaciones del COMCAR; con su pesimismo, le anticipó los resultados nefastos del presente carcelario.

Por último, no olvidemos aquella tarde calurosa, junto a Neuman, cuando, desde la Victimología, derivamos en la poesía, realizando en viva voz aquella afirmación medular del gran Carnelutti, en sus “Cuestiones del Proceso Penal”: “Los penalistas son, los poetas del proceso”.-

Dardo Preza Restuccia