

# CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VÍCTIMA EN NUESTRO SISTEMA PENAL VIGENTE <sup>1</sup>

Dra. Beatriz Scapusio Minvielle<sup>2</sup>

## 1.- INTRODUCCION

Para abordar este tema se hace necesario en primer lugar determinar el marco conceptual de lo que denominamos “víctima”, para luego desarrollar las distintas problemáticas que se plantean actualmente en el plano adjetivo.

En términos generales, la expresión “víctima” incluye a aquéllas personas que son afectadas por cualquier delito que vulnere bienes jurídicos individuales penalmente protegidos como el homicidio, el hurto, la injuria, la estafa o la detención ilegal. Tampoco ofrece discusión el incorporar en el concepto a todos aquellos afectados personalmente por delitos contra el funcionamiento del sistema, como los intoxicados por sustancias nocivas para la salud. Sin embargo, cuando se trata del Estado o la colectividad, se tiende a hablar de “sujetos pasivos”.

Los conceptos de “víctima” en Victimología y en Derecho Penal no coinciden, sino que más bien actúan como verdaderos círculos secantes, en los que solamente hay un espacio común. Precisamente éste es el reservado a la víctima en relación a aquellos bienes jurídicos micro-sociales como el menoscabo de la vida, la salud, la seguridad, la libertad, el honor o la propiedad de una persona<sup>3</sup>.

En derecho comparado mientras tanto, se maneja un concepto amplio de víctima, incluyendo a las personas que padecen situaciones de desamparo e inseguridad. Tal es el caso de los testigos y familiares de la víctima que a menudo sufren vejaciones, malos

---

1 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.

2 Profesora Adjunta (Grado 3) de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Fiscal Letrada Adjunta en lo Penal y en lo Civil. Autora de numerosas obras publicadas en Uruguay y el extranjero.

3 Cf.: Bustos Ramírez, J. y Larrauri, E., en: “Victimología: Presente y Futuro”, Temis, Bogotá, 1993, págs. 11 y 12.

tratos y además se les niega cualquier información sobre sus derechos, careciendo por otra parte de todo asesoramiento jurídico al respecto.

Lo mismo ocurre con el propio delincuente y sus familiares. Aquél pasa a ser un simple objeto, un número o título de expediente, sin ninguna consideración como persona. En esta exposición limitaremos el concepto de víctima a aquella persona que sufre las consecuencias de una violencia injusta, en sí o en sus derechos y es acreedor pasivo del delito. En otras palabras, se trata de la persona directamente afectada por este delito, concepto que incluye al perjudicado.

## 2.- EVOLUCION DEL PROTAGONISMO DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL.

En los primeros tiempos la reacción que el delito generaba, involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima. No existía un tercero imparcial que mediara. En tal contexto, no parece extraño que la primera forma de encausarlo fuera la violencia privada, que involucraba no solamente al autor del delito, sino también a sus parientes y hasta su grupo o clan, con altos niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido.

En la época más primitiva la venganza privada, -que comprendía no sólo daños físicos a las personas, sino también exigencias materiales-, era la principal manifestación de la lucha por la supervivencia. A causa de la inclemencia del ambiente y la falta de relaciones sociales, era cruel y despiadada<sup>4</sup>.

El esplendor de la víctima comenzó a anunciarse con la creciente intervención de los poderes centralizados, los cuales se fueron erigiendo como definidores de la contienda entre las partes y comenzaron a apropiarse de una porción de la compensación que debía ser compartida con la comunidad o el Rey. Nacía así la pena de multa<sup>5</sup>.

---

4 Conf.: Rodríguez González, en: "La Victimología", Temis, Bogotá, 1983, pág.47. Quien se vengaba lo hacía en forma tan violenta que eliminaba a su ofensor o le anulaba por completo material y anímicamente, la posibilidad de repetir la ofensa inferida.

5 Los ilimitados derechos de venganza, -por muy comprensibles que fueran-, tuvieron que ser sacrificados en el altar de una "nueva forma" de impartir justicia. Es así como nacieron las Leyes del Talión. Se pensó que no podría haber un equilibrio más justo y mejor concebido para lograr una justicia, que el balance aritmético del tanto por tanto, sin que el castigo pudiera ser mayor que el daño recibido.

Una vez que el Estado se afirmó en este proceso histórico, el conflicto dejó de ser *interpartes*, para ser un problema entre el ofensor y el Estado. La ofensa penal pasó a ser entonces una ofensa al Estado, el cual se fue apropiando de la sanción, haciendo que la víctima desapareciera paulatina, pero indefectiblemente del escenario sustantivo y adjetivo<sup>6</sup>.

En las postrimerías de la Edad Media, los intereses personales de la víctima del delito fueron subordinados a aquellos de la sociedad, cuyos dirigentes los usufructuaban en sus propios beneficios bajo la fachada de una especial “política criminal”. Paralelamente, la víctima se iba convirtiendo en la “cenicienta” del Derecho Penal.

En el proceso penal inquisitivo, con las facultades ilimitadas del Juez, el conflicto se convirtió en una lucha entre el representante estatal, -quien resguardaba los valores de la sociedad- y el transgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de las víctimas quedaron totalmente al margen de la contienda penal.

Es entonces que ésta se transformó en “material probatorio” utilizable por el Estado, un “objeto del proceso”, proceso en el cual el Juez cumple un papel protagónico junto al imputado, mientras el ofendido por el ilícito desaparece del desarrollo del litigio.

De esta manera, el Estado expropió el conflicto a la víctima del delito, reemplazado el interés de ésta por el abstracto del bien jurídico perteneciente a la sociedad, que desde ese momento pasó a ser tutelado mediante la persecución penal pública obligatoria. Se plasma paulatinamente el principio de la oficialidad de la acción penal<sup>7</sup>.

---

Es indudable y no deja de ser curioso que la primera intervención del derecho de los primitivos legisladores, fue para defender a quien infringió inicialmente la norma social, es decir al delincuente y no a la víctima. No podía ser de otra manera. Los derechos de esta última eran absolutos e ilimitados, mientras los del delincuente eran aun inexistentes.

6 Durante la Edad Media el ofensor era castigado física y económicamente. Era despojado de sus pertenencias, las cuales ya no pasaban a manos de las víctimas. Ahora eran aprovechadas por los señores feudales y por el poder eclesiástico. In extenso, Drapkin, I.: “El Derecho de las Víctimas”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Madrid, 1980, págs. 175 y sig.

7 Conf.: Díaz Pablos de Molina, A.: “El redescubrimiento de la Víctima. Victimización Secundaria y Programas de Reparación del Daño”, en: Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 210 y 211.

Por este camino la víctima se transformó en el “convidado de piedra” del sistema penal. En efecto, ni el Derecho Penal sustantivo ni el adjetivo incluyeron a la víctima en sus respectivas disposiciones, no refirieron a la restitución al *statu quo* anterior y ni siquiera previeron la reparación del daño entre los fines o tareas de aquél.

La eventual pretensión de la víctima al resarcimiento del daño sufrido, fue concebida como un interés privado totalmente ajeno al proceso penal y permaneció enclaustrada dentro de los límites estrechos de la reparación resarcitoria civil.

Desde el derecho sustantivo por su parte, el positivismo naturalista puso el acento en la causación del hecho por el autor y el tratamiento del delincuente como fundamento y fin para la aplicación de la pena<sup>8</sup>.

A partir de la década del 50 con la aparición de una nueva corriente criminológica, se cambia el paradigma de la investigación que ocupaba hasta ese momento el delincuente<sup>9</sup>.

Estas nuevas tendencias dejaron de ocuparse exclusivamente en la satisfacción punitiva del Estado, para atender también a la intervención en el problema social que se encuentra en la realidad del delito y así tratar de prevenirlo. Se toma en cuenta no solamente la recuperación del delincuente, sino también la reparación del daño sufrido por la víctima, quien pasa a asumir un rol protagónico en este nuevo escenario.

A partir de entonces la posición de la víctima en los sistemas penales de derecho comparado viene siendo sostenidamente prestigiada. Desde el derecho adjetivo se le redefine, teniendo en cuenta la forma como se relaciona, -no sólo con el autor del delito y con las autoridades encargadas de su represión-, sino también con los operadores del sistema y la sociedad toda.

Se concede a la víctima la posibilidad de participar activamente en el proceso penal, incluso disponiendo en muchos casos de la persecución penal, además del goce de otros derechos que las propias Constituciones les reconocen.

---

8 Conf.: Mier, J., en: “La Víctima y el Sistema Penal”, Ad-Hoc, Bs. As, 1992, pag. 88 y sig.

9 Las medidas de protección al delincuente coinciden con la larga lucha garantista de los derechos del imputado.

Mientras tanto, desde el Derecho Penal sustantivo, se continúa discutiendo si la posibilidad de reparación a la víctima del delito podría ser incluida dentro de los objetivos del *jus puniendi* o incluso constituir una vía alternativa a la pena estatal, entendida como tercera vía<sup>10</sup>.

### 3.- NUESTRO SISTEMA PENAL VIGENTE.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 22 de la Carta que el ofendido por el delito pueda participar en la deducción de la pretensión penal exactamente igual que el acusador público, lo cierto es que el Código del Proceso Penal de 1980 y la legislación adjetiva posterior fueron plasmando cada vez con mayor firmeza la oficialidad de la acción<sup>11</sup>, expropiándole definitivamente el conflicto a la víctima<sup>12</sup>.

Nuestro sistema vigente, -fidel a la influencia europea del siglo XIX-, se basa en dos premisas fundamentales: persecución penal pública y pena estatal. En otras palabras, el Estado define cuáles son las conductas prohibidas por el Derecho Penal, mientras le exige al Juez que instruya, que obtenga la prueba de cargo sin contaminarse con los frutos de su propia investigación, que decida si impone la sanción, que cuantifique el monto del reproche por la ofensa inferida y que se encargue de ejecutar la pena. Ocioso es aclarar que en todo el proceso la víctima permanece ausente.

En efecto, apartándose del mandato constitucional, nuestro sistema eliminó todo vestigio de la querrela de parte, ya que suprimió las causas de acción privada, las cuales

---

10 Cf.: Bustos Ramírez, J.: “Control social y sistema penal”, PPU, Barcelona, 1987, pág. 60 y sig.

Binder, A. : “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, en: Justicia Penal y Estado de Derecho”, Ad-Hoc, Bs. As., 1993, pág. 61.

11 El caso de la “violencia doméstica” legalmente reconocido surgió luego de la constatación de episodios de agresión a la mujer como sujeto vulnerable en el entorno familiar, lo cierto es que paulatinamente los mismos encontraron como destinatarios a los menores y más tarde a los ancianos, configurándose de tal manera un grupo de sujetos considerados por el Derecho como eventuales víctimas de esas conductas jurídicamente reprobables, sin que se le concedieran los derechos que su calidad de tal van ínsitos.

12 Nuestro Código del Proceso Penal, vigente con modificaciones parciales desde el 1º de enero de 1981, es la copia estructural del Código de Instrucción Criminal que rigió en Uruguay desde 1878, el que a su vez fue copiado de la legislación española de 1812 a 1872.

ahora se persiguen de oficio, -excepto un pequeño puñado de casos-, sin que la instancia de parte sea necesaria<sup>13</sup>.

Desde 1916 los delitos de acción privada se fueron transformando en delitos de acción penal pública, aunque perseguibles por el Ministerio Público cuando mediaba instancia del ofendido. Por su parte, la Ley N<sup>o</sup> 14.068 de 10 de julio de 1972, estableció finalmente la persecución penal pública para todos aquellos delitos que antes requerían la previa instancia de parte.

El sistema procesal uruguayo orientado a la persecución penal obligatoria a cargo del Estado, sintoniza con el sistema penal sustantivo que tutela los bienes jurídicos de manera muy diferente a como lo plasma la Constitución. En efecto, nuestro Código Penal de 1934, -receptor de la ideología positivista del siglo XIX,- se orienta hacia la satisfacción prioritaria del Estado en su derecho a castigar. En realidad, el único conflicto realmente relevante es el que compromete su incolumidad y tiene, por ende carácter público. La consecuencia obvia es que nuestro ordenamiento adjetivo no consagra ningún derecho de la víctima<sup>14</sup>.

Las únicas previsiones legales refieren a que, -en los casos en que la ley lo prevé-, la acción penal no podrá deducirse sin que medie instancia concediendo a la víctima un plazo de seis meses para instar, pasados los cuales esa potestad caduca.

Actualmente se prevé que sólo unos pocos delitos se persigan a instancia del ofendido, según un criterio selectivo del legislador que tuvo en cuenta ofensas de escasa entidad y razones de orden moral, mientras daba al ofendido la posibilidad de mantener en la intimidad determinadas situaciones que interesaban solo a su vida privada.

En definitiva, el Estado absorbió el conflicto y el problema, partiendo de la errónea premisa de que es plenamente capaz de resolverlo y que, por añadidura satisface a los actores del conflicto. Sin embargo, desde la realidad óptica, el conflicto de la víctima se ha prolongado y se mantiene.

---

13 El artículo 13 del C.P.P. suprimió a texto expreso las causas de acción privada.

14 Ni siquiera se utiliza la expresión “víctima”. Los artículos 11, 14, 17 y 18 del Código del Proceso Penal refieren a “ofendido” o “damnificado”, sin siquiera definir qué se entiende por tales conceptos.

Afortunadamente el Código del Proceso Penal proyectado procura concederle potestades y formas de solución, buscando otorgarle de esta manera capacidad de decisión.

#### 4.- DERECHOS RETACEADOS A LAS VICTIMAS EN NUESTRO PROCESO PENAL ACTUAL.

Desde el ámbito internacional se han dictado distintas resoluciones, como la Recomendación del Consejo de Ministros de Europa o la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relacionadas a los derechos de las víctimas<sup>15</sup>. En todo caso se entendió procedente adoptar medidas en el ámbito policial, adjetivo y sustantivo.

La instancia policial, -la primera a la cual la víctima recurre-, deberá brindarle la información de todos los servicios asistenciales o jurídicos existentes y la protección y ayuda inmediatas. Sin embargo, en nuestra realidad actual, si bien la víctima es la persona que normalmente pone en conocimiento de las autoridades la situación de violencia en la que se encuentra inmersa, su protagonismo se agota en ese mismo acto, produciéndose en todo caso, -sobre todo cuando de menores se trata-, una revictimización que agrega angustia, falta de contención y desconcierto.

Por su parte, desde la órbita procesal deberán instrumentar medidas e tendientes a evitar la victimización secundaria, además de proveer a la víctima de herramientas normativas que le aseguren una activa, efectiva y protagónica participación en el proceso.

La tendencia actual se dirige a garantizar su derecho a la información sobre la marcha del proceso y de cuáles incidencias pueden afectarla, así como la efectiva protección de su vida privada en los interrogatorios y la posibilidad de contar con asistencia letrada gratuita en todos los casos.

---

15 Consejo de Europa: Recomendación del Consejo de Ministros de Europa R (83) del 23 de junio de 1983, prevé la indemnización a la víctima por el delincuente, por ejemplo previendo el cumplimiento de tal obligación como medida sustitutiva de la privación de libertad. La Recomendación R (85) de 28 de junio de 1985 señala las ventajas que pueden presentar los sistemas de conciliación y mediación, mientras que la Recomendación R (87) de 17 de setiembre de 1987 sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización señala la necesidad de fomentar en los respectivos ámbitos nacionales las experiencias de mediación entre el delincuente y su víctima. Por su parte, la Resolución de Naciones Unidas 40/34 de 29 de noviembre de 1985 establece las medidas tendientes a proteger a la víctima en todas la sus instancias.

Frente a tales propuestas internacionales, -las cuales fueron en su mayoría recogidas por las legislaciones locales-, en el actual sistema penal uruguayo los elementos de desamparo e inseguridad propios de la víctima, se plasman en extremos objetivos fácilmente constatables:

- a) La víctima es absolutamente mediatizada en su problema.
- b) Carece de información respecto de los derechos que le asisten en el proceso.
- c) No recibe ningún asesoramiento jurídico.
- d) Carece de la posibilidad de acceder a todo tipo de información sobre la marcha del proceso, lo cual viene a profundizar su sensación de incertidumbre y vulnerabilidad.
- e) No es compensada en lo más mínimo por el tiempo y el efecto traumático que psíquicamente padece, no solamente en ocasión de prestar declaración y someterse a interrogatorios o careos, sino a eventuales exámenes médicos, lo cual le significa revivir el hecho ilícito.

##### 5.- CONCLUSIONES.

En nuestro actual sistema penal se percibe que la víctima y su conflicto se escapan ineluctablemente hacia el Estado.

La apropiación del conflicto por éste y el problema de la víctima, implican una especie de tutela extraña para con los ciudadanos, desconociendo cualquier capacidad de éstos para resolver sus propios conflictos.

Además, se parte de la presunción de que el Estado va a reflejar claramente el conflicto existente, a considerar los intereses de la víctima y a resolver a su satisfacción el conflicto. Sin embargo, actuando de tal manera refleja su inoperancia respecto de tales fines, haciendo evidente lo disfuncional de su actuación.

Lo cierto es que la víctima es la protagonista del conflicto social junto con el autor y ese conflicto nunca podrá encontrar solución integral si el interés de aquella no es efectivamente atendido<sup>16</sup>. Ello solamente va a ocurrir cuando, -tal como se prevé en

---

16 Conf.: Binder, J.B.: "La víctima y el Sistema Penal", en: Jueces para la Democracia, N° 12, 1991, pág. 42 y 43.

el Proyecto-, se le permita su ingreso al proceso penal, respetando la autonomía de su voluntad.

Desde el campo sustantivo, debe cambiarse el infundado paradigma de que la privación de libertad es el único castigo que satisface a cabalidad a la víctima. En efecto, conlleva el mensaje de que la aplicación de la violencia estatal impone una “solución”. Sin embargo, muchas veces ella no respeta en absoluto la posición del afectado y tampoco convence a éste ni al delincuente. Su única legitimación es su origen estatal, como demostración indudable del *jus puniendi*.

Tal solución se encuentra deslegitimada porque oculta la necesidad de un verdadero debate acerca de la orfandad actual acerca de los mecanismos para prevenir el delito. Mientras tanto, el Estado continúa justificando su intervención en la consecución de fines, que en la realidad está muy lejos de conseguir.

Frente a la diversidad de delitos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, -con muy poco en común, excepto el hecho de estar casi todos en el mismo cuerpo legal-, con la diversidad de personas involucradas en actividades delictivas, parecería admisible reclamar una diversificación en respuestas más imaginativas que la construcción de nuevas cárceles, las que se masifican a poco de ser inauguradas.

En algunos delitos sobre todo contra la integridad física se advierte que la privación de libertad del victimario opera muchas veces como mecanismo desencadenante de una carga agresiva mayor que se efectiviza incluso, contra todos los integrantes del núcleo de pertenencia de la víctima, en los casos en que ésta se encuentra vinculada familiar, afectivamente o convive con aquél.

Es en tal contexto que luego de que se produce la excarcelación provisional con medidas de restricción de acercamiento del imputado a la víctima, el agresor viola dicha caución cometiendo nuevos actos de violencia en su entorno con un aumento exponencial de su agresividad.

En realidad, podría concluirse entonces que el Derecho Penal no aparece como instrumento idóneo para intimidar a esos victimarios y motivarlos para que en el futuro se abstengan de reiterar tales conductas ilícitas. Antes bien, contribuye a incrementar la iracundia inicial, que es justamente se pretende evitar.

Un excelente camino viene señalado desde el derecho comparado, que establece como vía de solución la reparación para casos menores, sin ir mas allá de lo que las propias víctimas, los ofensores y el público en general acepten.

Los fundamentos del Estado democrático de derecho plasmados en nuestra Carta pautan la obligación de respetar y fomentar la libertad de los ciudadanos en cuanto al respeto de su autonomía ética frente al Estado para resolver sus propios conflictos.

Tal programa político-social implica adoptar determinadas soluciones en sede sustantiva, además del cambio de la estructura procesal de nuestro sistema.

Ambas soluciones están proyectadas. Esperamos que una pronta concreción legislativa permita que nuestro sistema penal reciba una renovada solución al respecto, acorde no solamente con el mandato constitucional, sino con la totalidad de la normativa internacional en la materia.

Montevideo, octubre de 2011.-