

*La víctima en el proceso penal**

Por Carlos Parma

1. La víctima

La palabra *víctima* se refiere a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en sus bienes por otra.

En esta inteligencia la víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión¹ a la que es sometida. En la materia hay un concepto generalizado internacionalmente que entiende como “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente².

2. Etapas

Se ha dicho –y con razón– que la víctima ha sido la gran ausente en el proceso penal de todos los tiempos. La persecución del delito salió de la esfera privada con la llegada de la codificación luego de la edad media, solidificándose la idea que se afectaba un interés social o estatal. En este sentido se vieron los aportes de la criminología positivista de Lombroso, Garófalo y Ferri, que apuntalaron la idea del “derecho penal de autor”. Al aparecer el delito como “interacción entre autor y la víctima en el espectro social, conceptos expuestos por Hans Von Hentig (año 1941), se comienza a hablar de la importancia de la presencia de la víctima en el proceso”³.

Pero en realidad hasta los años sesenta, ya en el siglo XX, las ideas político criminales desarrollaron un sistema basado en la neutralización de la víctima⁴. Es que precisamente en esos años se produce una suerte de apertura en el pensamiento penal, inclusive en la dogmática jurídico penal la que por cierto era bastante hermética⁵.

* Artículo publicado en el sitio web: <http://www.carlosparma.com.ar>.

¹ Marchiori, Hilda, *La víctima del delito*, Córdoba, Lerner, 1990, p. 12 y 13.

² Extractado del VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 1985.

³ Reynaga, Juan C., *La posición jurídica de la víctima en las últimas reformas del derecho y en el proceso penal argentino*, en Superti, Héctor (dir.), “Derecho penal”, t. 5, Bs. As., Juris, 1997, p. 110.

⁴ Dicen Hassemer y Muñoz Conde: “actualmente la víctima está neutralizada, no hay una relación víctima delinciente... el Estado es quien se contrapone al delinciente, pudiendo inclusive forzar a la víctima en interés de la búsqueda de la verdad” (Hassemer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, p. 29 y siguientes).

⁵ Es Roxin el que trae aparejado un poco de luz a la opacidad reinante en el derecho penal. Parte el maestro de Munich de un punto de vista teleológico “que pretende un derecho penal orientado políticamente a sus consecuencias” hay en él una visión preventiva de la pena. Roxin piensa que desde la “prevención general positiva” se pueden observar tres fines en la pena: el efecto del aprendizaje (pedagógico); el ejercicio de la confianza en el derecho y el efecto de satisfacción

Con posterioridad se produce una etapa de revalorización del rol de la víctima que tiende a mejorar “la testimonial” con una especie de “protección” en oportunidad de rendir la declaración judicial. Hay un espíritu de que el sujeto pasivo del delito pueda participar de un procedimiento de adhesión.

La evolución revierte la tendencia orientada a suprimir al acusador particular y así, en otro estadio temporal, se le reconoce a la víctima plena participación configurándose su ingreso al proceso penal, ya sea como querellante conjunto, adhesivo, subsidiario, exclusivo o particular⁶.

Con justa razón se ha afirmado que “se hace imperioso cumplir con el mandato constitucional respecto del diseño de proceso, sosteniéndose que el único que se adecua a ello es el modelo acusatorio”. En base a ello y otras consideraciones, “corresponde asegurar de un modo efectivo la participación de la víctima en el proceso”⁷.

En esta orientación “se destaca el rescate del ‘rol de la víctima’ reconociéndola efectivamente como legítima interesada en el resultado del proceso”⁸, porque precisamente ostenta un derecho que emerge de la propia y cierta conformación del ilícito.

A esta altura del discurso, sin temor a equivocaciones, podríamos afirmar que a partir de la implementación de instrumentos legales internacionales y la jurisprudencia integradora en tal sentido, ha quedado consolidada la idea de *reconocer que se han violado derechos humanos fundamentales a quienes han sufrido las consecuencias de un delito y por tal motivo merecen amparo legal*.

3. El sistema penal argentino

En el sistema penal argentino se ha instalado una idea central: la persecución penal es *pública*.

La premisa de la que se parte entonces es que el Ministerio público tiene el “monopolio acusatorio”, es decir que ostenta una fuerza exclusiva y excluyente a los efectos de acusar.

(pacificación). Sobre esto último Roxin construye la “reparación” del daño que –para él– contribuye a restaurar la paz jurídica (Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1970).

⁶ En la actual legislación se ha dicho que el querellante es “un sujeto eventual del proceso” (D’Albora), “una concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo (CSJN, *Fallos*, 143:5), “una figura impura del querellante conjunto” (Creus), “el querellante particular es un sujeto que participa en la esfera de los delitos de acción pública, vigencia un vigoroso rebrote finisecular que, de modo intesimal y formal, simboliza y encarna la defensa activa” (Cafferata).

⁷ Conclusiones del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en San Juan, junio de 2001, en el área derecho procesal penal, puntos 1 y 9.

⁸ Ferrer, Carlos, *El querellante particular en el Código Procesal Penal de Córdoba*, en Carrera, Daniel P. (dir.), “Pensamiento penal y criminológico”, *Revista de Derecho Penal Integrado*, año II, n° 2, Córdoba, Mediterránea, 2001, p. 53.

Este principio rector surge al amparo de la propia Constitución nacional que ha establecido esta idea en forma expresa⁹ organizando el Ministerio Público como órgano “extra poder”, lo que quiere decir: *independiente*¹⁰.

Por otra parte, el propio Código Penal en sus arts. 71 y 72, con más la normativa procesal (p.ej., art. 5º, Cód. Proc. Penal de la Nación) indica esta facultad exclusiva de ejercer la acción al Ministerio Público.

Sin embargo, los nuevos códigos procesales dan cuenta que el particular damnificado por el delito se encuentra autorizado a presentarse como querellante en el procedimiento y ejercer determinadas facultades de intervención y control que la ley procesal le asigna. Se dice en este sentido que, al igual que el así llamado “querellante adhesivo”, el afectado no se encuentra autorizado a acusar autónomamente al imputado y, por lo tanto, resulta imposible, que su actividad pueda, por sí sola, conducir el caso a juicio, supuesto que requiere inevitablemente una acusación fiscal¹¹.

La tesis que el querellante pueda apelar implica para muchos una verdadera excepción a esta “persecución pública excluyente”, en tanto otros sostienen que necesariamente va a necesitar del impulso fiscal o promoción fiscal¹².

El fallo “Santillán, Francisco” dictado por la Corte Suprema de Justicia, el 13 de agosto de 1998¹³, reconoció el ejercicio de la acción al querellante, botando así por tierra el monopolio fiscal que conduce a la *oficialidad*.

Es bueno recordar previamente que la acción es una garantía constitucional consistente en la potestad de reclamar la actuación de los órganos jurisdiccionales para que diriman los conflictos dados en las relaciones intersubjetivas. En base a esto, en “Santillán” se reconoció virtualidad a la acusación de la querrela en el momento del alegato del juicio oral para que el tribunal pueda emitir un fallo condenatorio¹⁴, una especie de reconocimiento al ejercicio “autónomo” de la acción al querellante¹⁵.

La idea pasó a ser la siguiente: se exige la acusación para requerir condena (caso “Tarifeño” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) en salvaguarda de la defensa en juicio, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter

⁹ A partir de la reforma de 1994, en su art. 120.

¹⁰ El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera que ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (art. 1º, ley orgánica del Ministerio Público 24.946).

¹¹ Maier, Julio B. J. - Ambos, Kai - Woischnik, J. (coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, informe sobre Argentina dado por Guariglia y Bertoni, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 36.

¹² Es muy importante tener en cuenta el informe presentado por el entonces ministro de justicia Arslanián en oportunidad del tratamiento de la ley 23.984 al decir: “le retaceamos la facultad al querellante de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso. Lo hemos hecho no por que no creamos en la institución del querellante sino porque su inclusión debe ser respetuosa del régimen de la oralidad”.

¹³ DJ, 1999-A-434.

¹⁴ Cevasco, Luis, *La querrela y el ejercicio de la acción*, DJ, 1/12/99, año XVI, nº 1.

¹⁵ Se ha dicho que las facultades que le conceden al *damnificado* en el anterior Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires (art. 80) y actual de la Provincia de San Luis (art. 92) importan concederle “el poder de acción”, encontrándose amparado por las garantías del debido proceso legal, de la igualdad de las partes y de la defensa en juicio (ponencia presentada por Olivera Aguirre, Ricardo; Miranda Folch, Gustavo y Barbenza, Jorge en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, junio de 2001).

público o privado de quien la formula, razón por la cual –en este sentido– nada obsta a que el querellante formule acusación.

La cuestión, como bien afirma Cevasco, es sencilla: “el Código Procesal Penal de la Nación restringió al querellante a una actividad adhesiva a la del fiscal, limitando la autonomía de la querrela al impulso del Ministerio Público”¹⁶.

4. Derechos procesales y sustanciales

Se insiste en que la víctima sufrió un despojo por parte del sistema penal ya que éste sustituyó a la “persona de carne y hueso” por una víctima simbólica y abstracta: la comunidad. Por eso se dice que la “víctima real quedó relegada a un plano inferior y terminó constituyéndose, exclusivamente, en un objeto de prueba, exento de derechos y en total estado de indefensión, en general revictimizada por el mismo procedimiento penal”¹⁷.

En similar sentido ha dicho Zaffaroni, que “el Estado ha confiscado a la víctima su conflicto, invocando el bien común eliminó la posibilidad de resolver la discordia porque falta una de sus partes: la víctima”¹⁸.

Así, la “olvidada parte” ha logrado instalarse en el proceso penal y –de suyo– obtener derechos, los que tienen incidencia en el resultado del mismo.

5. Propuestas de actualidad

Las nuevas corrientes procesales apuntan al menos a dos cuestiones centrales en referencia a la víctima: *a)* protección y trato digno hacia la víctima y *b)* posibilidad de control sobre la marcha del proceso y/o control sobre el ejercicio de la acción penal.

Estas tendencias –como anticipamos– se inscriben en las ideas llevadas a cabo por organismos internacionales en materia de derechos humanos y llevan como base de sustentación el siguiente catálogo de derecho en favor de la víctima: *a)* recibir un trato digno por parte de las autoridades; *b)* respeto por su intimidad¹⁹; *c)* proteger su seguridad personal; *d)* proteger la seguridad de su familia y sus bienes; *e)* derecho a ser oído (inclusive poder oponerse y recibir del Estado una explicación), y *f)* derecho a ser informado.

6. Cuestiones de fondo

a) Una suerte de marasmo ha atrapado el sistema judicial procesal, cuyas consecuencias se muestran en torno a la arbitrariedad, falta de eficiencia e idoneidad.

¹⁶ Cevasco, Luis J., *Principios de derecho procesal penal argentino*, Oxford, 1999, p. 204.

¹⁷ Ryser, María del C., *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba, Librería Intellectus, p. 150.

¹⁸ Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el procedimiento penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 185.

¹⁹ Si bien este plano suele ser polémico, jurisprudencialmente hablando, la Cámara Federal de San Martín sostuvo la idea de no aplicar medidas coercitivas sobre el cuerpo de la víctima que suponga una intromisión en su integridad personal (*JA*, 1999-IV-382).

Las reformas que se introducen en este plano llevan como “objetivo fundamental abandonar el sistema inquisitivo”²⁰. Aquello basado en el proyecto de Mancini para la Italia fascista de 1930 y que fue receptado por nuestros procesalistas, donde la palabra “orden público” todo lo puede.

En varios aspectos el derecho moderno se ha distanciado del hombre. Ya advirtió Cossio este peligro sugiriendo que sea “la conducta” humana en interferencia intersubjetiva el objeto de la ciencia del derecho y no la norma. Es que en esta extrema normativización kelseniana se forjó un país con normas y sin hombres.

Como ocurre en *El proceso* de Kafka, en sus “angustiosos laberintos”, nuestros judiciables se vieron envueltos en un “metalenguaje indescriptible”, donde a veces se pasan la vida discutiendo cuestiones formales, incidentes, nulidades, caducidades, etcétera. Aunque objetables, más grave resultan aquellas imputaciones que sostienen “que los jueces prefieren encontrarse con expedientes y con libros de derecho, más que con personas, a quienes, por lo general tratan de eludir”²¹.

La “igualdad” se ha tornado en algunos ámbitos una quimera, de allí la irresistiblemente cómica y satírica frase orwelliana: “todos somos iguales, pero unos más que otros”²².

Estos “males”, que afectan la administración de justicia, se han visto a su vez fortalecidos con la “irracionalidad de la lentitud judicial que tiene dos caras: por un lado, oprime a los súbditos de la justicia violentando derechos humanos; por otro, la justicia se niega a sí misma declarando su ineficiencia, su inutilidad substancial”²³.

Si uno percibe las notorias diferencias que hay entre quienes pueden llegar a “reclamar justicia” por ante los tribunales, no dejará de reconocer que un ambiente de “desigualdad” se instaló en el funcionamiento institucional²⁴.

Los cultores de la novedosa “teoría crítica”²⁵ de profusa difusión en nuestras cátedras de filosofía del derecho se esfuerzan por indicar que “los súbditos del derecho no perciben con exactitud el estatuto jurídico”. Hay en ellos una “no comprensión, que no está implicada en la llamada ignorancia de la ley”, esto conduce a una “manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de reproducción del poder” que gesta lo que estos autores llaman *la opacidad del derecho*²⁶. Piensan que este derecho así dado, como “saber social diferenciado reservado a

²⁰ Entendido éste como un tipo de organización judicial monárquica, verticalizada y dependiente que se muestra “secreta, ritualista, medrosa, despersonalizada y burocrática”. Ver Binder, Alberto, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 128.

²¹ Fucito, Felipe, *La capacitación de los jueces*, LL, 1995-A-745.

²² Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Bs. As., Paidós, 1993, p. 54.

²³ Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 25.

²⁴ Rawls para solucionar la “desigualdad” y la “injusticia” imaginaba un grupo de hombres y mujeres que si se los hace olvidar de sus gustos, talentos y ambiciones, darán su asentimiento a un “contrato” en base a dos principios de justicia: mayor libertad posible y que las desigualdades no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la comunidad que peor están (Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 234).

²⁵ *Critical legal studies* es un importante movimiento de pensamiento surgido en la década de 1960 en la Universidad de Yale, de Estados Unidos de América. Estos “jóvenes” veían que al utilizar el razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crea la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables, lógicas o inherentemente justas. Entre sus cultores se destaca Duncan Kennedy y entre nosotros Curtis y Cárcova,

²⁶ Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 182 y 183.

abogados, jueces, legisladores” y operadores del sistema, coloca en un estado enorme de desigualdad a quienes no son “técnicos” en la materia, por ello concluyen que el *derecho es más que las palabras de la ley*, y en este sentido organiza una serie de mitos, ficciones, rituales y ceremonias²⁷.

En esta sociedad compleja, si se quiere “autorreferencial”, coexisten intereses multiculturales de difícil solución. Hay sistemas sociales de “disposiciones durables y transferibles, *estructuras estructuradas* predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir como principios generadores y organizadores de *prácticas*”. A esto se lo denomina *habitus*, que en la tesis de Bourdieu es “la historia hecha cuerpo” que articula lo individual y lo social²⁸. De esta forma ciertas personas o “comunidades” sólo responden y entienden su *habitus*.

Aquí entonces el concepto de víctima se agiganta, pues a la persona que ha sufrido la ofensa del delito se le pliegan temas como vulnerabilidad social, marginación, subsistema y progresiva segmentación social negativa.

b) La dimensión de la dogmática jurídico penal puede —en cierta medida— conectarse con este planteo. Veámoslo así, en un principio se pensó que el derecho penal servía a la defensa de los derechos subjetivos, es decir “derechos individuales”.

El pensamiento penal más influyente de fines del siglo XIX fue el de Von Liszt. Este autor indicó con sus ideas que el delito afecta “intereses socialmente relevantes”, entonces el giro de protección apuntaló el “interés social” fortaleciéndose el orden público estatal. Hay en este período una idea fija (que aún subsiste en doctrina y jurisprudencia) cual es la “estatización de los bienes jurídicos”.

Es decir que será el Estado, a través de sus leyes y decretos, el creador del bien jurídico protegido, perdiendo valor el sufrimiento de la víctima, precisamente porque el delito no la afecta directamente a ella, sino que agravia al concepto normativo que llamaremos: “bien jurídico protegido”. Casi podría decirse que se trata de un estándar jurídico²⁹, el cual es cuestionado por Jakobs diciendo que “el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas... por eso *una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona*”³⁰.

Desde 1970 en adelante hay un reflatamiento de las ideas de Binding que rescata el valor de la norma penal... su protección. Todo delito implica “una desobediencia... estar en contra de la norma”.

Pero en el centro de esta discusión está la “configuración normativa de la sociedad” (Jakobs) es decir “qué sociedad tenemos”. Aquí se dice que el delito res-

²⁷ Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Bs. As., Eudeba, 2001, p. 13.

²⁸ Gutiérrez, Alicia, *Pierre Bourdieu. Las prácticas sociales*, Universidad Nacional de Córdoba y de Misiones, 1997, p. 64 y 65.

²⁹ Puede recordarse lo sugerente del título de la obra de Jakobs, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

³⁰ Parma, Carlos, *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 145 y 146.

quebraja la confianza en la norma, entonces la pena ¿qué hace?: ¡restituye la confianza en la norma!³¹.

Todo esto trajo aparejado un avance del *ius privatismo* en el derecho penal. Se sostiene que el nuevo orden apuntala la prevención general como fin de la pena, porque el contenido del derecho penal es –para los más modernos– funcional.

Pero más allá de las críticas que pueda hacerse a estos “tiempos”, es cierto que al agotarse la centuria, el hombre de derecho puede mostrarse ufano por haber enriquecido el horizonte de las garantías³² y así, gozoso y bizarro elevar su espíritu ante la altiva conciencia del *respeto por los derechos humanos* como un nuevo paradigma del derecho.

7. Reflexiones indispensables

Del acápite precedente estamos advertidos que hay una especie de “víctima de contingencias sociales”, cuestión que el sistema de justicia no debe soslayar.

En lo estrictamente jurídico se da el alcance de víctima a la persona ofendida por el ilícito, extensible a sus deudos, inclusive a sus pares étnicos o grupales³³. Luego, en esta misma dirección, se afirma también que existe una “víctima colectiva”³⁴, sin dejar de valorar el proceso que se lo denomina de “revictimización”, donde el sujeto aparece como víctima del propio sistema de justicia.

Con agudeza se ha señalado que “el tiempo actual está signado por una delincuencia cuyo crecimiento opera en proporción geométrica, en tanto que la benignidad o levedad de los códigos mantiene un estatismo sancionador que contribuye a la expansión del delito”³⁵.

Así las cosas, si colocamos la rosa de los vientos en pos del *hombre* cobrarán contenido ciertas palabras como “respeto, dignidad, colaboración, cooperación, entendimiento, equidad, solidaridad”, esto seguramente alentará la instalación de un nuevo paradigma que se encamine definitivamente al “mejor entendimiento societario” donde existan “creaciones de igualaciones en libertad”.

Por imperio constitucional debe concedérsele a la víctima la posibilidad de “control sobre el proceso”³⁶. Deberá dársele la posibilidad que actúe asesorada por

³¹ Parma, Carlos, *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, p. 178 y siguientes.

³² Morello, Augusto M., *El derecho y nosotros*, La Plata, Platense, 2000, p. 41.

³³ En el caso “Aloeboetoe” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se le reconoció el derecho a reclamar por daño moral a los representantes de esa tribu por violaciones a derechos humanos cometidas contra miembros de esa etnia que habían fallecido. El caso fue citado y ratificado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a la hora de fijar “indemnización” en el caso “Garrido y Baigorria” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/2/96).

³⁴ Cuando Irurzun describía los “tipos de víctima” decía que hay: a) víctima *per se*. Su rol pasivo; b) víctima incitadora; c) víctima captada; d) víctima como ente ideal y burocratizado, y e) víctima plural, masiva y despersonalizada (Irurzun, Víctor J., *Problemas actuales de la criminología argentina*, Bs. As., Pannedille, 1970, p. 90 a 92).

³⁵ Sproviero, Juan H., *La víctima del delito y sus derechos*, Bs., As., Ábaco, 2000, p. 26.

³⁶ Se observa una debida dirección en este sentido con la incorporación al derecho positivo vigente de normas que reivindican los derechos de las víctimas como la ley 24.316 (*probation*), ley 24.417 (de protección de la violencia familiar), etcétera.

organismos creados a tales fines³⁷. Se debe tener en cuenta la “reparación” del daño producido a la víctima para la solución del conflicto³⁸. Se debe consolidar la idea del trato digno y humanizado con respecto a ella y el inalienable derecho a ser oído.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.



³⁷ Vemos con beneplácito la creación del Centro de Asistencia a la Víctima como órgano contenedor y orientador para aquellas personas que han sufrido las consecuencias de un ilícito.

³⁸ Cesano enseña que la función de la reparación incide sobre: a) la pena a imponer (atenuante) y b) como requisito de institutos con efecto extintivo o cancelatorio de la potestad represiva estatal (p.ej., avenimiento), las leyes 24.316 y 25.087 incrementan el rol de la reparación en la solución del conflicto [Cesano, José D., *Reparación y resolución del conflicto: su tratamiento en el Código Penal Argentino*, en Lascano, Carlos J. (dir.), “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Córdoba, Lerner, 2001, p. 530].