

VICTIMIZACIÓN, VÍCTIMAS Y ACCESO A LA JUSTICIA (*)

HANS-JÖRG ALBRECHT

1. INTRODUCCIÓN: VÍCTIMAS, VICTIMIZACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL

La relación entre victimización penal y acceso a la justicia es producto del surgimiento del Estado moderno, de los sistemas de justicia formalizados y del monopolio del uso de la fuerza física que concretamente excluye a las víctimas (y al público), y les impide tomar la justicia en sus propias manos. El surgimiento del Estado moderno no sólo ha traído aparejado el desempoderamiento de las víctimas, sino también de grupos sociales enteros y de la sociedad en su conjunto. La administración de justicia es potestad exclusiva de las instituciones de la justicia penal. El Estado moderno y los sistemas actuales de justicia penal utilizan el castigo para llevar a cabo sus propios programas. Estos programas están dominados por el objetivo de reforzar y estabilizar las normas penales. En palabras de Gunther Jakobs, lo que en definitiva justifica el derecho penal y el castigo es el objetivo de la prevención general positiva (1). Nils Christie una vez describió este proceso como un proceso de desempoderamiento de las víctimas y las comunidades. Christie hace una analogía entre el proceso de desempoderamiento y el "robo" del conflicto (2). El ha creado una imagen que se ha convertido en un elemento importante de los argumentos que subyacen al movimiento abolicionista y a la justicia restaurativa. Sin embargo, el surgimiento del Estado moderno brinda a las víctimas una ventaja importante (y a las comunidades o grupos sociales a los que éstas pertenecen) (3). Las víctimas ya no necesitan

(*) Traducción al español del original en inglés efectuada por Alejandro Chetman.

(1) Jakobs, G., *Schuld und Prävention*. Tübingen 1976.

(2) Christie, N., *Grenzen des Leids*. Münster: Votum-Verlag 1995.

(3) Trotha, T., *Limits to Pain*. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie. *Kriminologisches Journal* 15(1983), págs. 34-53.

perseguir la justicia por sus propios medios y no corren el riesgo de involucrarse en largos conflictos respecto de quien tiene razón (dando por supuesto que se ha cometido un delito y que alguien ha sido víctima de ese delito) (4).

Si bien los primeros estudios sobre victimización guardaban relación con las víctimas como fuente principal de información sobre la existencia de un delito, y su función central como iniciadoras del proceso penal (a través de las denuncias), los años 1980 y 1990 trajeron aparejado un cambio decisivo. Las víctimas de delitos (y la victimización penal) se trasladaron rápidamente al centro de la atención política y jurídica. Por un lado, esto se debe a la emergencia de sociedades con elevados índices de criminalidad que demuestran el fracaso de la promesa del estado-nación de proteger eficazmente a sus ciudadanos. La victimización penal hoy en día se ha convertido en un hecho habitual en las sociedades modernas. Con arreglo a las últimas cifras sobre delitos en Europa, cerca del 15% de los ciudadanos de la Unión Europea ha sido víctima de ciertos delitos anualmente (5). Los ciudadanos evidentemente no reciben la seguridad prometida a cambio de aceptar el monopolio del uso de la fuerza, y tampoco perciben que el sistema de justicia penal trate adecuadamente a quienes han sido víctimas de un delito (6). Esta falta de protección debe ser compensada. Por un lado, David Garland ha descrito la forma en que las políticas criminales tratan a las víctimas como un elemento importante en una nueva cultura del control social (7). Hoy en día las políticas criminales son también políticas dirigidas a mejorar la difícil situación que atraviesan las víctimas y, en especial, están orientadas a proteger a las víctimas potenciales de ciertos riesgos o peligros específicos. Se dictan nuevas leyes que llevan el nombre de las víctimas cuyos casos han cobrado una relevancia enorme en los medios de comunicación y que eventualmente se utilizaron como justificación para esas leyes. Este enfoque basado en los riesgos plantea otro interrogante, el del acceso a la seguridad. La cuestión de si existe un derecho a la seguri-

(4) Spittler, G., *Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen*. Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980), págs. 4-32; Brunner, O., *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1984.

(5) Gallup Europa, *The Burden of Crime in the EU Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey* (EU ICS) 2005, Bruselas, 2007.

(6) Töyrä, A., Wigerholt, J., *The Swedish Crime Survey 2007. Victimization, fear of crime and public confidence in the criminal justice system*, Estocolmo 2008, págs. 23-24.

(7) Garland, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press 2001, pág. 143.

dad o, incluso, un derecho a sentirse seguro sigue generando debates que esencialmente no toman en consideración las necesidades de las víctimas, sino que giran alrededor de la creación de nuevos poderes o facultades para la policía o los tribunales.

La perspectiva de las víctimas durante las últimas décadas ha llevado a la sanción y aplicación de normas jurídicas internacionales y leyes internas que buscan proteger a las víctimas de los posibles efectos desfavorables asociados con las actuaciones penales y el riesgo de represalias, y que las apoyan en cuanto a la indemnización de pérdidas materiales y daños morales generados por el episodio victimizante (8).

Los discursos alrededor de las víctimas y el acceso a la justicia también pueden verse como indicadores de cambios fundamentales en el concepto de castigo. La teoría moderna sobre el castigo daba por supuesto que el castigo no estaría teñido por emociones sino, en cambio, estaría basado exclusivamente en consideraciones racionales. Por consiguiente, el castigo se realizaba a puerta cerrada, se ocultaba al público, y estaba a cargo de profesionales con la formación adecuada que perseguían objetivos racionales y procuraban evitar la reincidencia. Hoy en día observamos un desplazamiento hacia la reinserción del público en el proceso del castigo. Este proceso ha sido descrito recientemente en una publicación con el título de “El regreso del hombre de la bolsa; o la llegada del castigo posmoderno?” (9), que pone el énfasis en distintos fenómenos como por ejemplo las filas de prisioneros encadenados (*chain gangs*), las “prácticas desacreditantes” (*shaming*), o las “registros de delincuentes sexuales”. Estos fenómenos evidentemente reflejan características del castigo premoderno. Los cambios se han hecho visibles en la legislación relativa a las víctimas en los países que mantienen la pena de muerte. Estas leyes permiten a los familiares de las víctimas de homicidio estar presentes en la ejecución. Puede advertirse que la reciente preocupación por la víctima del delito es a la vez una preocupación por la gravedad del hecho. Este es un desplazamiento teórico que se aleja de la prevención individual y vuelve a la retribución como “castigo justo”, y al sufrimiento y estigma como respuesta al delito. El nuevo punitivismo que se diagnostica actualmente en muchos países también se explica a partir de una nueva perspectiva sobre el castigo que pone el énfasis

(8) Jung, H., *Zur Renaissance des Opfers - ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte*. Zeitschrift für Rechtspolitik 33(2000), págs. 159-163; Council of Europe (Ed.): *Victims - Support and assistance*. Estrasburgo: Consejo de Europa 2006.

(9) Pratt, J., *The Return of the Wheelbarrow Men; or, the Arrival of Postmodern Penalty?* BritJCrIm 40(2000), págs. 127-145.

sis en cuestiones emocionales y en el reforzamiento de valores, y en general en la función expresiva del castigo. La víctima del delito aquí funciona como un elemento justificador importante. El sufrimiento de la víctima impulsa a la vez la represalia y la incapacitación efectiva que servirá para prevenir ese sufrimiento en el futuro.

2. PERSPECTIVAS ANALÍTICAS Y TEÓRICAS

La relación entre la victimización penal y el acceso a la justicia se puede analizar desde diferentes perspectivas.

Las víctimas, el acceso a la justicia, la justicia restaurativa, la reconciliación entre víctima y delincuente y el regreso de las normas consuetudinarias

La preocupación por las víctimas ha alentado nuevos intentos de integrar políticas dirigidas a las víctimas con enfoques de justicia restaurativa, reconciliación entre víctima y delincuente y, en algunas regiones del mundo, con enfoques basados en la justicia tradicional, el derecho consuetudinario o la justicia informal (10). En este contexto, el énfasis recae en reempoderar a las víctimas y a la comunidad, y en adoptar teorías de la justicia centradas en el resarcimiento y la mediación. Sin embargo, resulta claro que los sistemas de justicia tradicionales traen aparejadas un gran número de dificultades (11). Varias concepciones tradicionales de la justicia, que están intrínsecamente basadas en formas premodernas de generar solidaridad e integración social, ponen en riesgo aspectos tales como la igualdad, el debido proceso y la transparencia (12). Además, los sistemas de justicia tradicionales dependen de determinadas estructuras y condicionamientos sociales que ya no existen en las sociedades modernas. Los sistemas de reconciliación entre la víctima y el victimario, así como

(10) The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.): *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*. Leuven: Leuven University Press 2000; véase, por ejemplo, Wardak, A., *Building a post-war justice system in Afghanistan*. *Crime, Law & Social Change* 41(2004), pp. 319-341.

(11) Albrecht, H.-J., *Conflict Perspectives: Dealing with Wrongs in the Middle East*, en: Albrecht, H.-J., Simon, J.-M., Rezaei, H., Rohne, H.-C., Kiza, E. (eds.): *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies – Between Tradition and Modernity*. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht. Interdisziplinäre Forschungsberichte aus Strafrecht und Kriminologie I 13. Duncker & Humblot. Berlín 2006, págs. 1-12.

(12) Miller, L., Perito, R., *Establishing the Rule of Law in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington 2004.

otras formas de responder al delito y a la victimización, funcionan adecuadamente sólo bajo la “sombra” del proceso penal y el castigo estatal (13).

El enfoque basado en las necesidades de las víctimas

El enfoque dominante hoy en día se centra en las “necesidades de las víctimas”. Sin embargo, la identificación de las necesidades (o intereses) legítimos de las víctimas rara vez se basa en investigaciones empíricas, sino que está guiada por las actividades de distintos actores, entre ellos los servicios sociales y las organizaciones de víctimas. Una fuerza muy importante que se esconde detrás del giro hacia estas “necesidades de las víctimas” es la creciente conceptualización de los organismos de la justicia penal como servicios, que se asocia con los problemas de justificación del derecho penal en sociedades con índices elevados de criminalidad (en las que el Estado evidentemente no tiene la capacidad de prevenir el delito). En Europa también expresa, por ejemplo, la voluntad política de proteger y de poner a la víctima bajo el paraguas del estado de bienestar (14).

Conflictos de interés y de valor

Otra perspectiva relativamente bien desarrollada tiene por objeto identificar áreas de conflictos de interés (y de valor) y formas de balancear esos conflictos. Los intereses de las víctimas no necesariamente están en conflicto con los del delincuente, o los del imputado, procesado o condenado. El Consejo de Europa subrayó esto, por ejemplo, en sus Recomendaciones sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal (No R (85) 11). En ellas (al igual que en muchos otros documentos regionales e internacionales) se sostiene que las medidas para proteger y ayudar a la víctima de un delito no necesariamente están en conflicto con los otros objetivos del derecho penal y del proceso, como el refuerzo de las normas sociales y la rehabilitación de los delincuentes, sino que pueden contribuir a su consecución y a una eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente. Sin embargo, existen pruebas contundentes de que cuando se toman en consideración seriamente las necesidades de las víctimas, estos conflictos de interés pueden surgir en distintas etapas del proceso penal.

(13) Spittler, G., *Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen*. Zeitschrift für Rechtssoziologie 1(1980), págs. 4-32.

(14) Wergens, A., *Crime victims in the European Union*. Brottsoffermyndigheten, Umeå 2000.

Entre algunos ejemplos de cierta notoriedad están las decisiones de no perseguir penalmente o las políticas del tipo de la suspensión del proceso a prueba, que se han aplicado con el objeto de proteger a los delincuentes (en particular a los jóvenes) del estigma asociado con el haber sido juzgado públicamente, y de los sistemas de justicia de menores basados esencialmente en su capacidad de educación, rehabilitación y reinserción. En muchos sistemas jurídicos las víctimas no tienen voz en el proceso de toma de decisiones relativo a la no persecución penal (15); algunos sistemas de justicia de menores suspenden los derechos que las víctimas poseen en el sistema para mayores en aras del interés del menor (delincuente). La protección de los testigos o víctimas vulnerables a través de un sistema de video o de televisión de circuito cerrado interfiere con el derecho del imputado de enfrentar al testigo y someterlo a un interrogatorio con preguntas en un juicio público (16). El conflicto más reciente ha surgido en el marco de la legislación en materia de delitos sexuales y puede advertirse en el rápido crecimiento de disposiciones en materia de registros de delincuentes sexuales, que brindan acceso a la información personal de las personas condenadas por delitos sexuales no solamente a las víctimas sino a toda la sociedad (es decir, a las víctimas potenciales). En este caso lo que debe sopesarse frente a la protección de las víctimas (potenciales) de delitos sexuales es el derecho a la intimidad y a la dignidad humana de las personas en libertad condicional y los ex presidiarios, y su exposición al estigma social y las sanciones informales (17).

Víctimas y derechos humanos

Desde una perspectiva jurídica es interesante ver si, y en qué medida, los derechos humanos y las libertades civiles básicas exigen el reconocimiento de los intereses de las víctimas dentro y fuera del proceso penal, y crean la obligación de legislar con arreglo a esas necesidades e intereses. En efecto, el trato a las víctimas de delitos (y a los testigos) debe ser respetuoso de sus derechos básicos a la dignidad humana y la intimidad en el curso de los interrogatorios o sesiones de preguntas. Un ejemplo claro de esto es cómo se pasó de ver el tráfi-

(15) Albrecht, H.-J., *Simplification of Criminal Procedure: Settlements out of Court - A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*. South African Law Commission, Research Paper 19. Pretoria 2001.

(16) Albrecht, H.-J., *Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren*. In: *Vom Umgang der Justiz mit Minderjährigen*. Schriftenreihe Familie und Recht. Bd. 13. Hrsg. L. Salgo. Neuwied 1995, 3-30.

(17) Para un resumen, véase Maguire, M., Kemshall, H., Noaks, L., Wincup, E., Sharpe, K., *Risk Management of Sexual and Violent Offenders: The work of Public Protection Panels*. Police Research Series, Paper 139, Londres 2001.

co de personas como un problema de observancia de la ley vinculado al crimen organizado, y se empezó a tomar como una violación grave a los derechos humanos (18). Los problemas de servidumbre y de mano de obra esclava siguen sin resolverse a pesar de la proclamación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de que “[n]adie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre”. Así, el tráfico de personas también es una cuestión de importancia en cuanto a la protección de las víctimas y el acceso a la justicia (19).

Esta relación entre el tráfico y la situación de las víctimas puede servir para subrayar que la cuestión de las víctimas y el acceso a la justicia está vinculada con varias otras cuestiones en materia de política criminal. Las víctimas de tráfico de personas, por ejemplo, se ven a menudo presas en una complicada red de disposiciones jurídicas, prácticas e intereses modelados por desarrollos históricos, juicios morales, y cuestiones políticas altamente sensibles como el crimen organizado, la inmigración (ilegal), el bienestar de los jóvenes, los problemas del mercado de trabajo, la violencia de género, la prostitución, la pornografía y la industria del sexo. Las políticas en materia de observancia de la ley, del control de la inmigración, de los movimientos contra la prostitución, y de apoyo y asistencia a las víctimas pueden provocar conflictos en su aplicación y suscitar la pregunta de cómo compatibilizar las distintas perspectivas e intereses en conflicto. El debate sobre el tráfico de personas y las preocupaciones planteadas llevan a pensar que lo que predomina es la perspectiva centrada en la represión del delito, y que los intereses de las víctimas se dejan de lado o simplemente se utilizan para avanzar los intereses de esa lucha contra el delito (20).

Control de la implementación de políticas en materia de apoyo a las víctimas

Por último, la cuestión de la implementación y la evaluación conducen a la pregunta acerca de cómo se aplican las políticas y la ley en la práctica cotidiana, y cuáles son los efectos observables de esa implementación. La evaluación de la legislación en materia de apoyo a las víctimas es de vital importancia, puesto que su introducción está basada en el presupuesto de que esa legislación satisface las exigen-

(18) Declaración de Berlín de la Asamblea Parlamentaria de la OSCE y las resoluciones adoptadas durante la onceava sesión anual, Berlín, 10 de julio de 2002, pág. 22.

(19) Albrecht, H.-J., *Trafficking in Humans and Human Rights*. In: Parmentier, S., Weitekamp, E. G., Elsevier, M. (eds.): *Crime and Human Rights*. JAI Press, Amsterdam et al. 2007, pp. 39-71.

(20) Herz, A., *Strafverfolgung von Menschenhandel*. Berlín 2005.

cias del principio de proporcionalidad. Este principio en última instancia exige que, tomados en su conjunto, los resultados positivos de la legislación en términos de brindar efectivamente acceso a la justicia a las víctimas sean más significativos que los perjuicios que sufre el imputado en un proceso penal.

Cuando observamos las políticas criminales y en materia de víctimas, vemos un reacomodamiento de las responsabilidades y una nueva ponderación de los intereses que deben tomarse en consideración en el proceso penal. Dicho reacomodamiento da como resultado una nueva arquitectura del derecho penal y del proceso penal en su conjunto.

3. VÍCTIMAS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA FORMULACIÓN INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

En las últimas décadas el acceso a la justicia para las víctimas ha figurado en la agenda de muchos órganos legislativos nacionales e instituciones internacionales. Los documentos e instrumentos jurídicos internacionales y regionales demuestran el ritmo al que se han movido las políticas afines a las víctimas y su implementación práctica. Recientemente hemos visto que las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (21) han sido un paso exitoso en la formulación de directrices de carácter general por parte de los poderes legislativos y los sistemas judiciales nacionales.

Las Naciones Unidas comenzaron a abordar las necesidades de las víctimas en la primera mitad de los años 1980. La Asamblea General adoptó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder mediante la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. En ella se reconoció por primera vez a nivel internacional la importancia de las víctimas y la necesidad de dictar leyes que faciliten el acceso a la justicia no solamente a las víctimas de delitos, sino a todas las personas que hayan sido victimizadas por abusos de poder. En 1999 se aprobó una “Guía para la elaboración de políticas públicas y un Manual sobre justicia para las víctimas”. El Estatuto de Roma en 1999 establece que la Corte Penal Internacional (y las Reglas de procedimiento y prueba) debe abordar la cuestión de las víctimas, al igual que la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo (2000) y su protocolo facultativo de 2002 contra el tráfico ilícito, que incluye

(21) Ministerio Público de la Defensa: Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Buenos Aires 2008.

disposiciones específicas en materia del trato que se debe dar a las víctimas. El Consejo Económico y Social (ECOSOC) adoptó en 2002 las Directrices sobre Justicia Restaurativa y las Directrices para la Prevención del Delito, y en 2005 las Directrices relativas a los niños víctimas y testigos de delitos. La Asamblea General ha dictado los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. El Proyecto de Convención de las Naciones Unidas en materia de justicia y apoyo a las víctimas de delitos y de abuso de poder (de 14 de noviembre de 2006) resume las normas en materia de justicia penal relativas a las víctimas y exige:

- Garantías procesales en cuanto a la confidencialidad de las actuaciones y el respeto a la intimidad de las víctimas;
- El derecho de las víctimas a estar informadas sobre el curso de la investigación penal o administrativa así como de los derechos que poseen;
- El derecho a una indemnización plena;
- Asistencia (en el corto, mediano y largo plazo) para poder afrontar los efectos adversos de la victimización;
- Protección efectiva a las víctimas contra represalias.

Si bien el artículo 6º del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes de la Convención contra la Delincuencia Transnacional de 2000 pone de relieve la sanción de disposiciones penales y medidas de observancia contra el tráfico ilícito, también aborda la asistencia y la protección a las víctimas de este delito. La intimidad e identidad de las víctimas de tráfico ilícito de personas debe protegerse a través de la confidencialidad de las actuaciones judiciales. Deberán implementarse medidas que faciliten información sobre el tribunal y las actuaciones administrativas correspondientes. También debe tomarse en consideración la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de tráfico ilícito. Se les debe otorgar una vivienda, asesoría jurídica e información apropiadas tomando en consideración su edad, sexo y sus necesidades específicas. Deben abordarse las cuestiones relativas a la reparación, puesto que incluyen cuestiones de derecho migratorio, en particular en lo que se refiere al permiso para permanecer en el territorio del país receptor. El artículo 8 hace referencia también a la relación entre el tráfico ilícito y la inmigración con las cuestiones relativas a la repatriación, entre ellas cuestiones como la verificación de identidad y la emisión de documentos de viaje.

El Consejo de Europa viene tratando la cuestión de la indemnización a las víctimas de delitos mediante fondos públicos desde co-

mienzos de los años 1970, lo que eventualmente dio como resultado el Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos de 1983 (22). El Convenio entró en vigor en 1988. Sus objetivos abarcan introducir o desarrollar sistemas para que se indemnice a las víctimas por los daños materiales y morales sufridos, y establecer estándares mínimos en materia de indemnizaciones. El Convenio establece que el Estado en cuyo territorio se hubiera producido el delito deberá indemnizar a los nacionales de los Estados parte del Convenio, así como a los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que tengan residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se cometió el delito. Tendrán derecho a esta indemnización aquellas personas que hubieran sufrido lesiones graves o daños en su salud como resultado directo de un delito doloso violento, y las personas que estuvieran a cargo de la persona fallecida como consecuencia de un delito de esa clase. Dicha indemnización se concederá aun si el autor no pudiese ser perseguido o castigado. La indemnización cubrirá, por lo menos, la pérdida de ingresos, los gastos médicos y de hospitalización, los gastos funerarios y, cuando se trate de personas a cargo, la pérdida de alimentos. La indemnización dependerá de lo que la víctima hubiera podido recibir de cualquier otra procedencia. El Convenio obliga a los Estados parte a que designen una autoridad de aplicación encargada de recibir y tramitar las solicitudes presentadas por otro Estado en relación con el Convenio. El Consejo de Europa dictó luego las Recomendaciones relativas a la asistencia prestada a las víctimas de delitos y la prevención de la victimización, el 16 de septiembre de 1987.

Más recientemente el Consejo de Europa formuló las Directrices sobre la protección de las víctimas de ataques terroristas (23). En ellas, se reconoce que el sufrimiento de las víctimas de ataques terroristas merece el apoyo y la solidaridad tanto nacionales como internacionales. Las directrices ponen de relieve que los estados están obligados a tomar las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de todas las personas que estén en su jurisdicción de la violencia de los ataques terroristas, en particular el derecho a la vida. Apuntan también al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establecen que los estados tienen el deber de brindar protección efectiva a la vida humana (24). Con arreglo a las directrices, los Estados deben garantizar

(22) OJ L 63E, 4.3.1997, pág. 2.

(23) Adoptada por el Comité de ministros el 2 de marzo de 2005 en la 917ª reunión de Representantes Ministeriales.

(24) Véase las Directrices sobre la protección de las víctimas de ataques terroristas (adoptadas por el Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2005, en la 917ª reunión de Representantes Ministeriales).

que las personas que hubiesen sufrido lesiones físicas o psicológicas como consecuencia de un ataque terrorista, así como en algunos casos sus familiares cercanos, puedan beneficiarse de los servicios y medidas prescritos en ellas. Las directrices contienen algunos principios que reflejan bastante bien los principios que se han elaborado en relación con las víctimas de otros delitos violentos. El enfoque relativo a las víctimas de terrorismo recepta el principio según el cual recibir servicios y asistencia no depende de que se identifique, detenga, persiga y/o eventualmente condene al responsable del ataque terrorista, y el derecho a la dignidad y a la vida privada y familiar de las víctimas de terrorismo, que deben protegerse de la intrusión de los medios de comunicación. Se destaca la importancia de la asistencia de emergencia así como la asistencia médica, psicológica, social y material a largo plazo. Además, se pone de relieve el deber de realizar una investigación efectiva del acto terrorista, un deber que está en consonancia con las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de la vida humana (25). En caso de que se adopte una decisión de no perseguir, se recomienda que los Estados otorguen a las víctimas el derecho a recurrir esa decisión. Deben facilitar a las víctimas de ataques terroristas acceso a la justicia efectivo, y su posición debe recibir un reconocimiento adecuado en el marco de las actuaciones penales. La indemnización del daño deberá ser equitativa, apropiada y oportuna, y no debe ser afectada por cuestiones territoriales. La indemnización material debe estar acompañada de un apoyo adecuado a efectos de brindar asistencia en cuanto a otros efectos de los actos terroristas. Se exigen también medidas de protección al derecho a la intimidad y la vida familiar ante la intromisión de los medios de comunicación, al igual que la protección de los testigos ante amenazas a su vida y seguridad personal que puedan producirse con motivo de su declaración en procesos penales por terrorismo. Esto último evidentemente hace referencia a las normas contra el crimen organizado en las que se ha reconocido como una cuestión de vital importancia la protección de las víctimas y los testigos. Las directrices también hacen referencia a la necesidad de brindar información a las víctimas de actividades terroristas y, junto con las conocidas políticas generales en materia de normas de información a las víctimas, hacen referencia específicamente a la información relativa a los procesos penales, a los derechos de las víctimas y al apoyo y asistencia a las víctimas. Las directrices concluyen instando a los países a que establezcan programas de formación específicos para los funcionarios encargados de atender a las víctimas de terrorismo. Hasta el momento las directrices reflejan las normas

(25) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de marzo de 2000, Kiliç vs Turquía; 18 de mayo de 2000, Velikova vs Bulgaria.

generales en materia de apoyo e indemnización para las víctimas de delitos violentos. Al hacer hincapié en la protección de las víctimas en el marco de los procesos penales, la salvaguardia de su intimidad, el derecho a una indemnización equitativa y efectiva (que comprenda anticipos), y una formación adecuada para los funcionarios estatales con competencia en la materia, se abordan las principales cuestiones planteadas por los partidarios de los derechos de las víctimas durante los últimos treinta años.

La Unión Europea ha tratado el tema de las víctimas de delitos en varios Libros Verdes (26), declaraciones, decisiones marco emitidas por el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo. La atención que se presta a las víctimas ha quedado demostrada en distintas medidas como la acción común del Consejo (97/154/JHA) que procura combatir el tráfico ilícito de seres humanos y la explotación sexual de los menores (27), el Plan de acción del Consejo y de la Comisión de 1998 que trata sobre la mejor forma de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (en particular sus artículos 19 y 51.c) (28), la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social que lleva el título “Las víctimas de delitos en las Reflexiones de la Unión Europea en materia de normas y medidas” (29), la resolución de 12 de diciembre de 2000 sobre la iniciativa relativa a la Decisión marco del Consejo sobre el lugar de las víctimas en los procedimientos penales (30), y la Decisión marco definitiva de 15 de marzo de 2001 sobre esta misma cuestión (31). Al abordar el problema del terrorismo las declaraciones de la Unión Europea también reconocen que se debe brindar asistencia a las víctimas de terrorismo a efectos de contrarrestar eficazmente el objetivo terrorista de destruir la solidaridad social.

El establecimiento de una zona de libertad, seguridad y justicia toma en consideración las necesidades de las víctimas en la Unión Europea. El Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión (32), adoptado por el Consejo en 1998, instó a abordar la cuestión del apoyo a las víctimas a través de realizar un análisis comparativo de los sistemas de indemnización para víctimas y evaluar si era posible tomar

(26) Comisión de las Comunidades Europeas: Libro verde. Indemnización a las víctimas de delitos (presentado por la Comisión) Bruselas, COM (2001) 536 final, 28 de septiembre de 2001.

(27) ETS número 116.

(28) OJ 19E, 23/1/2001, pág. 5.

(29) OJ C 59E, 23/02/2001, pág. 36.

(30) 1 OJ C 232, 17/08/2001, pág. 36.

(31) OJ L 81, 22/03/2001, pág. 1.

(32) OJ L 82, 22/03/2001, pág. 1.

medidas en el marco de la UE. La Comisión presentó una Comunicación sobre víctimas de delitos en 1999 (33) que abarcaba no solamente los aspectos relativos a la indemnización sino también otras cuestiones que podrían abordarse para mejorar la situación de las víctimas en la UE. Las conclusiones del Consejo Europeo en Tampere, en 1999, instaban a la formulación de normas mínimas en materia de protección a las víctimas, en particular en materia de acceso a la justicia y el derecho a la indemnización por daños. También instó a la creación de programas nacionales que permitiesen financiar medidas de apoyo, y a la protección efectiva de las víctimas. Por décadas el Parlamento Europeo ha apoyado firmemente las mejoras en los sistemas de indemnización a las víctimas. El Consejo ha adoptado una decisión marco (34) relativa al lugar de las víctimas en los procesos penales el 15 de marzo de 2001. Dicha decisión marco, que se basa en el título VI del Tratado de la Unión Europea, prevé la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar que las víctimas de delitos puedan obtener una decisión sobre los daños civiles en el marco del proceso penal. Un estudio en profundidad (35) relativo a la posición de las víctimas de delitos en la UE abarcaba, entre otros aspectos, las posibilidades que las víctimas tenían de percibir una indemnización por parte del Estado con arreglo al derecho interno de los Estados parte. El resultado de este estudio se publicó como Libro verde sobre la indemnización a las víctimas de delitos (36). En él se sostiene que una zona de libre movimiento, justicia y seguridad necesita que se tomen en consideración las necesidades de las víctimas y se elaboren normas jurídicas básicas comunes. También hace referencia a los principios de no-discriminación y al derecho a ser oído, al igual que a las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo que establecen determinadas normas básicas (37).

El estudio constató que las normas en vigor en materia de indemnización a las víctimas abarcan en principio a tres grupos: víctimas directas, indirectas y terceros (victimizados en virtud de su ayuda a las víctimas, o a raíz de intervenciones oficiales dirigidas a asistir a las víctimas). La mayoría de los sistemas abarcan a todas las víctimas, independientemente de su nacionalidad y derecho de residencia;

(33) OJ C 19, 23/01/1999, p. 1, punto 51c).

(34) OJ L 82, 22/03/2001, p. 1.

(35) Wergens, A., *Crime victims in the European Union*. Brottsoffermyndigheten, Umeå 2000.

(36) Comisión de las Comunidades Europeas: Libro verde. Indemnización a las víctimas de delitos (presentado por la Comisión) Bruselas, COM(2001) 536 final, 28.09.2001.

(37) Caso nro 186/87 Ian William Cowan v. Trésor public [1989] ECR 195; caso Rolf Gustafson v. Sweden, decision de 27 de mayo de 1997.

algunos exigen reciprocidad en caso de personas que no son ciudadanos de la UE. En general, se exige que la víctima haya sufrido un delito violento o doloso. El tipo de daños que puede ser indemnizado a través de estos sistemas cubre, en primer lugar, los gastos médicos, y parcialmente también los daños a la propiedad. Todos los miembros consideran las incapacidades permanentes como daños indemnizables. Existen diferencias significativas con respecto a la aplicación del principio de subsidiariedad. En general se exige la presentación de una demanda formal ante las autoridades competentes dentro de un período determinado, aunque variable. Prácticamente todos los estados parte permiten la entrega de anticipos. El fundamento básico para el establecimiento de legislación en materia de indemnización a las víctimas en toda la Unión Europea guarda relación, más allá de las cuestiones de política criminal, con la solidaridad social y la equidad. Estos principios fundamentales también subyacen al Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos de 1983. Otros Estados parte asocian la necesidad de que el Estado prevea sistemas de indemnización para las víctimas con sus políticas criminales. Si bien reconocen que el principal responsable de indemnizar a las víctimas es el delincuente, en todas partes se sostiene que la mayoría de las víctimas no pueden obtener una indemnización de los responsables debido a una serie de factores. El Libro verde concluye a partir de esto que la función de los sistemas de indemnización estatales es la de proporcionar una red de contención para las víctimas. Por consiguiente, no debería sorprender que el enfoque general adoptado procure optimizar el derecho de las víctimas a percibir una indemnización sin tomar en consideración en absoluto los costos y problemas asociados con un sistema de redistribución de los fondos públicos de esas características (fondos que en última instancia provienen de la sociedad civil mediante los impuestos).

La necesidad de adoptar una política común en la Unión Europea se justifica especialmente en virtud de los obstáculos que surgen de las situaciones transfronterizas. Esta política guarda relación con la información disponible respecto de tres cuestiones: la posibilidad de obtener una indemnización por parte del Estado, la posibilidad de presentar una petición de indemnización a la autoridad correspondiente, y la investigación que debe realizarse a partir de la presentación de una solicitud. Se hace referencia a la cooperación judicial entre los Estados parte respecto de la documentación correspondiente y la admisibilidad de las pruebas (38). Una resolución del Parlamento

(38) 21 Reglamento (EC) No 1348/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, OJ L 160, 30. 6. 2000, pág. 37. Reglamento (EC) No 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre

Europeo (39) acoge con satisfacción este Libro verde (40) y enfoca la cuestión de la indemnización y la asistencia a las víctimas desde una perspectiva que pone el énfasis en la libertad ambulatoria en condiciones de seguridad y justicia, en lo costosa que es para los ciudadanos de la UE la victimización penal y en la necesidad de reconocer a las víctimas indirectas.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores también ha acogido con satisfacción el Libro verde de la Comisión sobre indemnización a las víctimas de delitos, y declaró que la UE deberá adoptar disposiciones comunitarias vinculantes a efectos de crear una zona de justicia común para los ciudadanos que sean víctimas de delitos. El Comité sostuvo que para ser plena y eficaz, esa indemnización deberá abarcar tanto el daño material como el moral, e instó a la Comisión a que abordase las cuestiones relativas a los plazos para la presentación de las demandas, las garantías procesales y la introducción de formularios armonizados en todos los lenguajes comunitarios como una prioridad básica. Además, se establecen requisitos mínimos para la aplicación de la responsabilidad estatal subsidiaria y se establece que el derecho a la indemnización es independiente de la nacionalidad del peticionante. Por último, la declaración sostiene que debe aplicarse un sistema de asistencia mutua que permita resolver los problemas que las víctimas deben enfrentar en casos de victimización transfronteriza.

En línea con el trabajo preparatorio, el 29 de abril de 2004 se adoptó una directiva del Consejo relativa a la indemnización de las víctimas. Esta directiva tiene por objeto asegurar que, para el 1º de julio de 2005, cada Estado parte tenga en funcionamiento un sistema interno que garantice una indemnización equitativa y apropiada para las víctimas de delitos. La directiva busca facilitar el acceso a una indemnización en la práctica e independientemente de en qué lugar de la Unión Europea la persona haya sido victimizada. Se procura simplificar la implementación de estas medidas a través de la creación de un sistema de cooperación entre autoridades nacionales que debería estar en funcionamiento el 1º de enero de 2006.

El enfoque que surge de las declaraciones y decisiones de la Unión Europea está en línea con el concepto tradicional del estado de bienestar, y significa un gran esfuerzo por hacer frente a todos los

los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, OJ L 174, 27 de junio de 2001, p. 1.

(39) Resolución del Parlamento Europeo relativa al Libro Verde de la Comisión sobre indemnización a las víctimas de delitos.

(40) OJ C 125E, 25/05/2002, p. 31.

riesgos que los individuos deben enfrentar en las sociedades modernas y por indemnizar plenamente los daños sufridos como resultado de esos riesgos. Va más allá de los alcances del estado de bienestar convencional indemnizar con los alcances del derecho de daños, y sólo se justifica una indemnización plena del daño cuando el que responde es el responsable del daño ocasionado. Por consiguiente, es difícil compatibilizar este enfoque con el hecho de que los sistemas de previsión social en todos los estados parte estén colapsados, y de que muchos de ellos hayan sufrido recortes con el objeto de realizar una nueva evaluación de lo que es responsabilidad del Estado y lo que cae bajo la responsabilidad de los particulares. Rara vez se examinan los problemas de fraude o uso indebido de estos sistemas públicos de indemnización.

Las declaraciones hacen referencia permanentemente a la solidaridad. Este concepto se pone de relieve en particular en los casos de víctimas de ataques terroristas y en los estados que han sido víctimas del terrorismo. En la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo por la que el Consejo de Europa respondió a las masacres de Madrid se subraya la necesidad de brindar asistencia a las víctimas de terrorismo por medio de la adopción de una Directiva sobre la indemnización a las víctimas. El Consejo exige que la Comisión asigne los fondos disponibles en el presupuesto de 2004 para ayudar a las víctimas de ataques terroristas. También hace referencia a la protección efectiva de los testigos en casos de terrorismo y a la victimización indirecta en términos de las minorías particularmente amenazadas o en riesgo ante un rebrote del fenómeno terrorista (41). Se debe prestar particular atención a las represalias contra dichas minorías puesto que esto forma parte de las estrategias terroristas dirigidas a destruir los lazos de solidaridad social y a instaurar un clima de miedo y de odio racial y religioso que contribuya al aumento de la violencia.

4. CUESTIONES PROCESALES Y DE DERECHO DE FONDO RELATIVAS AL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS

4.1 Cuestiones de derecho de fondo

En el tema del acceso a la justicia se han planteado cuestiones procesales y de derecho de fondo. Desde el punto de vista del derecho sustantivo no solamente importa el acceso a una indemnización o restitución, sino también el acceso a los procesos penales. El tema de la indemnización evidentemente está relacionado con las normas

(41) Véanse también las Conclusiones y el plan de acción de la reunión extraordinaria del Consejo Europeo de 22 de septiembre de 2001, SN 140/01, pág. 4.

del proceso penal que permiten disponer la reparación del daño o la restitución del bien; también guarda relación con las normas que explican la relación entre la indemnización civil y las penas pecuniarias, como las multas, que el Estado percibe y la prioridad entre ellas. Como una proporción significativa de los delitos cometidos queda sin culpable, es necesario abordar en ese marco la cuestión de los fondos de indemnización para las víctimas, los sistemas de asistencia y las indemnizaciones con dineros públicos.

El acceso a la justicia también puede concebirse como acceso al castigo y, de esa forma, surge la pregunta de si la víctima debe tener el derecho de participar en la decisión de cómo se debe castigar al delincuente. Las prácticas de reconciliación entre la víctima y el victimario a veces se parecen mucho a un castigo. En particular las prácticas de descrédito y de confrontación dan por sentado que a través de un proceso de mediación y reconciliación es posible evocar el estigma social y las respuestas punitivas, y de esa forma optimizar la prevención especial negativa.

Otra forma de extender el acceso a la justicia son los enfoques que procuran mejorar el acceso a la seguridad a través de mecanismos de protección contra la victimización reiterada y contra delincuentes reincidentes. La divulgación de información relativa a delincuentes potenciales (como los registros de delincuentes sexuales) se justifica sobre la base de procurar disminuir la reincidencia en materia de delitos sexuales. Las leyes que prohíben el acoso o el hostigamiento se justifican a través de la protección a las víctimas ante una eventual escalada del nivel de violencia (42). Los enfoques de tolerancia cero en materia de violencia familiar procuran interrumpir de forma eficaz la violencia reiterada contra mujeres y niños (43). Hay en este contexto leyes de enorme contenido simbólico caracterizadas por la promesa de reducir los riesgos y, con ello, disminuir el miedo (o la sensación de inseguridad).

Existe un amplio consenso actualmente en cuanto a que el derecho penal debe procurar que el delincuente indemnice a la víctima en el marco del proceso penal, ya sea a través de ordenar una reparación o mediante la incorporación de la demanda civil por daños y perjuicios a las actuaciones penales. Sin embargo, existe un consenso mucho menor respecto de qué principios deben adoptarse cuando el

(42) Albrecht, H.-J., *Stalking – Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung*. Familie Partnerschaft Recht 12(2006), pp. 204-208.

(43) Lindström, P., *Violence against Women in Scandinavia: a Description and Evaluation of two new Laws Aiming to Protect Women*. Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention 5(2004), págs. 220-235.

encargado de indemnizar a las víctimas es el Estado (en caso de que no se pueda obtener la indemnización del delincuente).

La legislación en vigor en materia de indemnizaciones permite hablar de dos modelos: uno que tiende a establecer como requisito una indemnización plena (en particular respecto de las lesiones y el dolor sufridos), y que adopta el enfoque del derecho de daños como modelo básico; el otro, busca su legitimación en el bienestar social y responde ante la existencia de necesidades económicas críticas y de asistencia psicológica o de otro tipo producto del delito violento (o de otra conducta dañosa). Este modelo está sujeto al principio de subsidiariedad e impide que el Estado y la sociedad actúen en reemplazo del delincuente cuando éste no fue identificado, está muerto, o no tiene la capacidad económica de indemnizar plenamente a la víctima.

A esta altura parece claro que no es posible justificar un modelo de indemnización plena (que siga el enfoque del derecho de daños). Este modelo se basa en el concepto de daños punitivos y, con eso, en el concepto de culpa. Este enfoque pone una presión excesiva en la solidaridad social puesto que da lugar a problemas de trato desigual en lugar de procurar mejorar la integración social. Las demandas legales entabladas en Moscú luego de la toma de rehenes en el teatro que reclamaban (sin éxito) millones de dólares en concepto de indemnización en un país en el que el ingreso mensual promedio no supera los 200 dólares. Esto demuestra claramente el tipo de problemas que surgen cuando se genera la expectativa o se promete una indemnización plena del daño sufrido.

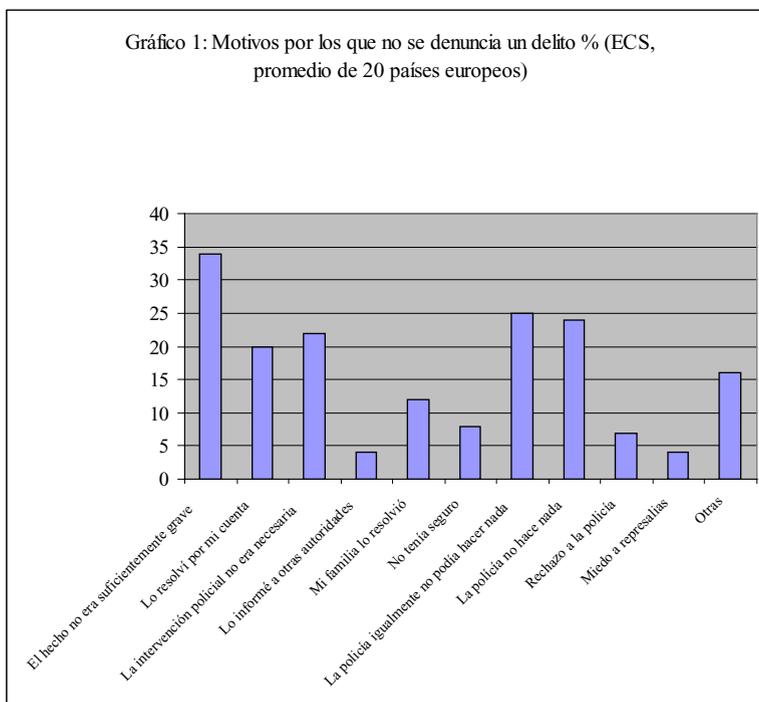
La participación de las víctimas en los procesos penales suele traer aparejada su participación en la etapa de imposición y cumplimiento de la pena. Las declaraciones de las víctimas sobre las repercusiones del delito, el derecho a estar presente en la ejecución de un condenado, la declaraciones en las audiencias relativas a la libertad condicional, las normas sobre los registros de delincuentes sexuales, y la actuación de las víctimas como querellantes como una parte más, con derechos procesales plenos, que se reconocen en algunas partes de Europa continental apuntan a un cambio significativo de un modelo centrado en la prevención individual hacia una teoría del castigo basada en la prevención general. Las normas en materia de asistencia a las víctimas prevén un grado mayor de punición. Como ha señalado Schuenemann, estas normas tienen la capacidad de intensificar y potenciar el enfoque retribucionista del castigo (44).

(44) Schünemann, B., *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*. Neue Zeitschrift für Strafrecht 6(1986), págs. 193-200.

4.2 Aspectos procesales

4.2.1. La denuncia

Desde el punto de vista procesal, la cuestión más elemental es la posibilidad de presentar una denuncia contra una persona por un delito. Esto no es tanto un problema desde el punto de vista de establecer un derecho general a informar a las autoridades de la justicia penal de un acto de victimización. La cuestión, en cambio, es si existen problemas en la práctica. Las encuestas de víctimas han abordado la pregunta de por qué algunas víctimas hacen la denuncia de un delito mientras otras no. Los resultados demuestran que la mayor parte de las víctimas no lo denuncia porque considera la victimización algo sin importancia (véase por ejemplo la encuesta 2005 ECS, en el gráfico 1 *infra*) (45). Sin embargo, algunas víctimas evidentemente no denuncian la comisión de un delito por miedo a las represalias u otras cargas o dificultades que pueden resultar del acto de informar a las autoridades (46).



Fuente: ECS data.

(45) Arnold, H., *Kriminelle Viktimisierung und ihre Korrelate*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986), págs. 1014-1058.

(46) Véase también Tarling, R., Dowds, L., Budd, T., *Victim and Witness Intimidation: Findings from the British Crime Survey*. Home Office, The Research, Development and Statistics Directorate, Londres 2000.

Todas las víctimas de delitos están en una posición de vulnerabilidad. Esto ha quedado claramente demostrado por el hecho de que han sido victimizadas. La vulnerabilidad surge entonces con la decisión de denunciar un delito y con las consecuencias de iniciar un proceso penal. La decisión de denunciar un delito en muchos casos tiene consecuencias desfavorables para la posición social de la persona, o la relación entre la víctima y su victimario; actuar como testigo en un juicio penal también puede tener consecuencias desfavorables. Pero esas consecuencias deben aceptarse puesto que son producto de las obligaciones que trae aparejada la ciudadanía plena y la necesidad de llevar a cabo procedimientos penales eficazmente, lo que a su vez constituye un elemento fundamental del estado de derecho y de la protección de los valores e intereses fundamentales. Solamente se exige que los individuos acepten las consecuencias desfavorables que no van más allá de lo que se considera tolerable en una sociedad democrática sin exigir una reparación.

Algunas víctimas pueden tener bloqueado el acceso a la justicia en virtud de determinadas vulnerabilidades cuyo origen no es otro que la persona de la víctima, las características del hecho victimizante, o los riesgos que conlleva la posición de víctima en el marco de un proceso penal. Los niños, las víctimas de tráfico ilícito, o las víctimas de delitos sexuales representan este tipo de víctimas en situación de vulnerabilidad para las que hemos procurado encontrar soluciones concretas en las últimas décadas (47). Sus vulnerabilidades se deben a:

- La situación y el estadio de desarrollo, así como la situación de dependencia de los niños;
- La situación de un inmigrante ilegal y el riesgo de deportación como consecuencia de denunciar un hecho de tráfico ilícito;
- La traumatización primaria y secundaria asociada, por ejemplo, con los delitos sexuales violentos o con la violencia terrorista en gran escala.

Otras vulnerabilidades específicas pueden ser producto de la pobreza, la falta de recursos económicos o de capacidades sociales.

El acceso a la justicia puede estar limitado para algunas víctimas en virtud de la amenaza de represalias (48). El miedo a represalias

(47) Kitchen, S., Elliott, R., *Key findings from the Vulnerable Witness Survey*. Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Findings 147. Londres 2001.

(48) Tarling, R., Dowds, L.: Budd, T., *Victim and Witness Intimidation: Findings from the British Crime Survey*. Home Office, The Research, Development and Statistics Directorate, Londres 2000.

violentas ha sido considerado recientemente un problema central que afecta a la población de los barrios desaventajados (49). Si bien el problema puede explicarse en virtud de la evidente falla por parte de la comunidad de proporcionar la cohesión social necesaria y, con ella, mecanismos eficaces de control social y protección informales, las sociedades modernas por un lado han perdido su capacidad de establecer y mantener mecanismos eficaces de control social formales, y por el otro, han contribuido a generar situaciones en las que los individuos y algunos grupos sociales están expuestos a riesgos de este tipo.

Se han ensayado distintas respuestas a la cuestión de cómo incluir a las víctimas en situación de vulnerabilidad y cómo compensar esta situación de vulnerabilidad:

Medidas para facilitar la denuncia de delitos y el inicio de investigaciones penales

El tema de la denuncia de hechos delictivos surgió como problema ya en los años 1970 particularmente en el campo de la violencia contra los menores. Debido a su estadio de desarrollo y/o a su elevado nivel de dependencia, los niños no están en posición de formular denuncias contra los responsables de acciones violentas o abandono que tienen estrecha relación con ellos. La forma en que se ha procurado solucionar esto ha sido poner en cabeza de los padres la obligación de llevar a sus hijos a realizarse controles médicos regularmente, y en cabeza de los médicos, enfermeras y del personal de las instituciones a las que asisten los niños, de informar cualquier sospecha de maltrato o descuido (50).

Neutralizar riesgos jurídicos

La Convención de la OCDE sobre corrupción, al igual que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Convenio sobre corrupción del Consejo de Europa contienen una disposición que insta a los países ratificantes a que dicten normas internas que disminuyan la responsabilidad civil y penal producto del facilitar información que pueda generar una pérdida económica significativa a un imputado. Esta exhortación parece haberse convertido en una política adoptada internacionalmente, especialmente en ámbitos como la delincuencia económica y la delincuencia organizada (51). Las po-

(49) US Atlantic Monthly March 6, 2007: On Baltimore's Mean Streets.

(50) Véase, por ejemplo, Waldfogel, J., *The Future of Child Protection*, Cambridge, 1998.

(51) Backes, O., Lindemann, M., *Staatliche organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions- und Wirtschaftsdelikten*. Heidelberg 2006.

líticas contra el tráfico ilícito de personas generalmente contienen propuestas para modificar la legislación en materia de inmigración, a efectos de otorgar permisos de residencia a los extranjeros víctimas de este delito (52).

Sistemas de protección para las víctimas

La respuesta que se ha desarrollado en el área de la delincuencia organizada tiene que ver con los programas de protección para víctimas y testigos que procuran compensar por la exposición a un riesgo concreto que significa asumir el rol de víctima en el marco de un proceso penal (53).

Protección de víctimas/testigos contra los efectos traumáticos y otros efectos desfavorables de la participación en procedimientos penales

Durante la década de 1990, las políticas que procuraban lidiar con los efectos traumáticos producto del delito llevaron al dictado de leyes dirigidas a proteger especialmente a las víctimas de delitos sexuales violentos:

- declaraciones testimoniales mediante cámaras de televisión de circuito cerrado durante el juicio;
- el uso de declaraciones pregrabadas de la víctima;
- la expulsión del acusado de la sala de audiencias durante la declaración de la víctima en el juicio; y
- la presión para lograr juicios abreviados (lo que hace innecesaria la declaración de la víctima como testigo en la audiencia).

Todas estas medidas forman parte de las normas dictadas en protección de las víctimas y tienen como presupuesto que deben evitarse la reiteración de interrogatorios respecto de un evento tramuatizante,

(52) Véase, en este sentido, la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 relativa a los permisos de residencia a corto plazo para víctimas de tráfico ilícito y personas que han sido introducidas ilícitamente con la cooperación de las autoridades competentes.

(53) Fijnaut, C., Paoli, L. (eds.): *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht 2004; see also Council of Europe Recommendation No. R (85) 11, *On the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Criminal Procedure*, No.16: “especially when organised crime is involved, the victim and his family should be given effective protection against intimidation and the risk of retaliation by the offender.” [“especialmente en los casos de delincuencia organizada se debe proporcionar a la víctima y su familia protección eficaz contra la intimidación y el riesgo de represalias”].

la confrontación con el victimario, las repreguntas por parte de las partes y la demostración del dolor y el sufrimiento de las víctimas en público (54).

El derecho a la asistencia letrada (para las víctimas)

Al admitir los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal, debemos analizar si debemos otorgar a las víctimas el derecho a contar con asistencia letrada durante las etapas de instrucción y juicio, y si dicha asistencia debe facilitarse en forma gratuita. Los instrumentos internacionales no dicen nada al respecto. Sin embargo, el principio de bienestar social y el derecho al debido proceso exigen que se otorgue asistencia letrada a las víctimas en la medida en que las sociedades facilitan esos servicios en general.

4.2.2 Información durante la etapa de investigación

Una preocupación básica es el derecho a obtener información durante el trámite de las actuaciones una vez que la denuncia ha ingresado en el sistema de justicia penal. Dicha información tiene que ver con la presentación de una acusación formal y el resultado de ese proceso de toma de decisiones (55).

4.2.3 Participación en las actuaciones

La cuestión procesal atañe a si la víctima puede tener una participación activa en el proceso y llevar adelante las actuaciones. Una participación de esas características puede redundar en interés del estado de derecho puesto que la participación de la víctima puede servir como control frente a decisiones discrecionales y aumentar la transparencia del proceso penal.

El derecho a ser oído antes de tomar decisiones definitivas es la forma de implementar esta participación. En ese marco, revisten particular importancia las decisiones de perseguir o no perseguir penalmente; el impacto de las declaraciones de las víctimas; y la participación de la víctima en las audiencias relativas a la libertad condicional.

(54) Véase el párrafo 4 del artículo 8º de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa a los derechos de las víctimas en el proceso penal.

(55) Véase el artículo 4º de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa a los derechos de las víctimas en el proceso penal: Derecho a recibir información.

A veces se permite a las víctimas participar activamente mediante legislación que regula su participación a los fines de decidir la cuestión de la indemnización civil, ya sea a discreción del tribunal o poniendo un derecho en cabeza de la víctima.

Algunas legislaciones europeas otorgan a la víctima (o a sus familiares) de determinados delitos (graves) el derecho a participar en el juicio con los mismos derechos que el fiscal (lo que implica el derecho a examinar las pruebas y a recurrir las decisiones del tribunal).

4.2.4 Integrar políticas por las que el delincuente pierde ciertos derechos patrimoniales con políticas en materia de indemnización a las víctimas

El acceso a la justicia podría facilitarse a través de integrar políticas relativas a la pérdida de derechos patrimoniales con políticas en materia de indemnización a las víctimas. Una política que tenga en cuenta el interés de la víctima de recibir una indemnización pecuniaria debería ampliar las posibilidades de incautación y de pérdida de derechos del imputado o del condenado sobre sus bienes. El derecho penal alemán, por ejemplo, estipula que la fiscalía deberá informar a la víctima (conocida) la incautación de bienes o hacer pública dicha incautación a efectos de permitir a las víctimas (cuya identidad no esté establecida) satisfacer sus derechos a recibir una indemnización (artículo 111, 3, III, IV del Código Procesal Penal alemán). La legislación procesal penal alemana también prevé la posibilidad de extender la duración de la incautación de bienes por tres meses más a fin de permitir a las víctimas iniciar acciones de daños (artículo 111 i) del Código Procesal Penal alemán).

5. IMPLEMENTACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA

No se ha hecho mucha investigación empírica acerca de cómo y en qué medida se han implementado las políticas de apoyo y protección a las víctimas. En la Encuesta Internacional sobre Criminalidad realizada en 2005 en la Unión Europea los estados miembro por primera vez procuraron hacer un relevamiento sistemático de información relativa al apoyo y asistencia que las víctimas reciben y sus percepciones y actitudes. El resultado no es muy alentador. Según esta encuesta, la mayoría de las víctimas (que manifestaron interés en recibir asistencia luego del hecho de victimización) no reciben apoyo de los organismos especializados (56). El nivel de cobertura más ele-

(56) Gallup Europa, *The Burden of Crime in the EU Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey* (EU ICS) 2005, Bruselas 2007, págs. 76.

vado se da en el Reino Unido, Holanda, Austria, Dinamarca y Bélgica. Allí, entre el 10 y el 16 por ciento de las víctimas reciben apoyo de algún organismo especializado en asistencia a las víctimas. Los índices más bajos se dan en Alemania, Hungría, España, Grecia, Italia y Finlandia donde entre el 0,5 y el 2 por ciento de las víctimas encuestadas han recibido asistencia o apoyo. El promedio de víctimas de delitos graves que han recibido asistencia en la Unión Europea es del 7 por ciento. Sin embargo, un porcentaje importante de las víctimas (que han denunciado un hecho delictivo) expresa el deseo de recibir algún tipo de apoyo (40 por ciento). Las víctimas de delitos sexuales son las que en particular han expresado la necesidad de contar con un mayor nivel de apoyo y asistencia (70 por ciento). Por consiguiente, según la información de la ECS de 2005, el cumplimiento de la Decisión marco de la Unión Europea de 2001 sigue siendo bajo.

6. RESUMEN Y CONCLUSIONES

La cuestión del acceso a la justicia para las víctimas de delitos es compatible con distintas agendas y programas políticos. Puede ser parte de un enfoque basado en el “castigo justo”, puede formar parte de alternativas abolicionistas o de justicia restaurativa, o incluso de un enfoque de respuesta a las víctimas basado en el estado de bienestar. Evidentemente el acceso a la justicia para las víctimas puede ser definido desde distintas perspectivas. Puede significar:

- la posibilidad de denunciar un delito, iniciar un proceso penal y obtener una respuesta frente a la victimización criminal;
- obtener una indemnización equitativa;
- o de recibir un trato adecuado al participar como testigo en las actuaciones penales.

El acceso a la justicia para las víctimas no debe confundirse con enfoques que procuran garantizarles la oportunidad de participar a la hora de determinar el castigo. Por el contrario, debe confinarse a un concepto de justicia que queda subsumido en el marco del proceso penal, y que brinda protección a las víctimas y servicios que procuran reducir los efectos nocivos del delito sufrido.

Debemos adoptar una política estricta de acceso orientada hacia las víctimas y evitar que se contamine con otros objetivos o agendas en materia de política criminal. Una política de acceso a la justicia debe estar basada en evidencia empírica y, por consiguiente, se debe alentar la investigación sistemática sobre los efectos que la aplicación de estas políticas tiene para las víctimas.

