

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”
Polít. crim. Vol. 9, Nº 18 (Diciembre 2014), Doc. 1, pp. 739 - 815.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf]

“La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica”¹

Mg. Mauricio Duce J.
Universidad Diego Portales

Mg. Leonardo Moreno H.
Defensor Regional Metropolitano Norte

Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona- España)

Dr. Francisco Maldonado F.
Universidad de Talca

Dr. Raúl Carnevali R.
Universidad de Talca

Dr. Jean Pierre Matus A.
Universidades de Chile y Finis Terrae

María Angélica Jiménez A.
Universidad Central

Marcela Neira V.
Ministerio Público de Chile

Dr. Sebastián Salinero E.
Universidad de Talca

Mg. Cecilia Ramírez G.
Universidad Finis Terrae

¹ El siguiente texto corresponde a la recopilación de las ponencias y comentarios a las mismas, enviados por sus autores y presentados en el Seminario organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (CEDEP), titulado “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica”, llevado a cabo los días 13 y 14 de junio del año 2013. Agradecemos la valiosa colaboración del alumno de Magíster de Derecho Penal don Juan Pablo Llancas Hernández.

Algunas Reflexiones sobre los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal Chileno²

Mauricio Duce J.

Introducción.

El propósito de este trabajo es presentar algunas reflexiones acerca del estado del debate y de algunas propuestas que intentan regular la situación de las víctimas en nuestro actual sistema procesal penal. Como se verá, me interesa centralmente marcar que existe una enorme discrepancia entre los discursos que las autoridades y ciertos sectores de la comunidad jurídica presentan en la materia y los avances que efectivamente se hacen tanto a nivel de práctica del sistema como de propuestas legislativas para su reforma. Estas diferencias dan cuenta que existe poca claridad político criminal de hacia donde se pretende apuntar con la regulación de la víctima en nuestro sistema procesal penal y abre enormes espacios de riesgo de introducción de cambios que, debido a no tener una orientación clara ni estar bien pensados, podrían introducir distorsiones y problemas relevantes a futuro. En este contexto, mi llamado es a iniciar una discusión más profunda que la que hemos tenido hasta el momento, que considere no sólo aspectos teóricos sino también empíricos, para que decidamos qué orientación político criminal debiéramos darle a los cambios que se proponen en relación al estatus del ofendido en nuestro sistema procesal penal.

Para estos efectos dividiré el texto en tres secciones. En la primera de ellas intentaré dar una visión somera sobre el renacimiento que está teniendo la víctima en los sistemas procesales penales contemporáneos, poniendo especial énfasis en revisar las causas que explican tal fenómeno. En la segunda sección me interesa plantear una tesis posible que explica la aparente insatisfacción que existiría en nuestro país respecto al funcionamiento de nuestro sistema procesal penal en relación al reconocimiento y protección de derechos de las víctimas, no obstante haberse aumentado significativamente su regulación normativa en el Código Procesal Penal (en adelante CPP). Finalmente, en la tercera sección analizaré en forma sucinta algunas reformas que en la actualidad se plantean con el propósito de incrementar los derechos de las víctimas en el área procesal penal y contrastar dichos proyectos con otras áreas en donde si sería conveniente introducir algunos cambios. El trabajo culminará con unas breves reflexiones finales de cierre.

1. El Renacimiento de la Víctima en el Proceso Penal: Aspectos Generales.

Como ya es ampliamente reconocido, por lo mismo no es necesario invertir mucho tiempo en esto, la víctima ocupó un rol secundario en nuestro proceso penal inquisitivo. Su reconocimiento normativo era menor y sus derechos prácticamente inexistentes.³ Se trataba

² El siguiente texto corresponde a la ponencia presentada el día jueves 13 de junio de 2013 en el Seminario “La Víctima en el Sistema de Justicia Penal: una Perspectiva Jurídica y Criminológica” organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Se ha mantenido el tono y estructura original de la ponencia complementado algunas fuentes y marginalmente algunos temas. La construcción del texto se basa, a su vez, en la presentación realizada en la mesa 5 (destinada a Dogmática Penal y Procesal Penal) de las IX Jornadas Chilenas de Ciencias Penales, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte en Coquimbo el día 1 de diciembre de 2012.

³ Una visión panorámica sobre los derechos de las víctimas en el sistema inquisitivo puede verse en DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, “Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno” en *El Proceso penal*

de un fenómeno común en el ámbito comparado. Así, a diferencia de las garantías individuales a favor de los imputados que forman parte del debido proceso, los derechos de las víctimas en el proceso penal se encuentran todavía en etapa de desarrollo y consolidación, tanto en las legislaciones nacionales como en el ámbito internacional. Es más, durante una buena parte de la existencia de lo que podría denominarse como el desarrollo del “derecho penal moderno” la víctima ha sido un actor marginal sin derechos explícitos en el proceso. Este fenómeno se explica debido a que el “derecho penal moderno” se caracteriza por constituir un derecho eminentemente estatal, es decir, un sistema de regulaciones legales en donde el delito es definido como conflicto el autor del mismo y el Estado. Frente a la comisión de un delito, surge el derecho del Estado de sancionar la violación al deber de todos los ciudadanos de respetar las normas penales. El conflicto deja de ser un problema entre autor y víctima pasando, en cambio, a constituir un problema entre infractor y autoridad. El desarrollo descrito ha sido ampliamente caracterizado por diversos autores que se han dedicado al tema. Así, se ha descrito este proceso por parte de Julio Maier como una “expropiación”⁴ o por Nils Christie como un “arrebato”⁵ del conflicto a la víctima de parte del Estado. Más radicalmente, Hassemer habla de un proceso de “neutralización” de la víctima, es decir, de su completa exclusión del sistema.⁶

Me parece que más allá de la cuestión histórica acerca de la evolución del rol de la víctima, creo que el punto central a considerar hoy día y que debiera orientar los debates es que la víctima ha “llegado para quedarse” en nuestros sistemas procesales o, dicho de otra manera, ha pasado de ser “un actor de reparto a uno de los protagonistas” de la trama procesal. Más allá de los debates acerca del alcance de los derechos que debieran o no reconocerse a las víctimas, a esta altura del partido las posturas que perpetúan la expulsión del ofendido del proceso penal no son defendibles. A unos les podrá gustar más que a otros este fenómeno, pero sin lugar a dudas se trata del estado del arte en la materia. No es posible me parece hoy día pensar un sistema procesal penal sin considerar que una variable relevante de su diseño incluya la intervención y derechos de las víctimas en el desarrollo del mismo. Basta observar para ello el desarrollo que están teniendo instrumentos internacionales en esta área,⁷ pero especialmente el impacto que el tema ha tenido a nivel de legislaciones locales. En efecto, si se observan los nuevos códigos procesales penales en América Latina se podrá apreciar que todos ellos recogen un conjunto amplio de derechos y contienen diversas

Chileno y los Derechos Humanos vol. I Aspectos Jurídicos, Santiago: Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1994, pp. 121-166.

⁴ MAIER, Julio, “La víctima y el sistema penal”, en: MAIER, Julio (Editor), *De los Delitos y de las Víctimas*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992, pp. 183-249, 186 y 187.

⁵ CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”, en: MAIER, Julio (Editor), *De los Delitos y de las Víctimas*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992, pp. 157-182, p. 159.

⁶ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1984, pp. 92-94.

⁷ El instrumento más general está constituido por la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985. A nivel regional Europeo es posible identificar diversos instrumentos, entre ellos, la denominada Decisión Marco nº 5 del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 cuyo objetivo fue el de establecer estándares relativos al estatuto de la víctima en el proceso penal, especialmente con la intención de crear normas mínimas sobre protección, acceso a la justicia e indemnización de las víctimas.

normas que regulan la intervención o participación de la víctima en el proceso penal.⁸ También es posible apreciar como los esfuerzos legislativos se han dado en países que corresponden a otras tradiciones jurídicas, como por ejemplo, para mencionar un caso exótico de un país con tradición jurídica distinta, en Israel en donde se dictó la *Rights of Victims of Crimes Law* el año 2001.⁹

La irrupción jurídica de este nuevo actor, que antes que ello ha sido de carácter “político” (es decir, que no se trata exclusivamente de un avance diseñado por juristas, sino la consecuencia de movimientos sociales y demandas externas a lo jurídico que han forzado a los sistemas legales para avanzar en la dirección de regular jurídicamente a este actor del sistema), obliga a repensar la manera en la que tradicionalmente concebíamos a nuestros sistemas procesales penales.

A mí me parece que las razones que explican el cambio de rol del ofendido en el proceso penal y su irrupción en el sistema son fuertes. Ellas no sólo se asocian a una idea expresada tradicionalmente por Maier de servir de control a la persecución penal pública (razón nada de mala en todo caso que como veré un poco más adelante en este texto el hoy reniega).¹⁰ Hay tres órdenes de justificaciones adicionales que es necesario tener presentes. Por una parte, están las que se podrían denominar como razones de “derecho”, otras de orden “pragmático” y, finalmente, unas asociadas a ideas de “pacificación social de conflictos”.

Desde el punto de vista de las razones de derechos, es claro que los diversos movimientos a favor de las víctimas (típicamente representados por asociaciones de víctimas) han logrado un proceso de sensibilización que ha llevado a reconocer que el ofendido, en cuanto persona, también es titular de un conjunto de derechos inalienables que deben ser reconocidos en el proceso penal.¹¹ En el caso particular de nuestro país, los procesos de modernización y expansión de derechos que se han experimentado en las últimas décadas ha instalado –no sin buenas razones– la necesidad de mucho mayor reconocimiento de las víctimas de los delitos. No sería razonable que en este escenario, en donde todos tenemos

⁸ A modo ejemplar se pueden revisar los artículos que contienen el listado básico de derechos reconocidos a las víctimas en estas legislaciones, así puede verse artículos: 79 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina; 11 del Código Procesal Penal Colombiano; 71 del Código Procesal Penal de Costa Rica; 68 del Código Procesal Penal de Paraguay; 95 del Código Procesal Penal de Perú; 84 del Código Procesal Penal de República Dominicana; y, 120 del Código Orgánico Procesal de Venezuela.

⁹ Ley 5761-2001. Esta ley refuerza los derechos procesales de las víctimas incluyendo la posibilidad de revisar las acusaciones (*indictment*) de los fiscales, ser informadas del progreso de los juicios y escuchar su opinión frente a la posibilidad de suspensiones y negociaciones, entre otros. Información general puede verse en: <http://www.loc.gov/law/help/victims-terrorism.php> (última visita el 30 de agosto de 2013).

¹⁰ Señalaba Maier el año 1992 “Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar el caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad”. Véase MAIER, *La Víctima y el Sistema Penal*, cit. nota nº 4, p. 221.

¹¹ En esta dirección ha ido avanzando la legislación internacional como tuve oportunidad de mencionar en la cita nº 8. Ejemplo paradigmático de esto lo constituye la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1985.

más derechos, algo no “chorrear” también en favor del ofendido. Por lo mismo, se trata de una expectativa social que me parecería erróneo desconocer o siquiera considerar seriamente.

Desde el punto de vista pragmático, en cambio, los sistemas de justicia criminal han aprendido y comprendido que la víctima es un actor clave para la eficacia de los mismos. Sin ofendido dispuesto a denunciar el delito que ha sido objeto o sin víctima motivada a entregar información relevante para su esclarecimiento, las posibilidades del sistema de conocer el caso y luego resolverlo son muy escasas. En consecuencia, para promover la propia eficacia del sistema, resulta indispensable que éste le ofrezca a la víctima un escenario que genere confianza para formular denuncias y motivación para colaborar con el esclarecimiento de los hechos denunciados. Por ejemplo, se estima en el ámbito comparado que alrededor del 90% y 95% de los casos penales se inicia debido a que la víctima o una persona cercana a ella ha denunciado el delito.¹² De esta forma, si la víctima o una persona cercana a ella no están en condiciones de denunciar el delito, normalmente el sistema va a tener muy pocas posibilidades de acceder autónomamente a esa información. Lo mismo indican estudios comparados acerca de la producción de las pruebas de cargo y la colaboración de la víctima en ello, indicando que en un porcentaje mayoritario la prueba es acompañada o producida gracias a la colaboración de la víctima.¹³ En consecuencia, sin una víctima dispuesta a colaborar aportando información en el proceso el sistema de justicia penal disminuye sus probabilidades de esclarecimiento de los hechos constitutivos de delito de manera significativa.

Finalmente, desde el punto de vista de la “pacificación social de conflictos”, hay quienes sostienen la necesidad de mirar la función del sistema penal desde una perspectiva diferente a la tradicional en la que se privilegie la solución del conflicto por sobre la aplicación de la coerción estatal, todo lo cual supone una intervención activa de la víctima y una comprensión distinta de su rol en el proceso.¹⁴

En contraposición, muchas de las razones que históricamente se suelen esgrimir para justificar la “expulsión” de la víctima no parecen tener el peso suficiente. Así, muchas de ellas suelen basarse en nociones prejuiciosas sin sustento empírico, como por ejemplo,

¹² Por ejemplo Kaiser, refiriéndose a estudios realizados en Alemania, señala que, dependiendo de la categoría de delitos, entre el 91% y 98% de ellos fueron iniciados por denuncias de privados y que entre un 73% y 86% de los casos, la víctima y el denunciante son la misma persona. Véase KAISER, Gunther, *Introducción a la Criminología*, Madrid: Editorial Dykinson, 1988, p. 142.

¹³ Así lo indica uno de los estudios más importantes realizados en Estados Unidos sobre la materia en la década de los '80, el que arrojó los siguientes resultados: la aclaración de los delitos más graves se produce preferentemente por información entregada por la víctima del delito y no por el desarrollo de una investigación policial; en más de la mitad de los casos la identidad del sospechoso es conocida o puede ser fácilmente determinada al momento de la denuncia del delito ante la policía; el tiempo de investigación que invierte la policía se consume en gran parte en labores administrativas como la revisión de reportes y documentos, documentación de antecedentes y entrevista con la víctima; y, finalmente, una parte importante de las investigaciones son realizadas con el objeto de satisfacer las expectativas de las víctimas, no obstante no existir ninguna esperanza de encontrar resultados positivos. GOLDSTEIN, Herman, *Policing a Free Society*, Madison: University of Wisconsin Law School 1990, pp. 54-55.

¹⁴ En esta dirección puede revisarse BINDER, Alberto, *Análisis Político Criminal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2011.

considerar que el ofendido siempre interviene en los procesos penales motivado por deseos oscuros de venganza y retribución. Ello lleva a argumentar, sin mucho sustento, que tales intereses no debieran ser considerados.

En el escenario descrito creo que el desafío central en la actualidad es ¿Cómo podemos incorporar al ofendido en el proceso penal de una forma que reconozca este nuevo estatus y a la vez permitir un funcionamiento adecuado de nuestros sistemas procesales? Este desafío ha sido abordado en el ámbito comparado en donde es posible apreciar que se ha generado un creciente hibridaje en las regulaciones procesales que intentan hacerse cargo de este nuevo rol del ofendido. Lejos de reproducir los modelos tradicionales que tendieron a excluir a la víctima, lo que se intenta en muchas legislaciones es darle mayor cabida incluyendo nuevas formas de participación y flexibilizando las reglas más clásicas de ejercicio de la acción penal. Me parece que nuestro actual sistema procesal penal es un claro ejemplo de esto y sería difícil retroceder en los espacios que ya se le han concedido a la víctima. Pensemos por ejemplo en el enorme impacto que en términos de lógico y diseño del sistema representa una institución como los Acuerdos Reparatorios regulados en los artículos 241 y siguientes del CPP.¹⁵

En ese contexto, en donde los sistemas jurídicos contemporáneos han evolucionado de manera significativa en los últimos años me parece que sería útil mirar a países que han enfrentado reformas similares a la chilena en estas materias. En estos temas debiéramos comenzar a mirar mucho más lo realizado por países de América Latina y los debates que ellos están teniendo en la materia. Todos estos países han avanzado a la instalación de modelos acusatorios en los últimos 15 años y en todos ellos la revalorización de los derechos de las víctimas ha sido parte del discurso reformista. Por lo mismo, se encuentran en un estado de desarrollo bastante similar al nuestro que sería de utilidad mirar allí donde tendemos a poner demasiado la víctima en modelos que han sido menos dinámicos en estos temas (vgr. países europeo continentales).

2. El Estatus de la Víctima en el Proceso Penal Actual: Una tesis sobre la insatisfacción.

Recogiendo las tendencias descritas en el ámbito de América Latina nuestro nuevo sistema procesal penal reconoció de manera generosa, algunos pensarán que tal vez en forma demasiado generosa, un conjunto de derechos en favor de la víctima. Estos tanto en el ámbito de derechos procesales de intervención, es decir, vinculados al ejercicio de la acción penal en forma autónoma por parte de la víctima (vgr. forzamiento de la acusación previsto en el artículo 258 del Código Procesal Penal) como otros derechos tales como la reparación, protección, información y participación en el proceso sin ejercer acción.¹⁶ No sólo se trató de una cuestión planteada a nivel normativo, sino que una parte importante de la retórica de justificación de los cambios estuvo en la mejora sustancial de los derechos de

¹⁵ Detalles sobre esta institución pueden verse en DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 283-354.

¹⁶ Una visión general sobre la víctima y sus derechos en nuestro actual sistema procesal penal puede verse en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 284-310.

las víctimas. Así, se puede observar en el mensaje del proyecto de CPP un fuerte discurso en esa dirección.¹⁷

A pesar del enorme avance en reconocimiento de derechos, en los últimos años pareciera se ha consolidado una opinión negativa en ciertos círculos de autoridades y opinión pública respecto a la capacidad del nuevo sistema procesal penal para efectivamente proteger los derechos de las víctimas en forma adecuada. Esto ha generado una enorme presión pública por modificaciones legales que incrementen sus derechos. Los debates en los últimos años han estado fuertemente orientados a la posibilidad de ampliar sus facultades para ejercer la acción penal y potenciar al rol del querellante.¹⁸

Para analizar la situación en nuestro país quisiera partir sosteniendo una idea que estimo puede ser interesante para la discusión, aun cuando no tengo completa seguridad respecto de ella ya que acreditarla requeriría un poco más de investigación que la que me ha sido posible realizar para preparar estos comentarios. Me arriesgo a exponerla con el objetivo de incorporar más elementos para el debate.

Me parece que es bastante pacífico constatar que en nuestro país existe en la actualidad una enorme presión desde distintos sectores (autoridades gubernamentales, sectores de la sociedad civil, Tribunal Constitucional, entre otros) por la expansión de lo que he denominado derechos procesales de intervención del ofendido en el proceso (fundamentalmente referido a la intervención como querellante y ejercicio de la acción penal). Creo también es un hecho no muy disputable que la mayoría de la doctrina nacional mira con cierto recelo estas demandas debido al impacto relevante que podrían tener en el diseño y funcionamiento nuestro sistema procesal penal que opera en una suerte de monopolio de la acción penal pública en manos de los fiscales. Aún cuando no se trata de un autor nacional me parece paradigmático citar como ejemplo la opinión de Julio Maier en una conferencia realizada el año 2012 en la ciudad de Rancagua en la que, analizando el rol de la víctima en nuestro sistema acusatorio, se muestra abiertamente contrario a la expansión de sus facultades autónomas de ejercer la acción penal y manifiesta como un error sus posturas más antiguas que sirvieron de base en nuestro país para entregarle posibilidades de ejercicio de la acción penal sin la concurrencia del Ministerio Público en casos como el forzamiento de la acusación.¹⁹

¹⁷ Véase Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, presentado a la Cámara de Diputados con fecha 9 de junio de 1995. Ver especialmente sección 2) (principios básicos) del capítulo destinado a explicar los contenidos del proyecto.

¹⁸ Un ejemplo paradigmático de esto estuvo constituido por un proyecto de ley presentado el año 2009 en el Senado (Boletín nº 6436-2007) destinado a establecer un nuevo artículo 231 bis del CPP cuyo contenido en lo esencial establecía la posibilidad al querellante de solicitar al juez de garantías que éste formalice luego de transcurrido seis meses de desarrollo de la investigación sin que se hubiera concretado ese acto procesal. En su informe al Senado la Corte Suprema se manifestó contraria a la modificación argumentando que con ella “...se podrían ver afectados principios básicos del sistema procesal penal, los que ha determinado la Carta Fundamental, como es el que precisa que la persecución de la responsabilidad compete de manera exclusiva al Estado, por intermedio de la autoridad establecida para estos efectos: El Ministerio Público...” Véase Corte Suprema, Oficio nº 93, de 5 de mayo de 2009

¹⁹ MAIER, Julio, “El rol de la víctima en el proceso acusatorio”, en *2da Jornada de Derecho Penal*, Rancagua, 2013, pp. 23-32.

Mi hipótesis es que la demanda de expansión se explica, en buena medida, debido a que los niveles de cumplimiento de los derechos procesales diversos a los de intervención de los ofendidos (información, protección, dignidad, reparación, participación) hasta el momento no ha sido satisfactorio. Detrás de esto es posible identificar algunos problemas de implementación del sistema,²⁰ pero pienso que también hay un problema más de fondo: no los hemos tomado en serio lo suficiente (me refiero a los actores del sistema y a quienes pertenecemos al mundo académico). Por ejemplo, recordemos la posición que inicialmente adoptó el Ministerio Público de sostener que los fiscales no eran los “abogados de las víctimas” postura que siendo jurídicamente correcta, instaló una doctrina políticamente muy errada que transmitió señales negativas a los fiscales y la comunidad en relación a su rol con las víctimas. Esta visión creó una cultura en la cual el sistema se desapegó de los intereses de la víctima, ello con un alto costo en legitimidad pública para el mismo.

El no habernos tomado en serio estos derechos ha generado una percepción extendida en distintos sectores que ellos no son suficientes para asegurar una intervención razonable de los ofendidos en el proceso y ha generado una enorme presión por fortalecer los derechos del querellante de llevar adelante la persecución penal, incluso en forma autónoma.²¹ Dicho de otra forma, frente a las carencias del sistema para tratar al ofendido acorde a las expectativas instaladas en nuestra sociedad, la única vía que se estima como razonable para lograr aquello es el reforzamiento de la labor del querellante. La reforma constitucional contenida en la ley n° 20.516 del 11 de julio de 2011 y todo el debate originado a establecer un sistema de defensoría de las víctimas claramente es reflejo de esto. Frente a las carencias del sistema, la apuesta está en que el abogado del ofendido supla un rol que el resto de la institucionalidad no está cumpliendo. Ahora bien, una vez instalada la idea que el querellante será quien resuelva los problemas del ofendido, el camino lógico que sigue luego es dar la lucha por la ampliación de sus facultades de llevar adelante la acción penal.²²

Sin descartar por completo esa posibilidad, es decir, que se pueda discutir un mayor espacio para el querellante en el sistema, me parece que la solución a la percepción negativa respecto al tratamiento de la víctima pasa primero por hacer un reconocimiento serio del conjunto de derechos que el sistema ya ha consagrado de manera fuerte (información, protección, trato con dignidad, reparación y participación). También se requiere que

²⁰ Alguien podría sostener que hay problemas de recursos para permitir que los fiscales den cumplimiento a deberes tales como el de protección. Así, Guillermo Piedrabuena ha señalado que el presupuesto del Ministerio Público para proteger a víctimas vulnerables sólo alcanza a beneficiar al 9% de ellas. Véase PIEDRABUENA, Guillermo, “¿Quién defiende a las víctimas?”, *El Mercurio*, 11 de noviembre de 2012, p. A2.

²¹ Como señalaba, el Tribunal Constitucional ha estado particularmente activo en la materia en varias decisiones que intentan limitar la discrecionalidad del Ministerio Público para formalizar la investigación y acusar. Véase por ejemplo sentencias en causas rol n° 815-07 de 19 de agosto de 2007; rol n° 1244-08 de 2 de junio de 2009; y, rol n° 1380-09 de 3 de noviembre de 2009.

²² Un trabajo que argumenta en favor de la instalación de una defensoría de víctimas como forma de subsanar la falta de vigencia efectiva de sus derechos en el proceso puede verse en MATAMALA; Carlos; OLAZARÁN, Andoni y OLAZARÁN, Jordy, “El imperativo jurídico de la defensoría de las víctimas ante la ineficacia de sus derechos en el proceso penal a 10 años de la reforma: sus efectos legales y responsabilidad del Estado”, en: VV.AA., *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp.155-190.

salgamos del marco conceptual dicotómico de análisis que normalmente se utiliza en las discusiones en la materia, en donde se concibe que todo aquello en favor de la víctima va en contra del imputado o vice-versa. Se trata de una visión político criminal que se pone en un escenario de “lucha” entre imputado y víctima, es decir, que entiende que los derechos de las víctimas necesariamente están en una disputa con los derechos del imputado y que lo que gana uno se hace en contra de una pérdida para el otro, tal como ocurriría con dos púgiles en una pelea.

Como señalaba, no me es posible en este comentario dedicar mucho tiempo para acreditar las afirmaciones previas sobre la falta de cumplimiento serio de los derechos de las víctimas. Con todo, me interesa mostrar algunos indicadores que dan cuenta del poco interés que muestra el sistema en su funcionamiento cotidiano con la satisfacción de los derechos de los ofendidos, lo cual se traduce luego en una muy mala evaluación del mismo. Por ejemplo, en muchos casos las soluciones del sistema no incluyen elementos de reparación o ni siquiera se hacen cargo del interés más general del ofendido en la misma. En otras ocasiones, el problema que se presenta es que el ofendido recibe muy poca retroalimentación del sistema en términos de lo que está pasando con la persecución penal de su caso concreto, incluso tratándose de aquellas víctimas que están dispuestas a colaborar (pensemos por ejemplo en las suspensiones condicionales del procedimiento a las que me referiré un poco más adelante).

Cuando se analizan las pocas cifras que existen en la materia, se constata que esta idea de desinterés del sistema por el ofendido no es una percepción “manejada” o “inflada” por los medios de comunicación social como a veces se sugiere por ciertos actores, sino que parece ser efectivamente una opinión extendida entre quienes han tenido contacto con el sistema. Los resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana (ENUSC) de los años 2009 y 2010 dan cuenta de esto.²³ Así, frente a la satisfacción en la forma en que se tramitó su denuncia sólo un 38% de los ofendidos se declara satisfecho y un 56% no el 2010. El 2009 las cifras son similares, aún cuando se nota mucha dispersión por categoría de delitos. Así, en robo en casa la satisfacción fue de sólo un 11%, en los asaltos con violencia un 18%, en los robos con vehículos un 22%, en los robos con sorpresa y hurtos un 28%, en las lesiones un 32% y en los robos de automóviles un 45%. Cuando se analizan las causas de insatisfacción, destacan afirmaciones como “porqué no se me tomó en cuenta como víctima” que es la principal causa mencionada en la ENUSC 2010 con un 22%. Esta y otras razones²⁴ dan cuenta de varios problemas. Por una parte, hay problemas estructurales del

²³ Los datos de la ENUSC 2009 están tomados de DUCE, Mauricio, “Diez años de la reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”, en *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 23-75 pp.63 y 64. Los datos de la ENUSC 2010 los obtuve directamente de la página web del Instituto Nacional de Estadísticas: http://www.inec.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/victimizacion2010.php (última visita 20 de octubre de 2012).

²⁴ Así por ejemplo en la ENUSC 2009 una de las razones principales de la insatisfacción de las víctimas es “Porqué no realizaron nada” la que constituye el primer motivo de insatisfacción en 6 de los 7 delitos (fluctuando entre un 16% y un 20% como motivo, salvo en el delito de lesiones en que aparece en tercer lugar con un 11,89%). Otro motivo de insatisfacción es “Porque nunca supo qué es lo que paso en su caso” que aparece mencionado como un factor relevante en tres de los siete delitos (robo en casa, robo por sorpresa y hurto, mencionado con una frecuencia de entre 13% y 14%).

sistema de justicia criminal para responder de acuerdo a lo que espera el ofendido debido a que en muchos casos no se va a poder esclarecer el hecho, identificar al autor o recuperar lo que fue robado. En esos casos obviamente no podemos establecer expectativas falsas de algo que se sabe por la experiencia internacional y comparada ningún sistema de justicia criminal está en condiciones de responder. Por otro lado, también hay problemas importantes de gestión que sí pueden ser trabajados y resueltos. Por ejemplo, no es lo mismo que la víctima manifieste su insatisfacción porque no se realizó nada en su caso, a aquellas situaciones en que nunca se supo qué es lo que pasó en su caso. Luego, no es lo mismo que la insatisfacción sea por no recuperar la especie, a que la víctima muestre su insatisfacción producto de que nunca la contactaron. Así, las cifras de la ENUSC 2009 sólo un 53,5% de los ofendidos señalaron haber sido contactados por el fiscal. A la luz de estas cifras ¿Estamos en presencia entonces de una percepción creada por expectativas desmedidas de las víctimas? Me parece que la tendencia de la comunidad legal y de los actores del sistema ha sido a la de no considerar los problemas que hay detrás lo que hoy día se ha transformado en una demanda mucho más compleja de regulación de derechos fuertes.

En este contexto, estimo indispensable que consideremos este escenario al analizar los distintos problemas jurídicos específicos que en la actualidad se plantean con el reconocimiento de derechos del ofendido. Analizar estos en forma aislada o no contextual podría llevar a profundizar los problemas a corto plazo.

3. Reformas en discusión y reformas no discutidas: las tensiones y poca claridad de la dirección político criminal del cambio en materia de derechos de las víctimas.

Como ya señalaba, este escenario ha sido propicio para propuestas de reformas legales. Las dos más relevantes vigentes en este momento son el proyecto de ley que introduciría una defensoría de las víctimas²⁵ complementando así la reforma constitucional introducida por la Ley n° 20.516 publicada en el Diario Oficial el 11 de julio de 2011. Más recientemente se ha presentado un proyecto de ley, conocido como la “reforma a la reforma”, en el que se ha planteado como uno de sus objetivos generales el mejorar la situación de la víctima en el proceso penal y que propone diversas modificaciones en la materia.²⁶ Lo que uno esperaría de estas propuestas es que, existiendo un diagnóstico serio de los problemas de las víctimas, ellas se hicieran cargo en forma consistente de superar las principales dificultades que las aquejan. Con todo, no me parece que el resultado de las mismas apunte adecuadamente en esta dirección. No pareciera ni haber claridad del diagnóstico en que se basan, ni del norte político criminal al que debieran apuntar, e incluso se aprecian tendencias contradictorias en sus contenidos.

²⁵ Véase Mensaje 76-356 de 31 de marzo de 2008 Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Crea el Fondo Nacional para Representación de Víctimas de Delitos. Se trata curiosamente de un proyecto de ley que tiene más tiempo que la propia reforma constitucional. Más allá de la vigencia de este proyecto, la reforma constitucional impone al legislador señalar los casos y establecer “...la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y leyes”.

²⁶ Véase Mensaje n° 502-360 del 29 de enero de 2013 Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Perfecciona al Sistema de Justicia Penal.

Ya me he referido críticamente al primero de estos proyectos (el de defensoría de las víctimas), pero no puedo dejar de mencionar que la creencia sobre la cuál se ha avanzado en esta reforma es contraria a la escasa evidencia empírica disponible acerca de la participación y aporte que hacen los querellantes en los procesos penales en concreto. Así, un estudio empírico en que analizó la participación de los querellantes en todos los juicios orales realizados ante Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de la Región Metropolitana durante los primeros cinco años de vigencia del nuevo proceso penal pudo establecer que su intervención normalmente no se traducían en mejores resultados en favor de la víctima y que sus aportes eran relativamente modestos.²⁷ En ese contexto, la creación de un servicio de este tipo, lejos de solucionar problemas de las víctimas se traducirá en la introducción de muchas distorsiones al funcionamiento del sistema como han planteado varios expertos. Una oferta universal de abogados litigando casos en calidad de querellante pero sin mucho aporte podría introducir elementos fuertes de burocratización en el sistema y malgastar los siempre escasos recursos disponibles. Por otra parte, la evidencia empírica disponible tampoco sugiere que se trata de la demanda central de las víctimas de los delitos. Así, la ENUSC de los años 2008 y 2009 muestra como sólo alrededor del 30% de los encuestados señalan como un servicio esperado del Estado en caso de ser víctimas de delito que un abogado las represente en juicio, en contraposición a que más del 60% esperaba mayor información sobre derechos, que se las acompañe a los procedimientos, asistencia psicológica, médica y social.²⁸

La “reforma a la reforma” constituye la segunda iniciativa de relevancia en actual discusión. En sus orígenes está un fuerte discurso en favor de establecer modificaciones que mejoren sustancialmente la posición de la víctima en nuestro proceso penal, especialmente en materia de aumentar su participación y protección en el proceso. El discurso justificatorio de este cambio expresado por la autoridad pública hacía temer una propuesta que pudiera dismantelar la lógica del sistema. Con todo, se trata de un proyecto bastante tímido que incluso creo se queda corto en términos de haberse aprovechado la oportunidad para mejorar la posición de la víctima en el sistema sin alterar sustancialmente la lógica del mismo.²⁹

Las principales propuestas en materia de regulación legal del ofendido tienden a facilitar la protección de los intereses patrimoniales de las víctimas en el proceso penal por medio de incluir expresamente su patrimonio como un objeto de protección cuestión que no era clara en la legislación vigente (propuestas 4 y 6), pero que claramente beneficia a un grupo reducido de víctimas en un perfil de casos que también es extremadamente limitado

²⁷ BAÉZ, Danilo, “La eficacia del querellante en el juicio oral. Estudio empírico en el quinquenio de entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana”, en: VV.AA., *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 191-237.

²⁸ Véase gráfico nº 23 lámina nº 35 presentación de power point “Sexta Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) 2009”, Santiago, 4 de Junio de 2010. Como se puede apreciar, dos de cada tres personas esperarían que el Estado reforzara sus derechos distintos a los de intervención procesal asesorada por abogados.

²⁹ En detalle sobre los orígenes y contenidos de este proyecto véase DUCE, Mauricio, “La ‘reforma a la reforma procesal penal’: análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley”, en: VV.AA., *Anuario de Derecho Público 2013 Universidad Diego Portales*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 110 a 144.

(fundamentalmente víctimas querellantes en delitos económicos). En segundo lugar, el proyecto hace un esfuerzo por ampliar las posibilidades de controlar al Ministerio Público (tanto en actuaciones jurisdiccionales como en sede administrativa). En este ítem se establecen, por ejemplo, mayores deberes de fundamentación del fiscal de decisiones como el archivo provisional en casos en que existe un imputado identificado (propuesta 14) y del uso de la decisión de no perseverar cuando la víctima o querellante estén presentes en la audiencia respectiva (propuesta 24). En materia administrativa se establece la posibilidad de que la víctima o querellante reclamen ante las autoridades del Ministerio Público la negativa arbitraria de un fiscal a la solicitud de formalizar la investigación en contra de un imputado (propuesta 20). Se trata de propuestas que efectivamente introducen mejoras en los derechos de las víctimas y querellantes, pero que no producen cambios sustanciales en su situación actual. No es posible esperar que a partir de ellas se produzcan cambios muy significativos en el destino de los casos que se persiguen en la actualidad. En la otra cara, podría sí introducir un espacio de tramitación y burocratización intensa al interior del Ministerio Público con impacto en su capacidad de persecución penal (pensemos, por ejemplo, enorme tiempo fiscal destinado a responder reclamos)

En el contexto descrito, otras propuestas contenidas en el proyecto manifiestan que conviven en el mismo cambios de muy diversa orientación en relación a las facultades de intervención procesal del querellante. Así, en la propuesta 25 exista una regulación que tiende a clausurar una posibilidad de actuación que, hoy día, forma parte de lo que los querellantes reclaman como un límite muy significativo del sistema a su posibilidad de intervenir en el proceso. Así, se propone un inciso final al artículo 258 del Código Procesal Penal que permite que el querellante presente acusación como producto de un forzamiento de la acusación sólo en los casos en que el fiscal haya formalizado la investigación en forma previa. En la actualidad se trata de una cuestión ampliamente debatida en la jurisprudencia debido a que no se encuentra regulada en el CPP, lo que ha llevado a un sector de la jurisprudencia (aparentemente minoritario) a reconocer la posibilidad que el querellante pueda acusar (forzar la acusación) aun cuando no haya habido una formalización previa del Ministerio Público.³⁰ Con esta propuesta dicha posibilidad quedaría clausurada en todo tipo de casos, restringiéndose las hipótesis en donde el querellante podría continuar la persecución penal por su cuenta. No quiero entrar al debate técnico acerca de lo correcto o incorrecto de esta propuesta ya que se trata de un problema en extremo complejo, sino más bien marcar el punto que contrario al objetivo declarado por este Proyecto de Ley y al planteado en los discursos que han dado las autoridades sobre el mismo. Esto de seguro llevará a una crítica importante del Proyecto debido a las expectativas generadas en la materia.³¹ Más allá que esta propuesta manifiesta una clara preocupación por limitar el ejercicio de derechos procesales de intervención de las víctimas, se trata de un punto que si bien ha sido muy discutida en la jurisprudencia no

³⁰ En esta dirección véase, por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol n° 1615-2012 de 11 de julio de 2012.

³¹ Así, por ejemplo, en esta línea Guillermo Piedrabuena se ha pronunciado críticamente acerca de los alcances de estas propuestas señalando que ellas son “...insuficientes y hasta contradictorias con el principio consagrado en la Constitución Política que establece que “el ofendido por el delito y demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. Véase PIEDRABUENA, Guillermo, “Proyecto de ley que perfecciona el sistema de justicia penal”, *El Mercurio*, 3 de marzo de 2013, página A2.

pareciera presentar una importancia estadística tan relevante. En efecto, de acuerdo a las cifras del Ministerio Público del año 2012, el total de casos concluidos por vías que permitirían el forzamiento es de 5,92% del total de términos (1,93% sobreseimientos definitivos, 0,78% temporales y 3,21% decisión de no perseverar), de los cuáles me parece fácil asumir que sólo un porcentaje menor es adoptada sin formalización previa y aún en uno menor en las que existe una víctima querellante.³² Una cláusula que permitiera la posibilidad de forzar acusación sin formalización previa en casos claramente delimitados podría entonces recaer en un porcentaje ínfimo de casos que tal vez no afectarían el funcionamiento del sistema, pero que darían una señal potente en favor de las víctimas en algunos casos muy problemáticos.

Las contradicciones político criminales de este proyecto de ley quedan en evidencia cuando se revisa otra reforma propuesta referida al rol del ofendido en la suspensión condicional del procedimiento (en adelante SCP) que va en una línea completamente contraria a la anterior. Como es sabido, las SCP se han incrementado explosivamente en los últimos años. De acuerdo a las cifras del Ministerio Público del año 2012 representaron un total del 18,2% de los términos del sistema. El año 2006 la SCP representó el 9,1% del total de términos, es decir, en cinco años se duplicó uso. Esto hace que se trate de la segunda salida en importancia estadística luego de los archivos provisionales (superando a las sentencias definitivas que suman algo más que el 14,2%).³³ No existe un estudio que explique con claridad las razones de este crecimiento tan significativo, pero todo parece indicar que detrás del mismo hay varios factores que sí podrían ser indicadores de problemas importantes en el funcionamiento del sistema. Por ejemplo, el hecho que en muchos casos esta institución se estaría utilizando como un mecanismo de pura descongestión del sistema sin buscar satisfacer los otros objetivos sociales que la justifican y que explican que el sistema esté dispuesto a prescindir de la persecución penal de un caso. En otras palabras, casos en donde la SCP se utilizaría como respuesta burocrática para descargar trabajo y no como una herramienta de política criminal valiosa.

En este escenario se vuelve a plantear el tema de si el ofendido debiera tener mayor control e impedir la posibilidad de la SCP (de esta forma forzar que la persecución penal sea llevada adelante aún en casos en que los fiscales consideraban una alternativa diferente). Me parece sumamente problemático dicha posibilidad, pero ya existen algunos casos donde esto se ha venido planteando y que han encontrado alguna acogida en decisiones judiciales.³⁴ El proyecto de ley de “reforma a la reforma” establece en la propuesta 21 a) la posibilidad que la víctima solicite al juez de garantía que deniegue una SCP si es que existe interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se intenta con esta propuesta ampliar el margen de oposición de las víctimas al uso de estas salidas alternativas, para lo cual se copia la fórmula prevista para los acuerdos reparatorios. Esto va

³² Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2012, p. 21.

³³ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2012, p. 21.

³⁴ Por ejemplo, véase sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol n° 1667-2009 de 8 de septiembre de 2009 y de la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa rol n° 347-2009 de 26 de noviembre de 2009. Una sentencia más reciente, aún cuando con algunos matices en el punto que intento graficar, puede ver en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol n° 1953-2013 de 30 de agosto de 2013 (en el denominado Caso Farmacias).

en dirección opuesta a la reforma del artículo 258 recién explicada ya que en la práctica significa forzar una persecución penal no deseada por el fiscal y, en este caso, con un potencial impacto muy relevante por el porcentaje de casos que hoy van a la SCP. Entonces se generan serias dudas sobre cuál es la línea político criminal que nuestro legislador pretende establecer y cuál es la señal en verdad que se quiere enviar a las víctimas. Si en un porcentaje bajo de los casos las víctimas reclamaran eso sería equivalente a forzar la continuación de la persecución en un universo mayor al que la reforma del 258 del CPP.

No puedo desperdiciar la oportunidad para mencionar que se trata, además, de una propuesta con problemas técnicos más allá de que se podría cuestionar su mérito sustantivo. El problema técnico se da debido a que la introducción de esta cláusula en la SCP, a diferencia de lo que ocurre en los acuerdos reparatorios en donde criterio está explícitamente regulado como una causal que habilita al juez a denegar tal salida alternativa, va a producir problemas interpretativos serios. En efecto, al no estar regulada como una causal que permite al juez negar la SCP, podría tratarse de una norma que quede sin aplicación al considerarse que la solicitud de la víctima no le entrega facultades al juez para rechazar la SCP. Además, se trata de una cláusula de contenido ambiguo, que ha sido objeto de enormes debates jurisprudenciales en materia de acuerdos reparatorios para intentar precisar su alcance. Finalmente, introduce una distorsión relevante respecto a quien se entrega la tutela del interés público en nuestro sistema de justicia penal.

Otro ejemplo que muestra como las propuestas de este proyecto son muy contradictorias y dan cuenta de una definición poco clara de a dónde se pretende avanzar en materia de víctimas se da en una de las modificaciones propuestas que ha tenido mayor difusión es la de permitir la apelación del Ministerio Público al auto de apertura del juicio oral en caso que ese excluya prueba por cualquier causal de exclusión de las mismas, ampliando así la regla en vigencia que sólo lo permite en caso que la exclusión se haya fundado en que la prueba haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales (propuesta 27). En esta propuesta se deja fuera la posibilidad que sea el querellante quien pueda apelar, tema que ha sido objeto de discusión intensa en diversas decisiones del Tribunal Constitucional³⁵ y que podía entenderse era una cuestión que se esperaba este proyecto recogiera a la luz de la justificación que las autoridades hicieron para elaborarlo.³⁶

En definitiva, el análisis de estos proyectos que someramente he reseñado da cuenta de la falta de una definición y reflexión acerca de qué es lo que pretendemos con los derechos de las víctimas en nuestro sistema.

³⁵ Respecto al debate en el Tribunal Constitucional véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol 1535-2009, sentencia de 28 de enero de 2010; y Tribunal Constitucional, Rol 2330-2012, sentencia de 29 de enero de 2013.

³⁶ En esta misma dirección se ha pronunciado la Corte Suprema en el informe que presentó respecto al proyecto de ley al señalar que “...parece de justicia, dentro de la igualdad de armas, que el mismo recurso se otorgue a todos los intervinientes que se sientan agraviados...” Véase Corte Suprema, *Informe Proyecto de Ley 5-2013*, 20 de marzo de 2013, p. 11.

4. A modo de conclusión.

Existiendo una preocupación importante por las autoridades en materia de derechos procesales del ofendido, llama la atención algunos temas que se han quedado bajo de la mesa. Uno de ellos que me parece indispensable discutir el estatuto del querellante en nuestro CPP, cuestión que no hace ninguno de los proyectos mencionados y que da cuenta de la poca reflexión que ha existido al proponerse estos cambios. Tres son los aspectos referidos a la regulación del querellante que debieran ser objeto de mayor análisis y debate por nuestra comunidad jurídica. El primero de ellos se refiere a la eliminación, sin justificación clara en mi opinión (más bien sin justificación razonable o presentable), del inciso tercero original del artículo 111 (realizado por la Ley nº 20.074 de noviembre de 2005) por el cual se eliminó la posibilidad de una suerte de querellante popular (cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región) tratándose de delitos que afecten intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto.³⁷ Se trataba de una norma que cumplía una función muy relevante en ciertas categorías de delitos en los que se puede generar impunidad por los costos que genera, derivado de su carácter difuso, que tienen las personas para querellarse y activar al sistema penal. Creo sería necesario discutir una reposición de dicha norma. Como contrapartida, se incluyó de manera explícita la posibilidad de órganos y servicios públicos para querellarse cuando así lo establezca su ley orgánica, lo que constituye un grave problema a mi juicio.³⁸ Con esta regla se legitima de manera abierta la posibilidad que el Estado pueda intervenir en varias calidades en un juicio: como acusador representado por el Ministerio Público y como querellante representando por otra institución o servicio público. Se trata de una situación bastante discutible desde el punto de vista de mantener condiciones de igualdad y equilibrio procesal. Incluso quienes sostienen la necesidad de reconocer derechos procesales de intervención autónomas a las víctimas estarían de acuerdo que ello se refiere a los ofendidos personas (naturales y eventualmente jurídicas) y no al Estado, el que ya dispone de un enorme aparato de persecución penal en contra del imputado. Por lo mismo, en un escenario de preocupación por cómo la posición de los querellantes afecta a los derechos de los imputados, ésta debiera ser en mi opinión una primera regla a revisar y discutir.³⁹

Finalmente, un tercer problema que surge de la mano de los anteriores, tiene que ver en los casos en los que intervienen una multiplicidad de querellantes en contra de un imputado (ya sean estatales o privados). Esto debiera llevar a discutirnos problemas de igualdad de armas. ¿Es posible sostener igualdad de armas si tenemos a tres contra de uno? Afortunadamente éste sí parece ser un problema que aborda la “reforma a la reforma” ya que consideraciones de este tipo han llevado que se haya propuesto (numeral 13) la

³⁷ En su redacción original el inciso tercero del artículo 11 del CPP señalaba “Asimismo, podrá deducir querrela cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”.

³⁸ El actual inciso tercero del artículo 111 del CPP introducido por la Ley nº 20.074 señala “Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”.

³⁹ Se trata de un tema en el cual ha existido un intenso debate en la región. Por ejemplo para el caso Argentino puede verse DUTTO; Georgina y MARTÍNEZ, Santiago, “El verdadero exceso en la legitimación procesal de la víctima: el Estado querellante”, en: PASTOR, Daniel (Dir.), *Neopunitivismo y Neoinquisición*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008, pp. 309-337.

incorporación de un nuevo inciso final al artículo 111 del CPP en el que se establece que en caso de intervención de varios querellantes en un mismo proceso, éstos deben actuar por medio de un procurador común.

Hay varios otros temas que se podrían abordar sobre la intervención del ofendido en nuestro sistema procesal penal y que no parecen estar siendo encarados en los proyectos de reforma o en el debate público y qué son de mucha relevancia para definir el estatus jurídico de la víctima en nuestro proceso (vgr. legitimación activa en recurso de nulidad por artículo 373 a) del CPP.⁴⁰ Sin embargo por los objetivos limitados de este trabajo no puedo entrar al detalle de todos ellos.

En este contexto, me parece que la reflexión que me gustaría poner en la mesa es la necesidad de encarar el debate público y legislativo con un poco más de calma, con un mejor diagnóstico y tal vez, antes que ello, con una discusión un poco más profunda de hacia dónde quisiéramos dirigir a nuestro sistema procesal penal y a los derechos de las víctimas en esta nueva etapa de su desarrollo. Me parece que parte importante del problema en la actualidad se debe a que las reformas que se proponen no se hacen cargo de los problemas de fondo que enfrentan a la víctima y corren el serio riesgo de introducir distorsiones relevantes al sistema producto de una falta de orientación político criminal clara. Muchas de estas propuestas, en consecuencia, lejos de favorecer la satisfacción concreta de los derechos de las víctimas podrían introducir problemas y distorsiones mayores al sistema con pérdidas para todos.

Comentarios de Leonardo Moreno Holman a la ponencia: “Reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno” (Mauricio Duce)

Si bien en esta ocasión se nos ha invitado a reflexionar acerca de los derechos de la víctima en el proceso penal chileno, y en particular acerca de su estatus en la legislación vigente y el tratamiento que debiera tener a futuro ante su declarada insatisfacción, debemos comenzar por realizar una prevención. En concepto de este comentarista, es necesario un debate previo que dice relación con el rol de la víctima en el proceso penal, si es que debiera tener alguno.

Como primera consideración hay que tener en cuenta que mediante la reforma procesal penal el legislador no pretendió establecer un sistema de corte acusatorio (sistema de enjuiciamiento penal que dominó en el mundo antiguo) y en virtud del cual la persecución penal se encontraba en manos del particular –por lo general el ofendido por el delito–, sino que el gran cambio que se quiso introducir fue establecer un sistema procesal penal de corte

⁴⁰ Esto, por ejemplo, a partir de la sentencia de la Corte Suprema en el conocido como “Caso Bombas”. En esta sentencia la Corte hace un argumento extenso (en sus considerandos décimo y decimoprimer) con una mayoría fuerte de cuatro a uno, por excluir la legitimación del Estado para recurrir por esta causal poniendo especial énfasis en que el debido proceso es una garantía pensada para regular la situación de quien corre el riesgo en la persecución penal, es decir, el imputado. Si se consolida esta doctrina, esto no sólo tendrá un enorme impacto en el Ministerio Público, sino que también debiera abrir un debate serio acerca del derecho de las víctimas de recurrir por la misma causal. La lógica del argumento también debiera llevar a excluir a este actor de la posibilidad de recurrir fundado en tal causal. Véase Sentencia de la Corte Suprema en causa rol n° 5654-2012 de 10 de octubre de 2012.

inquisitivo *reformado* (que surge en el mundo tras la revolución francesa), es decir, mantener la base del sistema inquisitivo existente (que implicaba la idea de persecución pública de los delitos y el monopolio de la misma en manos del Estado) pero moderándolo a través de la introducción del denominado *principio acusatorio formal*, en virtud del cual se separa el ejercicio de la función investigadora y acusadora (que se radica en el Ministerio Público como órgano de la persecución penal) de la función de juzgamiento (radicada en los tribunales de justicia) en dos órganos distintos, aunque siguen estando todas ellas en manos del Estado. Y ello por cuanto subsiste la idea de que en la persecución penal debe primar el interés público estatal (de que los delitos no permanezcan impunes) por sobre el interés particular de la víctima; es el Estado el único que se encuentra legitimado para imponer penas, suprimiéndose la potestad privada para sancionar delitos, pues el delito es precisamente entendido como un conflicto entre el autor del mismo y el Estado.

Así, con la reforma procesal penal si bien no se instauró un sistema acusatorio, y se le entregó al nuevo órgano persecutor el monopolio de la investigación (artículo 83 de la Constitución Política y artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público), no fue así con el monopolio del ejercicio de la acción penal, ya que siempre se le ha reconocido protagonismo a la víctima para detonar el inicio de una investigación penal y en la persecución penal de determinados delitos. En efecto, se mantuvo sin cuestionamientos la participación de la víctima y del querellante como sujetos procesales en los delitos de acción penal privada y previa instancia particular, y la posibilidad de interponer la acción civil dentro del proceso penal, instituciones que provenían del antiguo sistema.⁴¹

Además, y dado que de acuerdo al Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal uno de los objetivos de la reforma era la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos, se le entregó mayor protagonismo tanto a la víctima como al querellante, privatizando el proceso penal a través de las salidas alternativas (en las que la satisfacción de los intereses de la víctima está en el primer plano de consideración para la terminación anticipada del procedimiento), el forzamiento de la acusación (atribuyendo al querellante particular la persecución penal de delitos de acción pública) y la posibilidad de controlar las decisiones del Ministerio Público en el inicio del procedimiento (en la regulación de la facultad de inicio de la investigación, archivo provisional y principio de oportunidad).

Lo problemático de la intervención que el legislador le ha permitido al querellante en el proceso penal sin cuestionamiento alguno es que, como se señaló, no es coherente con el sistema inquisitivo reformado que estructura la persecución penal y, más aún, viene a erosionar el monopolio estatal de la persecución penal pública. En efecto, y sólo por poner un ejemplo, piénsese en la institución del forzamiento de la acusación: constituye claramente una manifestación de erosión de la persecución pública de los delitos, desde que permite al querellante sostener un proceso penal en contra de una persona que goza de presunción de inocencia, sin haber convencido siquiera al Ministerio Público de que existían antecedentes suficientes como para acusarla, dejándola expuesta al ejercicio

⁴¹ HORVITZ Lennon, María Inés; LÓPEZ Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición, 2010, p. 289.

arbitrario de la acción penal por parte de particulares que sólo representan intereses privados en la persecución de los delitos. En definitiva:

“en estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en el vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas”.⁴²

Ahora bien, lo señalado no significa que se pretenda la erradicación del proceso penal tanto de la víctima como del querellante, sino sólo de este último. Así, y para poder adoptar una posición al respecto hay que distinguirlos como sujetos procesales distintos, la primera definida en el artículo 108 del Código Procesal Penal y el segundo definido en el artículo 111 del mismo cuerpo legal.

En efecto, lo que aquí se ha querido graficar es que la intervención del querellante, y de la víctima en su caso, en el proceso penal y en las decisiones que corresponden al Ministerio Público, resulta contraria al modelo inquisitivo reformado establecido por el legislador en la reforma procesal penal. Además, cada vez que se le permite intervenir sosteniendo una posición totalmente opuesta a la del Ministerio Público, se desnaturaliza aún más la idea de persecución pública de los delitos. Finalmente, con su intervención se produce también un fuerte debilitamiento de la posición procesal del imputado, al encontrarse con un nuevo acusador, afectándose sustancialmente el principio de igualdad de armas.

Luego, no se pretende negar la necesidad de protección y asistencia a la víctima en el proceso penal, sino más bien por un lado reforzar la aplicación práctica de aquellos derechos ya establecidos y cuya ejecución corresponde al Ministerio Público, tales como el solicitar medidas de protección y a acceder a la información del proceso, y por el otro excluirla de la posibilidad de intervenir en la persecución misma de los delitos.

En los términos utilizados por el profesor Duce en su ponencia, lo que propugnamos es la eliminación de los denominados “derechos procesales fuertes” de la víctima, y mantener los que denominó como derechos procesales débiles en su favor.

Realizada la prevención anotada, pasamos entonces a comentar la ponencia de Mauricio Duce. La anterior se ha estructurado en base a tres ejes que han sido desarrollados, (1) los motivos que llevaron al reconocimiento amplio de derechos de las víctimas en la actual legislación; (2) argumentos para explicar el nivel de insatisfacción existente en la materia y (3) reflexiones acerca de ciertas propuestas legislativas actualmente discutidas y otras que de acuerdo al exponente debieran debatirse en el parlamento.

Acerca del primer punto, ya hemos referido nuestra opinión en la consideración previa, por lo que baste decir al respecto un par de comentarios.

⁴² HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho Procesal*, cit nota n° 41, p. 296.

El profesor Duce ha basado su exposición en una premisa que a estas alturas parece incuestionable: la víctima ha llegado para quedarse. En efecto, en los sistemas procesales penales actuales, y desde la reforma procesal penal el chileno también, han incluido de una u otra forma a la víctima en su configuración. Luego, se apoya en una segunda premisa, que tampoco parece cuestionable: las encuestas manifiestan la insatisfacción de las víctimas de delitos ante el funcionamiento del proceso penal. Teniendo en consideración ambas cuestiones, y dado el panorama actual, en que por diversos motivos no parece sensato pensar expulsarla del proceso penal, la cuestión reside en determinar cuál debiera ser la reacción de los distintos operadores del sistema ante el síntoma de la insatisfacción de uno de los actores del proceso penal.

Ante dicho panorama y como primera cuestión relevante para enfrentar el dilema planteado, es necesario señalar que desde nuestro punto de vista el Código Procesal Penal chileno garantiza suficientemente los derechos de la víctima al interior del proceso penal, y que cualquier fortalecimiento de éstos debe tener en consideración su compatibilización con los derechos del imputado, pues por lo general la privatización del derecho penal genera el peligro de regresar a la ley del más fuerte, en que la solución del conflicto viene determinada por la dinámica de las presiones, la amenaza y el chantaje.

Así además, toda intromisión de la víctima en el proceso penal genera en principio un fuerte debilitamiento de la posición procesal del imputado al incorporarse con ello un nuevo acusador, situación que necesariamente afecta el principio de igualdad de armas: la intervención del ofendido agrava el enorme desequilibrio ya existente entre el Estado y el ciudadano imputado.

El referido desequilibrio resulta especialmente relevante en el caso de delitos sexuales. Así por ejemplo, el Proyecto de Sala Especial Tribunal Oral en lo Penal (sala de circuito cerrado de televisión para la declaración de menores de edad víctimas de delitos sexuales) originado en virtud del protocolo de comparecencia niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos sexuales confeccionado por el 2º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago y propuesto para proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales para evitar su revictimización, afecta los derechos y garantías del imputado, limita el ejercicio de una adecuada defensa penal y al mismo tiempo infringe abiertamente las normas adjetivas que rigen el juicio oral. Es por ello que, en caso de ponerse en práctica, es indispensable que la protección de la víctima tenga como contrapeso el debido resguardo de los derechos y garantías del imputado, estableciendo que esta entrevista única a menores abusados es sólo admisible en la etapa de investigación, y siempre y cuando se le permita a la defensa estar presente o que dicha entrevista sea gravada para ponerla a disposición de la defensa. De lo contrario, de permitirse esta forma de interrogatorio a la víctima durante el juicio oral, los derechos del imputado se verán gravemente afectados (así por ejemplo, el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal no se podría realizar, así como tampoco sería posible exhibir evidencia material al testigo menor de edad durante su declaración según lo autoriza el artículo 333 del Código Procesal Penal).

Como segundo punto importante, referido a la creciente insatisfacción de la víctima ante el proceso penal, cabe señalar que si bien es cierto que el sistema tiene claras deficiencias a la

hora de poner en práctica los derechos consagrados a favor de la víctima en el Código Procesal Penal, esta sensación se ve aumentada o exacerbada por la acción de los medios de comunicación, los que informan de hechos delictivos sin objetividad y sin informar adecuadamente a la población acerca del funcionamiento del sistema procesal penal, el que tiene en su centro la presunción de inocencia del imputado.

Con ello, además insisten en contraponer los derechos de la víctima con los del imputado otorgándole primacía a los de aquélla, o al menos intentando equipararlos, en circunstancias que víctima e imputado no tienen ni pueden tener el mismo estatus en el Código Procesal Penal, precisamente porque la controversia penal que se ventila en el proceso se refiere a la existencia de la pretensión punitiva del Estado. Por ejemplo, cada vez que un juez de garantía deja en libertad a una persona por no concurrir los requisitos para la procedencia de la prisión preventiva, se hace excesivo hincapié en que aquella situación va en desmedro de la situación de la víctima, olvidando a su vez por completo los derechos del imputado y las bases sobre las cuales se estructura todo el proceso penal.

Finalmente cabe añadir a ello el hecho de que existen en la población falsas expectativas respecto de lo que el sistema de justicia penal puede efectivamente lograr (hay delitos en que es imposible alcanzar una condena, por ejemplo cuando no hay cómo identificar a quien lo ha cometido o cuando no se tienen más antecedentes que permitan seguir una línea de investigación que permita el esclarecimiento de los hechos).

Luego, el profesor Duce ha afirmado que las presiones tendientes a fortalecer los derechos fuertes de las víctimas tienen en parte como fundamento la ineptitud del sistema para poner en marcha los derechos procesales débiles, diagnóstico que es compartido. Es por ello que en primer lugar corresponde analizar lo que sucede actualmente con este tipo de derechos.

Así, en el sistema procesal penal chileno corresponde al Ministerio Público poner en práctica los que el profesor Duce ha denominado en su ponencia derechos procesales “débiles” de la víctima. Por ejemplo, el Código Procesal Penal le encomienda al ente persecutor adoptar las medidas de protección necesarias a favor de la víctima, cuestión que no es puesta en práctica y que se evidencia pues en reiteradas ocasiones estas medidas son solicitadas al Juez de Garantía en la primera audiencia realizada ante él, en circunstancias que debieron ser adoptadas mucho antes por la Fiscalía.

En esta misma línea, cabe señalar que si bien el Código consagra el derecho de la víctima a la información, esta cuestión también reviste problemas de operatividad por parte del Ministerio Público, lo que claramente contribuye a aumentar los niveles de insatisfacción de éstas ante el funcionamiento de la justicia penal. Así por ejemplo, si las víctimas estuvieran informadas acerca de lo que ha sucedido en su caso y, más importante aún, recibieran alguna mínima explicación para el curso de esos hechos, probablemente los niveles de insatisfacción que manifiestan las encuestas serían mucho menores.

Es decir, es el Ministerio Público el que ha dejado de lado a la víctima y, por ende, no ha puesto en práctica aquellos derechos que el legislador ha consagrado en su favor. En la línea expuesta, parecen adecuadas para fortalecer la posición de la víctima aquellas

propuestas tendientes a exigir al Ministerio Público una mejor fundamentación respecto de determinadas decisiones que inciden en la continuación del proceso penal (por ejemplo, en el caso del archivo provisional, de la comunicación de la decisión de no perseverar, decisión arbitraria de no formalizar la investigación).

Y aunque consideramos que el actual sistema ya considera en forma suficiente derechos a favor de la víctima, teniendo en consideración la situación actual en que las presiones por reconocerle mayores derechos aún son fuertes, una adecuada reforma tendría que apuntar al reconocimiento en su favor de mayores espacios de negociación al interior del proceso penal, haciendo prevalecer su interés particular y renunciando por ende el Estado a la pretensión punitiva, generando una distorsión y un cambio profundo en las bases que configuraron la reforma procesal penal.

Otra medida que es posible adoptar a favor de las víctimas, sin aumentar el desequilibrio en perjuicio del imputado, va en la línea de comprender que en buena parte su insatisfacción acerca de la participación en el proceso penal se genera porque una adecuada reparación de sus intereses exige medidas que no pueden ser adoptadas directamente al interior del mismo, y que más bien, si bien son una consecuencia de éste, le corresponde al Estado hacerse cargo de aquello. Es el caso por ejemplo de requerir reparación en términos de terapias o apoyo psicológico en caso de delitos violentos.

Dejando a un lado el fortalecimiento de las denominados “derechos débiles” y entrando de lleno a analizar las presiones tendientes a fortalecer los derechos procesales fuertes de la víctima, íntimamente vinculados al ejercicio de la acción penal en forma autónoma, es necesario insistir en que ya se encuentran suficientemente (sino en exceso) consagrados, y ahondar más en ellos no puede sino entorpecer en el modelo procesal penal inquisitivo reformado que consagra el Código Procesal Penal.

En concreto, fortalecer la posibilidad de la víctima de ejercer autónomamente la acción penal implica, en último término, darle la posibilidad al querellante de someter a un proceso penal a una persona sin que siquiera el Ministerio Público haya adquirido la convicción de que correspondía formalizar la investigación en su contra, dejando a las personas expuestas al ejercicio arbitrario de la acción penal por parte de particulares que sólo representan intereses privados en la persecución de los delitos, por lo que cualquier reforma que apunte en este sentido va en desmedro de los derechos del imputado y lo pone en pie de una desigualdad aún mayor frente al *ius puniendi* del Estado.

En esa línea, la propuesta de reforma tendiente a establecer explícitamente la posibilidad de forzar la acusación por parte del querellante sólo en aquellos casos en que el ente persecutor haya formalizado previamente la investigación que estaba desarrollando⁴³, si bien pareciera restringir de cierta forma el derecho del querellante reconocido por una minoritaria jurisprudencia a forzar aún sin formalización previa, resulta en total armonía con la protección del derecho a defensa del imputado.

⁴³ Contenida en la denominada “Reforma de la reforma”, Mensaje 502-360 de 29 de enero de 2013.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

En efecto “la exigencia de que la investigación sea formalizada, esto es, que exista una formulación de cargos previa a la acusación, constituye un rasgo distintivo del Código Procesal Penal chileno que asegura, así, anticipadamente, un adecuado ejercicio del derecho a defensa. A través de ella, el imputado adquiere prematuramente durante la etapa de investigación un conocimiento formal de los hechos que se le imputan y que son los únicos que podrán servir de base a la posterior acusación que se pretende dirigir en su contra”⁴⁴. Así, la exigencia de congruencia del CPP entre acusación y formalización se encuentra concebida como una manifestación particular del derecho a defensa.

Otro de los derechos que podríamos denominar “fuertes” que establece el Código Procesal Penal chileno (utilizando los términos de Duce) en favor de la víctima consiste en la posibilidad de recurrir respecto de determinadas resoluciones judiciales.

Al respecto el artículo 109 letra f) del Código Procesal Penal establece el derecho de la víctima a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, “aún cuando no hubiere intervenido en procedimiento”, derecho que se ve reforzado por lo establecido en el artículo 352 del mismo cuerpo legal (Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley).

Ante lo ya establecido por el legislador cabe observar en términos generales que si bien se trata de un derecho ya consagrado a favor de la víctima, éste no deja de ser contraproducente. En efecto, al otorgársele la posibilidad de recurrir incluso de la sentencia absolutoria sin siquiera haber intervenido en el proceso, pareciera eximirlo del requisito establecido para todo recurso, es decir, del perjuicio, pues ¿en qué sentido la sentencia no estaría otorgando a la víctima lo pedido si nada ha solicitado en el proceso –no existe una teoría del caso planteada por la víctima que en consecuencia haya podido ser desestimada-?

Siguiendo el análisis del derecho a recurrir establecido a favor de la víctima, referida a la situación precisa planteada por Duce de la posibilidad o no de que la víctima interponga un recurso de nulidad en contra de la sentencia invocando la causal establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal por violación del debido proceso, es necesario señalar que no estamos de acuerdo⁴⁵ en que parte de la jurisprudencia, a la par de lo que ha venido resolviendo a favor del Ministerio Público, le pudiera otorgar esa posibilidad.

Y ello por cuanto esta garantía constitucional no tiene por objeto instaurar el fair play entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la

⁴⁴ LÓPEZ, Julián, *Informe en Derecho: Sobre la procedencia de forzar la acusación cuando no se ha formalizado previamente la investigación*. Santiago, 21 de julio de 2010.

⁴⁵ En el mismo sentido de negarle esta posibilidad al Ministerio Público véase HORVITZ, María Inés. “Estatus de la víctima en el proceso penal, comentario a dos fallos de la Corte Suprema”, *Revista de Estudios de la Justicia* N°3 (2003), pp. 133 a 143.

potestad punitiva centralizada, la que amenaza siempre desbordar frente al imputado que aparece en posición de desigualdad.⁴⁶

En caso de permitírsele dicha posibilidad debería restringirse netamente a la infracción de garantías procesales de la víctima, todo lo cual sin embargo pareciera no ser la solución adecuada ante ese tipo de situaciones, desde que el resguardo de sus derechos corresponde al Ministerio Público y al Poder Judicial, y no se ve cómo ello podría haber influido en la sentencia definitiva, como para que se justifique la interposición de un recurso de nulidad.

Como otra forma de fortalecer los derechos fuertes de las víctimas se ha planteado la posibilidad de reponer una suerte de “acción popular”. Al respecto cabe señalar que históricamente éstas han sido criticadas por la posibilidad de que sean usadas como medio de chantaje o de delación. Además, durante el tiempo en que estuvo vigente en Chile, su incidencia práctica fue marginal, asumiendo la mayor importancia la acción ejercida por la víctima, y no aquella ejercida por terceros ajenos al delito.⁴⁷ Luego, en caso de realizarse igualmente una modificación ampliando el artículo 111 del Código Procesal Penal en los términos que propone la “reforma de la reforma”, debiera hacerlo sólo respecto de la criminalidad difusa, pues de lo contrario nuevamente pierde sentido la existencia de una acción penal pública, poniéndola en manos de particulares.

En la misma línea de lo expuesto en el presente artículo, acerca de la posibilidad de que existan querellantes institucionales, cabe señalar que efectivamente se produce una enorme desigualdad de armas dado que el poder punitivo del Estado se fortalece aún más en el proceso penal, lo que va en directo desmedro de los derechos del imputado. Todo lo contrario sucede con la propuesta de que en casos de pluralidad de querellantes se exija su comparecencia y actuación en el proceso a través de procurador común, pues consideramos que es una reforma totalmente necesaria si se quiere resguardar los derechos del imputado y las tantas veces mencionada igualdad de armas.

Acerca de la propuesta de establecer el patrimonio de la víctima como objeto de protección,⁴⁸ cabe señalar que si bien es una reforma que parece adecuada, hay que recalcar, para no generar falsas expectativas que luego no puedan ser cumplidas y que redunden en una mayor insatisfacción de las víctimas, el hecho de que por regla general los imputados no tienen los medios económicos suficientes como para responder.

Respecto a la propuesta de establecer la posibilidad de que la víctima solicite al Juzgado de Garantía el rechazo de la suspensión condicional del procedimiento por existir un interés público prevalente y no por prevalecer el interés particular de la víctima,⁴⁹ no parece en

⁴⁶ En este sentido, sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema ROL 4011-2005 de 26 de octubre de 2005 y sentencia ROL 1989-2002 de 2 de octubre de 2002. En contra, estableciendo la tesis de que el Ministerio Público está legitimado para interponer recurso de nulidad por esta causal, sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema ROL 3984-2005 de 15 de noviembre de 2005.

⁴⁷ HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho Procesal*, cit nota nº 41, p. 287.

⁴⁸ Contenida en la denominada “Reforma de la reforma”, Mensaje 502-360 de 29 de enero de 2013.

⁴⁹ “Reforma de la reforma”, Mensaje 502-360 de 29 de enero de 2013.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

realidad una medida que vaya en la línea de proteger sus intereses, sino que más bien pone en sus manos la persecución penal pública.

Para finalizar, resta pronunciarnos acerca del proyecto de ley que introduciría una “defensoría de las víctimas” (Mensaje 76-356 de 31 de marzo de 2008). Creemos que crear una nueva institución destinada exclusivamente a la defensa de la víctima resulta totalmente innecesario. Y ello porque es labor del Ministerio Público el proteger a la víctima y poner en práctica los derechos de ésta que el sistema procesal penal ya consagra. Es el ente acusador el que debe comprender que su mejor aliado para el esclarecimiento de los hechos y para una persecución penal más eficiente es precisamente la víctima. Además, la propuesta resulta económicamente ineficiente. En efecto, los costos económicos de implementar una nueva institucionalidad y las dilaciones que se generarían en el proceso penal producto de su intervención resultan mucho mayores que el real beneficio que podría reportar para las víctimas.

En definitiva, creemos que la solución a la creciente insatisfacción está en empoderar a las víctimas ante el Ministerio Público, pues si bien es cierto que éste no es “el abogado de la víctima”, si es a quien legalmente corresponde velar por sus derechos.

El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos

Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno

1. El problema.

Desde mediados de los setenta se ha venido forjando un importante consenso en torno a la evaluación como insatisfactoria de la posición que a la víctima se le ha venido reservando tradicionalmente en la política criminal. En concreto, en estos años se ha puesto de manifiesto, y criticado, cómo la relevancia político-criminal de la víctima se había venido ciñendo al sistema de justicia penal y, en éste, su único papel tras el evento delictivo era el de testigo privilegiado del evento (en los casos en los que siquiera lo era).

2. Las soluciones.

En una muestra más de la usual distancia entre la descripción y la prescripción en materia político-criminal, esta coincidencia en la situación fáctica y en su evaluación negativa se ha producido desde muy diversos planteamientos teóricos y normativos, lo que ha resultado en propuestas político-criminales igualmente variopintas. Ello se puede ver mediante dos ejemplos, situados en lo que pueden considerarse dos polos extremos de la discusión político-criminal:

Por un lado, la situación pasiva de la víctima en el procedimiento penal (en sentido lato: en todas las fases de funcionamiento del sistema de justicia penal, incluyendo la policial), fue en su momento definida por los partidarios de la criminología crítica como una “expropiación” de “su” conflicto por parte del Estado, pidiéndose la devolución (al menos parcial) del conflicto a la víctima (y el victimario) e insistiéndose en la importancia de concederle(s) un papel privilegiado en la determinación de las consecuencias del evento (incluyendo la exigencia -o no- de responsabilidades penales al autor).⁵⁰

⁵⁰ El artículo seminal es el de CHRISTIE, Nils, “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology* Nº 17 (1977), pp. 1-15. Como principales herederos de esta perspectiva se sitúan la corriente abolicionista (con sus numerosos ejemplos de delitos de daños y pequeños hurtos y su “olvido” de delitos como el homicidio, el genocidio o la violación) y la “justicia reparadora” (*restorative justice*), un planteamiento basado en la idea de que tanto la ausencia de reacción frente al delito como la reacción basada en el reproche estigmatizador o humillante son estrategias político-criminales menos fructíferas que el denominado “reproche reintegrador” (*reintegrative shaming*), que procede mostrando al autor que su hecho sin duda se desaprueba pero le trata con dignidad y subraya su pertenencia a la sociedad. Si bien esta estrategia político-criminal puede ensayarse a partir de diversos paradigmas teóricos, la versión más conocida es la propuesta por su impulsor, Braithwaite (ver por ejemplo BRAITHWAITE, John, “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice* vol. 25 (1999), pp. 1-127). Teóricamente más completa, y normativamente más exigente (exige una concepción positiva de la sociedad, no simplemente un planteamiento crítico), la justicia reparadora comparte con el abolicionismo las dudas respecto a su ámbito de actuación: las pruebas muestran importantes resultados positivos en el ámbito de delitos de escasa o medio-baja gravedad y en el ámbito de la justicia juvenil, pero una mucho más limitada proyección a delitos más graves. Para una interesante evaluación de sus avances y límites en un ordenamiento distinto de aquellos en los que originalmente se implementó, el de los EEUU, ver BEALE, Sara Sun, “Still Tough on Crime? Prospects for Restorative Justice in the United States”, *Utah Law Review*, 2003, pp. 413-437). Sobre la relación entre la justicia reparadora y los mecanismos de conciliación, así como sobre sus oportunidades en ordenamientos como los nuestros, ver

Por otro lado, piénsese en la apropiación del discurso de los “derechos de las víctimas” (*victims’ rights*) por parte de propuestas político-criminales punitivas del tipo “ley y orden”⁵¹ y su articulación mediante diversas estrategias en distintos momentos de la política criminal, que van desde la utilización de las imágenes, el nombre y el sufrimiento de las víctimas en el procedimiento legislativo de definición de conductas delictivas (y penas) hasta la concesión a éstas de una palabra privilegiada en la fase de determinación de la pena concreta a imponer al autor (*sentencing phase*) por medio de los informes de las víctimas sobre el impacto que el delito supuso en sus vidas (*victim impact statements*).⁵²

Por su parte, la dogmática jurídico-penal reaccionó al fenómeno de forma algo distinta a las anteriores propuestas y, en línea con la estrategia usual del quehacer dogmático ante los cambios en el entorno político-criminal, procedió a una revolución lampedusiana en la que todo parecía tener que cambiar para finalmente permanecer básicamente igual.⁵³ Así, todo el fragor de la contienda sobre la posición de la víctima en la política criminal se diluyó en la dogmática mediante la elaboración técnico-jurídicamente elaborada de las consecuencias que su conducta podría tener en la responsabilidad del autor. En este caso, sin embargo, no se actuó con la idea de reforzar la postura de la víctima (como ocurre con el resto de enfoques) sino más bien para, de la mano de los supuestos “deberes de autoprotección” de

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”. En ALCÁCER et al., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 465-497.

⁵¹ Al respecto, v. el archiconocido análisis de GARLAND, David, *The Culture of Control*, Chicago: Chicago University Press, 2001, al que precede en el tiempo el más específico análisis de BECKETT, Katherine. *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford: Oxford University Press, 1997; para una denuncia temprana (y un pronóstico acertado) de la situación por venir, ver MORRIS, Norval; HAWKINS, Gordon, *The Honest Politician’s Guide to Crime Control*, Chicago: Chicago, University Press, 1972.

⁵² Al respecto, v. las numerosas aristas del debate en ROBERTS, Julian V.; EREZ, Edna, “Communication at Sentencing: The Expressive Function of Victim Impact Statements”. En: BOTTOMS/Roberts (eds.). *Hearing the Victim: Adversarial Justice, Crime Victims and the State*, Cullompton: Willan Publishing 2010, pp. 232-254; en castellano es poca la literatura sobre este fenómeno (lógicamente, dada la contracción de su relevancia práctica a otros sistemas), destacando la contribución de PITLEVNIK, Leonardo, “Reflexiones sobre el texto ‘La ciudad y el poeta’”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo*, año 7, nº 2 (2007), pp. 63-84.

⁵³ El ejemplo más claro de este proceder se dio en los años setenta. En dicha década, las ilusiones del movimiento de acercamiento del Derecho penal a las ciencias sociales fueron traducidas (y amansadas) por parte de la dogmática penal mediante la propuesta, hoy hegemónica, de un modelo de elaboración dogmática presidido por la argumentación teleológica (telos: “política criminal”) que es mucho menos distinto a la situación anterior de lo que se quiere hacer ver. El principal exponente del referido modelo es, por supuesto, ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin: de Gruyter, 1971 (2ª ed., 1973). Al respecto, v., analizando la cuestión de modo retrospectivo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?). En: OCTAVIO DE TOLEDO et al. (eds.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 859-894. Para unos mucho más meritorios análisis “en tiempo real”, ceñidos a la propuesta de Roxin, ver DREHER, Eduard. “Schriftum. Claus Roxin: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, *Goldtdammers’s Archiv für Strafrecht*, 1971, pp. 217-218 y AMELUNG, Knut. “Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin”, en: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: de Gruyter, 1984, pp. 85-102 (se trata de una versión ampliada del trabajo del mismo título publicado en *Juristen Zeitung*, 1982, pp. 617 y ss.).

la víctima, delimitar de modo más estricto los deberes que frente a ella tiene el autor.⁵⁴

3. Propuesta/hipótesis.

Ninguno de los anteriores desarrollos me resulta convincente, y creo que el problema se encuentra en el que posiblemente es su único elemento común: mantener el tratamiento de la víctima dentro del sistema de justicia penal, bien para darle más poder,⁵⁵ bien para transformar el mismo en aras de su presunta mayor protección,⁵⁶ bien, finalmente, para reconfigurar las obligaciones de los ciudadanos para con sus conciudadanos.⁵⁷ Siendo más propositivo, entiendo que la correcta posición de la víctima en la política criminal se encuentra, de modo principal, fuera del sistema de justicia penal. Si la política criminal se define (según creo, de modo adecuado) como el conjunto de medidas para la prevención y, en su caso, reacción frente al delito,⁵⁸ y no sólo como una disciplina que se ocupa del Derecho penal *lege ferenda*, corresponde a la víctima en el mismo una doble posición:

- Por un lado, a la víctima eventual o en sentido abstracto (a la víctima “en sentido estadístico”), le corresponde un papel central, dado que una de las principales

⁵⁴ El fenómeno se ha producido por igual en la doctrina europea “deutscher Prägung” y en la estadounidense. Dos excelentes muestras son, respectivamente, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2001, y BERGELSON, Vera, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

⁵⁵ Lo cual obvia el problema que se pretendió salvar mediante la (excesiva) neutralización de la víctima en la política criminal: la subjetivación de la justicia penal y su posible instrumentalización por quienes más poder tienen.

⁵⁶ Mayor protección que se pretende obtener mediante la elevación de las penas con fines, es de suponer, disuasorios. La investigación empírica, sin embargo, es clara al respecto: la elevación de las penas apenas tiene efectos disuasorios, siendo mucho más relevante el incremento de su probabilidad (v. por ejemplo APEL, Robert; NAGIN, Daniel, “General Deterrence: A Review of Recent Evidence”, en: WILSON/PETERSILIA (eds.), *Crime and Public Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 411-436 (especialmente pp. 412-413). Incrementar la probabilidad, una medida realmente protectora de las eventuales víctimas, tiene sin embargo dos problemas políticos esenciales: su mayor coste (la elevación de la probabilidad de sanción pasa por invertir en la parte más cara del sistema de justicia penal, la policía) y su menor visibilidad política (si bien los incrementos del número de efectivos policiales pueden en principio ser objeto de mercadotecnia política, y ello se ha podido observar sobre todo en el nivel local, la obtención de estos parece resultar más compleja que su consecución por medio del procedimiento legislativo, seguramente por la mayor facilidad de movilizar el recuerdo personal de las víctimas en esta sede, algo a lo que seguramente no sea ajeno que las leyes modificadas pueden vincularse a concretos tipos delictivos, mientras que la labor policial tiene una impronta más general).

⁵⁷ Para una crítica a este proceder, de la mano de un análisis de las teorías de Bergelson, ver ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Old Wine in New Wineskins? Appraising Professor Bergelson's Plea for Comparative Criminal Liability”, 28 *Pace Law Review*, 2008, pp. 815-842. La crítica no niega que la conducta de la víctima pueda afectar a la responsabilidad del autor, sino el modo en que lo hace: desde luego, la conducta de la víctima puede hacer imprevisible el evento para el autor, excluyendo su negligencia, como ocurre por ejemplo cuando un conductor se encuentra con un peatón en el centro de una vía rápida; pero nada en nuestros ordenamientos jurídicos actuales permite inferir la existencia de supuestos deberes de las víctimas ante la actuación dolosa del autor, como ocurre cuando se habla de “deberes de autoprotección” en el ámbito de la estafa o en los supuestos de relaciones sexuales consentidas con asimetrías informativas.

⁵⁸ Facetas (prevención y eventual reacción) a las que habría que añadir otra tarea: el estudio de la definición del delito, tanto en sede legislativa como en sede del sistema de justicia penal. En esta pequeña gran observación consiste el legado indeleble de la teoría del etiquetamiento y de la criminología crítica.

preocupaciones de la política criminal ha de ser reducir el número de víctimas.⁵⁹ Pero este papel central no puede ser cumplido por una política criminal centrada en el uso extensivo de largas penas, dado que éstas por una parte no consiguen su objetivo disuasorio y, por otro lado, generan elevados costes penitenciarios, tanto patrimoniales como personales.

- Por otro lado, a la víctima real le ha de corresponder un papel más limitado y el objetivo político-criminal ha de ser predominantemente asistencial, en línea con las consideraciones que han llevado a numerosos Estados primero a favorecer la consecución del pago de los daños por el autor y luego a instaurar sistemas públicos de reparación para las víctimas. Las víctimas, como los agresores, son parte de nuestra sociedad, y su sufrimiento merece la misma solidaridad que el de otras víctimas de infortunios, sin que el hecho de haber sufrido un delito les haga acreedoras a una participación especial en los concretos procedimientos de determinación de la responsabilidad penal de los agresores.⁶⁰

Mi hipótesis es que los posicionamientos en favor de una reconsideración de la posición de la víctima en la política criminal contemporánea pueden de hecho resultar en un encubrimiento de las carencias reales en la materia. Quizás “cartera mata galán” no sea una descripción adecuada de las relaciones amorosas, pero “dureza mata racionalidad” sí parece una descripción precisa de buena parte de la actual política criminal.⁶¹

⁵⁹ La anterior información no supone pronunciarse sobre la un tanto atascada discusión en torno los fines de la pena, toda vez que la prevención puede resultar interesante tanto a las perspectivas consecuencialistas (por razones obvias) como a las deontológicas, que también pueden coincidir en que un mundo sin víctimas es mejor que un mundo con ellas, y ello aunque piensen, como hacen los retribucionistas de doble vía (posiblemente los únicos coherentes), que un mundo con víctimas y responsables condenados es mejor que un mundo con víctimas y responsables sin condenar. Sobre el “atasco” de las actuales teorías de la pena, v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)”, en: MIR/CORCOY (eds.): *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 385-407.

⁶⁰ En línea con el *dictum* del Juez Holmes en el sentido de que “incluso un perro distingue entre una patada y un tropezón accidental” (HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston: Little, 1881, p. 3), no se ignora aquí que el daño sufrido por las víctimas de delitos, especialmente de delitos dolosos, incluye un daño moral que en muchas ocasiones no se da en otro tipo de víctimas (por ejemplo, las de un accidente de circulación). Y tampoco se niega que la condena del agresor pueda contribuir a subsanar ese mayor daño. Sin embargo, la primera cuestión sólo afecta al *quantum* a subsanar (y, posiblemente, a la concreta técnica para hacerlo, pero esto último puede verse, sin excesiva simplificación, como una cuestión cuantitativa –relativa a los medios necesarios para costear tal técnica o tratamiento-). En cuanto al segundo aspecto, la introducción de la saciedad de los deseos de la víctima como fin del sistema de justicia penal exigiría la demolición del Derecho penal basado en la culpabilidad. Sobre el “merecimiento vengativo” (*vengeful desert*) al que esta perspectiva aboca y sus problemas, ver ROBINSON, Paul, *Distributive Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 136-138 y 140-142.

⁶¹ Por su importancia cuantitativa y cualitativa el mejor ejemplo actual es la política criminal contra las drogas. Para un extremadamente lúcido y equilibrado análisis en términos de políticas públicas, ver BOYUM, David; CAULKINS, Jonathan; KLEIMAN, Mark, “Drugs, Crime, and Public Policy”, en: WILSON/PETERSILIA (eds.), *Crime and Public Policy*, Oxford: Oxford University Press 2011, pp. 368-410.

4. El estudio empírico.

Para poner a prueba la hipótesis adelantada,⁶² en compañía del economista inglés Richard Dubourg (entonces en el *Home Office* británico) analicé las indemnizaciones concedidas en procedimientos por violación en todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales españolas en 2007.⁶³

En realidad, se trataba de una investigación menor dentro de un proyecto más amplio de análisis de todas las sentencias dictadas por esas mismas Audiencias Provinciales en dicho año en materia de delitos violentos. Para llevar a cabo dicha indagación, se procedió a efectuar una búsqueda a texto completo en la base de datos del CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial), la más completa base de datos jurisprudenciales de España, utilizando como términos de búsqueda las palabras “asesinato”, “homicidio”, “violación”, “sexual” y “robo”. Dada la magnitud de los resultados obtenidos (28.394 resoluciones), procedimos a construir una muestra, lo cual se hizo de forma por completo aleatoria para preservar la validez de los resultados. En concreto, se analizó el 10% de los resultados, eligiendo las sentencias cuyo número acabara en “4” (4, 14, 24... así hasta la 28.394), con un total de 2.839 sentencias analizadas.⁶⁴

- Los términos utilizados hacían inevitable la inclusión en los resultados de “falsos positivos”, esto es, de supuestos tenidos por delitos violentos que realmente no lo eran (por ejemplo, había supuestos de delitos contra la propiedad intelectual, incluidos entre los resultados por mencionar la palabra “violación” –de derechos-). En total, el 30% de la muestra resultó inservible (falsos positivos, absoluciones y sentencias de las que por su inadecuada motivación era imposible extraer la información).
- De las sentencias válidas, el 88% eran supuestos de apelación. Dado que se trata de casos en los que el delito por el que se acusa tiene prevista una pena privativa de libertad de hasta cinco años, ello ya muestra el carácter afortunadamente minoritario de los delitos violentos realmente graves que tanto preocupan a la población.

En España, fruto de una casualidad histórica, la responsabilidad civil derivada de delito se dirime en el procedimiento penal (ello no es obligatorio, dado que la víctima puede

⁶² Que no para “corroborarla”, dado que, como demostró Karl Popper hace ya casi un siglo, la verificación no es un criterio apto para la prueba de la validez de los asertos empíricos.

⁶³ Conforme a la regulación española vigente, los delitos sexuales se dividen, *grosso modo*, en abusos sexuales (cuando no concurre violencia ni intimidación) y agresiones sexuales (cuando concurre alguna de estas circunstancias). Ulteriormente, dentro de las agresiones sexuales se diferencia entre la violación (cuando existe penetración, sea por vía vaginal, oral o rectal) y el resto de agresiones sexuales. El estudio se refería a la violación conforme a su actual sentido técnico-jurídico en el ordenamiento jurídico español, esto es, delitos sexuales violentos o intimidatorios en los que concurre penetración por alguna de las vías referidas.

⁶⁴ Elegir las sentencias por su terminación numérica garantizaba que el criterio de selección nada tuviera que ver con el contenido (los números los asigna la base de datos del Cendoj en cada búsqueda basándose en el orden cronológico de las decisiones encontradas). La elección del 4 como terminación también fue aleatoria: entré en el despacho de mi compañera del área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, la profesora Dra. Raquel Montaner, y le pedí que me dijera un número del 0 al 9 (el lector ya sabe cuál dijo).

reservarse sus acciones para un procedimiento civil, pero en la inmensa mayoría de los casos de hecho no lo hace). Dado que el objetivo de la acción por responsabilidad civil *ex delicto* es la plena compensación del daño, ello implica que las sentencias penales tienen la obligación de motivar sus pronunciamientos civiles y de otorgar indemnizaciones que cubran todo el daño causado. En teoría ello supone que la sentencia penal debe ofrecer abundante información empírica sobre los daños sufridos por las víctimas.

Aprovechando la anterior circunstancia, de las sentencias (todas) se extrajo información relativa a dos variables: por un lado, las consecuencias para la víctima en términos de tiempo de recuperación, de impedimento para la realización de las funciones habituales y de estancia en el hospital; por otro lado, la compensación otorgada y, en su caso, cuando ello constaba, los conceptos concretos que se indemnizaban. A continuación se muestran los resultados para el delito de violación (entre paréntesis, el valor medio):

- Consecuencias:
 - Tiempo de recuperación (5,05 días)
 - Tiempo de impedimento (4,53 días)
 - Tiempo en el hospital (0 días)
- Compensación otorgada:
 - Daños propiedad/perjuicio económico (0 €)
 - Daños “a la salud” o “morales” (13.410,7 €)
- Físicos: (42,3 €)
- Psíquicos: (3.947,4 €)

En el caso de la violación, las sentencias fueron objeto de una ulterior profundización, yendo a los hechos probados además de al fallo para conseguir información empírica más detallada sobre la prevalencia de los siguientes estados de salud según el relato de hechos/los fallos de las sentencias:

- Trastorno de estrés postraumático (TEPT) grave: 5%
- Depresión: 5%
- TEPT leve/moderado: 10%
- Embarazo: 5%
- Moratones/rasguños leves: 58%
- Arañazos: 10%

La elección de los anteriores estados de salud no fue casual: los mismos se corresponden con las categorías usadas en el Reino Unido para la determinación de la gravedad de una agresión sexual. Ello nos permitió pasar al siguiente paso, que fue el cálculo de costes físicos y psíquicos de los estados de salud según el método AVAC –Años de Vida Ajustados por Calidad- (en inglés, *QALY: Quality Adjusted Life Years*).⁶⁵

⁶⁵ Evidentemente, los valores de los daños físicos y psíquicos son los relativos a aquellas sentencias que los especificaban. En el caso de la violación, sin embargo, el supuesto más habitual, con mucho, es la concesión de una cifra global que, en su caso, se afirma conceder por “daño moral”. Las cifras relativas a los daños físicos y psíquicos se incluyen sólo para mostrar su escaso valor en comparación con el total.

Este método, ampliamente usado por los economistas de la salud y en general por especialistas en medicina,⁶⁶ ofrece una métrica para la salud y la longevidad basada en una idea simple: la vida es una sucesión de estados de salud que van desde la muerte a la salud perfecta, con cualquier otro estado de salud entre medias (desde la bronquitis hasta el cáncer de pulmón, pasando por la depresión y el dolor de cabeza). Para determinar la calidad relativa de la vida en cada uno de estos estados intermedios entre la muerte y la salud perfecta se efectúan encuestas a personas que han sufrido estas situaciones o enfermedades, a miembros de la profesión médica especializados en su estudio o tratamiento y a miembros de la ciudadanía en general, y se les pide que evalúen la calidad de vida mientras persiste cada estado de salud en una escala del 0 (muerte) al 1 (salud perfecta). El número QUALY de un perfil de salud determinado se calcula sumando el número de años de vida que se pasa (o que se prevé que se pasará) en cada estado de salud.

Pues bien, usando la información sobre la prevalencia de estados de salud que encontramos en España y aplicando la técnica QUALY, resultó que la compensación necesaria para compensar a las víctimas de violación por dicho estado de menor salud era de 21.936 € (recuérdese que los tribunales atribuyeron indemnizaciones por un valor medio de 13.410,7 €, esto es, aproximadamente un 63% menos).

Si por el contrario, nos basamos en los supuestos relativos a la prevalencia de estados disminuidos de salud utilizados en el Reino Unido, aplicando la técnica QUALY tendríamos unos daños por valor de 91.158 €.

Como puede verse, esta cantidad multiplica aproximadamente por 4,15 la cantidad obtenida usando la información sobre la prevalencia de estados de salud según la jurisprudencia española, y así mismo multiplica por un aún más elevado 6,8 la cantidad efectivamente otorgada por los tribunales españoles.

Profundizando en el análisis, pudimos descubrir que casi toda la diferencia se debe a la distancia entre la prevalencia de estados de salud psicológica de un sistema (tribunales españoles) y otro (agencia de indemnización de daños a las víctimas en el Reino Unido):

	España	Reino Unido
TEPT (leve/moderado)	10%	34,3%
TEPT (grave)	5%	14,7%
Depresión	5%	20%
Estrés agudo	0%	100%

Por supuesto, estamos ante una cuestión empírica, y por lo tanto es posible que las diferencias sean reales, y no un producto del modo como se efectúa la medida (técnicamente: un artefacto del instrumento de medida). Sin embargo, las medidas se

⁶⁶ Una excelente descripción de este método se encuentra en ADLER, Matthew, "QUALYs and Policy Evaluation: A New Perspective", *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* VI: I (2006), pp. 1-84 (especialmente páginas 1-12).

refieren a las reacciones psicológicas por parte de las víctimas de delitos sexuales, y el significado cultural de estos delitos es muy similar entre las poblaciones de España y del Reino Unido. Frente a este dato, el que las diferencias sean tan significativas autoriza a pensar que estamos ante un artefacto del instrumento de medida, esto es, que los jueces españoles no indagan adecuadamente los impactos psicológicos en este tipo de casos.⁶⁷

La anterior impresión se fortalece cuando se piensa que, dentro de la escasísima información empírica al respecto (España tiene una merecida reputación de opacidad en todo lo que respecta a los datos relativos al sistema de justicia penal), existe un estudio que midió precisamente la prevalencia de uno de los referidos estados psicológicos, el TEPT, en víctimas de delitos sexuales, encontrando que la tasa de prevalencia en víctimas de lo que el estudio denomina “agresión sexual” (sin diferenciar si se trata de violación o de otro tipo de agresión sexual menos grave), es del 69,9%.⁶⁸

5. Alguna conclusión provisional.

El anterior estudio empírico no demuestra fuera de toda duda que los tribunales españoles infraindemnicen a las víctimas de violación: ciertamente les dan mucho menos dinero del que les otorgaría el organismo administrativo que se ocupa de la cuestión en Reino Unido, pero podría ser (es decir: es *posible*, en un sentido lógico del término), que sea el Reino Unido quien sobreindemnice a las víctimas de estos delitos.

Demos, sin embargo, por hecho a efectos argumentativos que los tribunales españoles infraindemnizan a las víctimas de violaciones, y demos también por hecho a esos mismos efectos que lo hacen por una inadecuada atención a los estados de salud efectivamente resultantes de la comisión del delito de violación. ¿Es posible extraer alguna conclusión? Entiendo que sí.

Avancé en un apartado anterior que uno de los problemas de la reubicación de la víctima en la política criminal era el oscurecimiento de la realidad de su situación allí donde más cuenta: en su propio bienestar. Ciertamente, el legislador español ha mostrado en numerosas ocasiones y por medio de diversas reformas su solidaridad genérica con las

⁶⁷ También resulta significativa la cifra de “0%” de prevalencia de estrés agudo en una experiencia traumática como la violación. Sería por supuesto injusto concluir que los jueces en España consideran que la violación no es una experiencia estresante. En realidad lo más probable es que entiendan que es una experiencia muy traumática pero no se detengan a especificar en qué consiste ese contenido traumático. Al no hacerlo, es bien posible que omitan la consideración de impactos en la salud que se dan efectivamente.

⁶⁸ ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz, y AMOR, Pedro Javier, “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, *Psicothema*, vol. 14 (2002), pp. 139-146 (p. 143, Figura 2). El estudio también apunta cómo la prevalencia del ETPT en los momentos posteriores más cercanos a la agresión sexual es del 80%. Parecería que los relatos de las sentencias deberían recoger precisamente información relativa a tales momentos, lo que hace aún más inexplicable el porcentaje de prevalencia encontrado (recuérdese: 15% entre leve y moderado). El estudio que se comenta no diferenciaba entre TEPT leve y moderado, pero, incluso asumiendo contra toda probabilidad que el 80% de incidencia de TEPT se refiriera todo a su modalidad moderada, las diferencias seguirían siendo muy importantes. Si por el contrario trasladásemos la proporción encontrada por la jurisprudencia (1/3 de TEPT grave, 2/3 TEPT moderado), tendríamos, sobre el 80% referido en el estudio de Echeburúa *et al*, una prevalencia del 25,72 % de TEPT grave y del 53,28% de TEPT moderado. Cifras que quintuplican las encontradas en el estudio jurisprudencial realizado.

víctimas de este tipo de delitos, expresada, torpemente a mí entender, mediante la elevación de las penas de este delito y la previsión de ulterior medidas restrictivas de los derechos de quienes resultan por ellos condenados⁶⁹. Sin embargo, no se ha preocupado de indagar si la respuesta indemnizatoria por parte de los tribunales se sitúa en el nivel necesario, lo cual resulta doblemente problemático porque estas cantidades, en muy pocas ocasiones susceptibles de pago por infractores de renta limitada que se encuentran laboralmente inoportunados mediante su estancia en prisión, acabarán siendo pagadas por un sistema público de compensación de las víctimas de delitos violentos y sexuales que toma como medida la indemnización decretada y concede un pago de aproximadamente el 70% de dicha cantidad (ya inadecuadamente reducida).

Comentario de Francisco Maldonado Fuentes a la ponencia: "El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos"
(Iñigo Ortiz de Urbina)

En primer lugar, quisiera explicitar que mi cercanía con este tema en forma previa al seminario era nula, estado que se origina en una opción intencional. En mi caso en particular, presento una particular aversión a los temas o corrientes que me parecen se ubican en torno a determinadas *modas*. Me parece que la exposición de quienes me han precedido deja en claro que el interés que en tiempos recientes ha suscitado la posición de la víctima del delito no escapa a dicha condición y con efectos del todo nefastos para su propia condición. Agradezco por ello a Sebastián Salinero que, con la organización de este evento, me obligó a considerar este supuesto y su tratamiento *de moda* de manera mínimamente responsable, habiendo procurado informarme de manera suficiente. Mi posición se anticipa por ello desde un punto de partida escéptico.

En segundo lugar, quisiera dejar en claro que parto de una visión algo más amplia acerca de la noción de política criminal en relación a la que utiliza el profesor Ortiz de Urbina. Por ello no me cuesta tanto trabajo el aceptar que dicha política abarca tanto la evitación de delitos como el tratamiento de sus efectos y, con ello, es más o menos obvio que debo concluir que la posición de la víctima es parte de las ocupaciones del modelo en aplicación de dicho campo de las preocupaciones públicas. El problema radica en que desde hace tiempo que la política criminal se trabaja desde las perspectivas que ofrece la improvisación. De ahí que sea plenamente destacable que existan quienes procuran opinar desde bases documentadas y con fuentes empíricas, como sucede, a nivel general, con la obra del expositor.

En tercer lugar, quisiera dejar constancia de que, a mi juicio, la mayoría de las decisiones importantes en nuestro país (como en muchos) se adoptan desde la política de hacienda. Lo relevante de ello es preguntarnos por qué políticas que son más rentables que la cárcel no

⁶⁹ En España, la pena por el delito de violación ha sido incrementada en tres ocasiones desde 1995, habiéndose así mismo endurecido su régimen de cumplimiento penitenciario al imposibilitar el paso al más suave "tercer grado" de los condenados por este delito (y otros) hasta que hayan cumplido efectivamente una porción relevante de su pena (el denominado "período de seguridad", introducido en 2003) y habiéndose también previsto una medida de seguridad para imputables (la llamada "libertad vigilada", introducida en 2010) que permite su seguimiento y su sometimiento a medidas de conducta durante un período de diez años.

logran posicionarse ni obtener apoyos, siendo una características que, en general, puede predicarse de cualquier tipo de alternativas, complementos o sustitutivos. Lo apunto como un llamado de atención a nuestra función como académicos, de cara a favorecer el que nuestras ideas puedan llegar a incidir en las decisiones públicas.

Entrando al fondo de la cuestión, y como punto de partida, debo advertir que comparto la tesis central que sirve de base al planteamiento del Prof. Ortiz de Urbina, esto es, que resulta completamente erróneo pretender asignar un tratamiento particular a la posición que ocupa la víctima de un delito al interior del sistema penal. En efecto, es usual entender que ésta, en cuanto tal, debe tener incidencia en la configuración de los presupuestos y forma de reacción que son propias del derecho penal en atención a la concurrencia de una especie de derecho subjetivo a la reparación simbólica del daño causado con el delito mediante la imposición del castigo que supone la pena; o, en atención a que detenta un lugar privilegiado en el proceso penal toda vez que su posición permite asignarle el carácter de ser el mejor testigo de cargo; o, finalmente, en consideración a que su posición y opinión permite apreciar en forma (mas) precisa la real extensión del daño ocasionado con la comisión del delito, entre otras afirmaciones similares.

También, y por razones del todo similares a las expuestas por el Prof. Ortiz de Urbina, coincidimos en que el estatus o función que es posible asignar a la víctima entre los objetivos de la política criminal se ubica en un nivel diverso a aquél en el que opera la relación entre el delito y la pena (el que es propio del funcionamiento del sistema de justicia penal). De ahí que su consideración en torno a este último ámbito provoque confusiones, lo que además genera un verdadero "encubrimiento" de su situación. Esto último es, de hecho, lo más complejo pues produce la imagen de que nos estamos ocupando de la víctima (de su posición o intereses) a través del derecho penal, cuando en realidad ello no ocurre, con el agravante de que desatendemos sus necesidades reales.

Por sobre tópicos en común hay otros que forman parte de su presentación y que no comparto. Se trata, en general, de conclusiones a las que arriba el autor a partir de dicha base común:

- a) Ortiz de Urbina sostiene que un concepto de víctima abstracto o, mejor dicho, estadístico está llamado a cumplir un papel, asociado a la idea de que el sistema de justicia penal (y la política criminal) deben reducir el delito y, con ello, la *cantidad* de víctimas. Sin embargo creo que esta víctima *eventual* o *estadística* a la que se alude no es más que una forma diversa de aludir al propio delito, a su ocurrencia, etc. En ello se aprecia de inmediato lo superfluo que resulta en dicha medición el constatar que el delito tenga una víctima concreta, que éstas sean una o varias o que, en fin, carezca de aquella (como en los delitos que afectan bienes colectivos, etc.). Se trata por ello de una noción o idea de víctima que carece de sustrato autónomo, siendo equivalente a afirmar, como objetivo político criminal, que se pretende prevenir o evitar el delito y, consecuentemente (lo que es igual) el que haya (y no siempre) *víctimas*.

b) Por otro lado, entiende el autor que a la idea de víctima en el plano de lo real (la víctima concreta, no estadística) le corresponde un papel limitado, cuya fuente radica, preferentemente, en el plano de la política social del Estado. Ello conecta con la necesidad de disponer medidas tendientes a su reparación, sea pecuniaria o de carácter más amplio, basadas (desde el punto de vista de los intereses sociales) en deberes colectivos de solidaridad (asociados al hecho de que el padecimiento emanado del hecho de haber sufrido el delito se define como un infortunio). Dicho esto creemos necesario tener en cuenta lo siguiente:

- Es indiscutible que el estatus de víctima da lugar a efectos que deben ser captados y trabajados a través de la política social del Estado y no por ello dejan de ser parte de la política criminal, en cuanto ámbito de la política pública encargado de la mejor solución de los conflictos sociales que ponen en riesgo la convivencia de forma importante o relevante;

- Los presupuestos ofrecidos por el autor refuerzan la idea de legitimidad de la pretensión de reparación y, con ello, de los gastos que supone para el aparato estatal, si se toma en serio la idea de *solidaridad* que razonablemente propone como base a partir de la constatación del padecimiento de un infortunio que no es atribuible. Se trata de una construcción que apunta directamente a la asunción de un principio de responsabilidad pública ubicada, en consecuencia, en paralelo a las necesidades de satisfacción de derechos.

- La reparación aludida se vincula a los efectos atribuibles al hecho delictivo, presupuesto que se constituye con total independencia de la acreditación de su atribución individual. Ello confirma que se trata de un ámbito que opera a partir de bases diversas, ratificando su independencia o autonomía respecto de los objetivos político criminales que son propios del sistema penal;

- La reparación, finalmente, se extiende a todo daño emanado de dicho presupuesto, lo que comprende las afectaciones de carácter material; psicológico; las necesidades de tratamiento asociado a la reconstrucción de lazos o de espacios resquebrajados por el delito, etc. Se extiende asimismo a los problemas conexos a aquellos, sirviendo de ejemplo paradigmático cualquier caso grave de violencia doméstica o intrafamiliar, en cuanto demandará, con seguridad, atención en salud física y atención psicológica, pero también asistencia en materia habitacional, económica, de integración o cohesión familiar, y, además, tratamiento asociado a dependencias (alcoholismo o drogadicción).

Ahora bien. Por sobre dichos tópicos creo que el hecho de reconocer que lo relevante en torno a "*la víctima*" se ubica fuera del sistema penal constituye por sí misma una premisa que también tiene consecuencias en torno al papel que se le asigna o, mejor dicho, que se le pretende asignar "en" el sistema penal.

En primer lugar ratifica que su relevancia es, en principio, ajena a dicha estructura de intervención; confirmando más bien la idea de que el conflicto *que se le ha expropiado* se

encuentra *bien expropiado*. Los efectos procesales (preferentes en los modelos) que se extraen de dicha afirmación son del todo conocidos, de forma que, entiendo, carece de sentido reproducirlos acá.

En segundo lugar, deja en evidencia el eufemismo presente en la llamada *victimodogmática*, denominación que define el tratamiento asignado a los casos donde cabe algún papel a la víctima en la exclusión de la imputación penal atribuible al autor de un delito, en atención a que corresponde a una consecuencia que forma parte de su propia esfera de organización o responsabilidad. A nuestro juicio se trata de una lectura "desde la vereda del frente" respecto de las exigencias tradicionales de la imputación penal y no una extensión de las mismas fundadas en una novedosa y especial posición de aquella, pues se busca definir en qué casos el resultado es imputable (en condición de autor, responsable, etc.) a quien lo sufre. Se trata por ello de un razonamiento centrado en la posición de quien debe soportar los costes de su actuar, es decir, de quien es responsable de la ocurrencia de un hecho, lo que lleva a tratar a *la víctima* en cuanto *responsable* de su propia condición. Es decir, no es un planteamiento centrado en quien padece un daño sino en quien es autor por el mismo. La condición de un caso de *suicidio* permite apreciarlo con claridad, pues en dicho supuesto la víctima y el autor se confunden, como sucede con la *victimodogmática*.

Con ello no me parece que sea relevante la *chapa* o el *calificativo* en cuanto víctima pues, es igualmente precisa la conclusión a la que se arriba si se observa el fenómeno desde el prisma del autor, en cuanto el daño, en dicho caso, no le será atribuible. Algo similar (aunque no equivalente) sucede en los casos prototípicos asociados a la idea de *poena naturalis*, en los que el resultado lesivo asociado a la conducta delictiva termina por afectar personalmente a su autor en forma directa.

Por sobre todo ello, entiendo que sigue quedando pendiente la tarea de identificar si existe algún otro ámbito, papel o función posible de asignar a la víctima en el ámbito de la política criminal. Ello incluye despejar las dudas acerca de la relación o participación que cabe reconocerle en la configuración de la *censura*, *reproche* o *significado reprobatorio* que subyace al uso y aplicación de las herramientas del derecho penal. Lo relevante es determinar si el particular sentido que a su respecto representa el delito y la pena, su significado y el que corresponde a los efectos que ha padecido a consecuencia de su comisión permiten reconocerle y atribuirle algún efecto que comprometa su participación en las instituciones que configuran el sistema penal, interviniendo como víctima (esta vez sí) en sentido tradicional, en propiedad. Esta alternativa, desechada de plano por el profesor Ortiz de Urbina, es a nuestro juicio plausible, siendo, además, relevante de explorar. Por de pronto:

- a) Es posible sostener una serie de limitaciones en las facultades de intervención de los órganos jurisdiccionales e investigativos (y en las atribuciones de la defensa) a partir de su condición, por ejemplo, referida a aquellas que tienden a provocar (y asegurar) una disminución en los efectos de victimización secundaria;
- b) Cabe también considerar, en determinados casos, la *posición* de la víctima a la hora de acometer la tarea de determinación cualitativa de la respuesta penal, de

cara a la consecución de una maximización de sus efectos o de un mejor aprovechamiento para la satisfacción de los requerimientos que conlleva su condición. Baste mencionar como ejemplo el sentido que tienen dichas consideraciones a la hora de valorar y determinar la aplicación de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad; a la hora de ponderar los efectos preventivos del comiso; otras medidas de compensación simbólica o la propia aplicación de sustitutivos penales.

Debemos aclarar que en caso alguno consideramos que dichas apreciaciones debieran llegar a incidir positivamente en términos preventivo especiales, generales (asociados a fines de estabilización o integración) o retributivos, pues ello implicaría una modalidad de confusión (llevar la categoría a un ámbito que le es ajeno, el del delito) sino que debieran ser valorados en cuanto intereses de la propia víctima, necesarios de tener en cuenta en dicha sede.

En síntesis, comparto el diagnóstico inicial, la vía de solución, pero creo que hay matices vinculados al reconocimiento de un papel real en su condición de tal dentro del sistema, siendo necesario explorar en forma seria y con la especial preocupación de evitar confusiones. Creo asimismo, que el desafío que supone tomar en serio a la víctima desde la perspectiva de los deberes u obligaciones de la política social del Estado merece, aún, la máxima consideración.

**Conferencia Seminario “La víctima en el sistema de justicia penal”. Mesa “La víctima
en el Derecho Penal Internacional”**

Raúl Carnevali

El examen de la víctima desde la perspectiva del Derecho penal internacional nos lleva necesariamente a analizar las graves violaciones a los derechos humanos y discutir de qué forma establecer respuestas que permitan superar el conflicto. En este contexto, es que se habla de justicia de transición y la disposición de medidas sean o no judiciales, dirigidas a la reconciliación y a la reparación de las víctimas.

Precisamente, la interrogante que surge es de qué forma lograr esto último. ¿Es suficiente la formación de comisiones de verdad que en su propósito de asegurar la paz y la reconciliación? Que eventualmente se renuncie a la persecución penal y por tanto al castigo.

En términos amplios ¿Tiene el perdón, en pos de la reconciliación, un estatus moral superior al castigo? Incluso, cuando los hechos investigados por estas comisiones ponen en evidencia que se está –frente a delitos –especialmente graves, como son las violaciones a los derechos humanos–. ¿Puede aún así, primar el perdón por sobre la pena?

Perdón entendido en un sentido amplio; es decir, cuando se resuelve la no investigación o el no enjuiciamiento. Así como, la dictación de amnistías o indultos
El tema en esta esfera no es fácil de dilucidar.

El propio Estatuto de Roma en su preámbulo señala expresamente que uno de los objetivos de su instauración –loable por cierto– es poner fin a la impunidad.⁷⁰ De ello parece entenderse que cuando se está frente a crímenes internacionales existiría la necesidad de investigar y enjuiciar a los culpables. Al parecer, lo que se quiere afirmar es que todo delito debe ser siempre castigado, por cuanto que impunidad es el no castigo (ausencia de castigo). Por tanto, para evitar aquello debe recurrirse al Derecho penal, no renunciar a él. Esta afirmación tiene importancia, de cara a los procesos de transición, donde sería posible renunciar al castigo si, por ejemplo, el autor se confiesa ante comisiones de reconciliación.

De ocurrir lo expuesto, ¿podría entenderse que el Estado parte incumple una obligación? ¿Puede la Corte Penal Internacional (CPI) ejercer, igualmente, su competencia a través del principio de complementariedad?

Precisamente, el discurso de la lucha contra la impunidad está estrechamente vinculado con otro discurso, a saber, el derecho de la víctima al castigo del autor. De algún modo las doctrinas contra la impunidad tienen como eje central en su discurso *el de hacer justicia a través del castigo del autor*.

⁷⁰ Preámbulo del Estatuto de Roma: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...). Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

Quisiera comenzar este tema citando un caso ocurrido en Alemania que ha generado toda una discusión sobre este punto.

En marzo de 1996 es secuestrado Jan Philipp Reemtsma, permaneciendo encerrado por 33 días. Luego fue liberado al pagar su familia 30 millones de marcos.⁷¹

Desde aquel entonces, ha alcanzado gran notoriedad, publicando un libro *Im Keller*. Entre otras afirmaciones, señala: “La pena muestra la solidaridad de la comunidad con la víctima”. En diversas charlas acerca del trauma que para la víctima significa el delito, afirma: “el derecho de la víctima de obligar al Estado a penar al ofensor”. Cuál es su fundamento, la víctima también requiere de rehabilitación.⁷² Precisamente, la pena reduce el daño para la víctima que ha sido humillada por el delito, pues vuelve a creer en el Derecho, creencia que en su momento fue destruida por el autor al cometer el delito.

Frente a los planteamientos de Reemtsma, y empleando su lenguaje, se puede entender que la víctima tiene derecho a ser “compensada”; es decir, recibir una respuesta simbólica de restablecimiento de su autoestima, su dignidad, lo que, incluso, favorece el interés público de que se responda frente al delito. La cuestión es, si esta compensación sólo se satisface con la imposición efectiva del castigo o basta la declaración de la pena a través de una sentencia.

Toda esta discusión acerca del derecho de las víctimas al castigo, está estrechamente relacionada, como se ha indicado, con otro discurso: *la lucha contra la impunidad*. Como bien lo señala Silva Sánchez, ambos se relacionan en cuanto a que la lucha contra la impunidad busca satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, entendida esta última, y para este efecto, como derecho al castigo del autor.⁷³

Es interesante tener presente, que esta tendencia de lucha contra la impunidad se puede apreciar a través de distintas manifestaciones. Así, por ejemplo, el endurecimiento de las normas penales, a través del cuestionamiento a la prescripción y aumentos en sus plazos, como sucede con el artículo 369 *quater* del Código penal chileno. Esto último, puede ser el inicio de una futura consagración de la imprescriptibilidad, y la supresión del indulto.

En materia de Derecho penal internacional, es donde mejor se puede apreciar los problemas expuestos precedentemente, sobre todo con la aplicación del principio de complementariedad que se regula en el propio Estatuto de Roma. Como ya se resaltó, en su preámbulo se afirma que debe ponerse fin a la impunidad. Podría decirse, que hay una

⁷¹ PRITTWITZ, Cornelius, “La resurrección de la víctima en la teoría penal” (trad. de Reyna Alfaro, Luis). En: VV.AA., *La víctima en el sistema penal*. Lima: Ed. Grijley, 2006, p. 61 y ss.

⁷² PRITTWITZ, “La resurrección”, cit. nota n° 71, p. 77.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Una crítica a las doctrinas penales de la “Lucha contra la impunidad” y del “Derecho de la víctima al castigo del autor””, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 11 (2009), pp. 35-56, p. 35.

especie de sentimiento de que si los delitos quedan impunes, el mal volverá y la sociedad se convertirá en cómplice. Es lo que planteaba Kant en su ejemplo de la isla.⁷⁴

Volviendo pues, al problema central y que motiva esta presentación, *¿el restablecimiento de la dignidad de la víctima sólo cabe con el cumplimiento efectivo de la pena?* Ello es por cierto, discutible, pues puede pensarse que la “solidaridad con la víctima”, recurriendo a las palabras de Reemtsma, podría cumplirse también con la declaración de culpabilidad expresada en la sentencia. De este modo, se satisfacerían exigencias de orden preventivo general positivo, en la medida que con la declaración de la pena tiene lugar un mensaje comunicativo: *expresión de castigo al autor del delito y restablecimiento de confianza en la norma*. Es más, también puede pensarse que el perdón, en cuanto tiene lugar un reconocimiento del hecho injusto y la responsabilidad, también podría conformar un equivalente funcional a la pena.⁷⁵

Imponer al Estado el deber de castigar efectivamente —ningún instrumento normativo lo exige—, o dicho en otros términos, considerar que la víctima tendría un derecho frente al Estado, supone cuestionar de qué modo ejerce el *ius puniendi*. Es el Estado el que debe determinar si además, por razones preventivas, se debe aplicar efectivamente la pena. Dejar entregado esto último sólo a las necesidades de la víctima, sería, como afirma Silva, sólo venganza institucionalizada.⁷⁶

El creciente discurso acerca de la víctima y su protección, tienen indudables repercusiones en el Derecho penal y en general, no han sido positivas, pues pueden traducirse en políticas expansionistas. Es más, y en palabras del prof. Alemán Peter-Alexis Albretcht de Frankfurt “la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles”.⁷⁷

Ahora bien, retomando la discusión acerca de los caminos seguidos por los procesos de justicia de transición. Cabe preguntarse si la reconciliación o la “solidaridad” con las víctimas también puede alcanzarse a través de otras vías —así, las amnistías o la abstención de toda persecución penal—. Si, la justicia y la reparación a las víctimas pueden alcanzarse también con prescindencia del castigo. En definitiva, si se puede hablarse de justicia en un sentido amplio —más allá que sólo persecución penal—. ⁷⁸

Mi respuesta es afirmativa, es posible, en este sentido, hablar de justicia en sentido amplio.

En el ámbito de las violaciones a los derechos humanos creo que una vía interpretativa para entender la admisibilidad de procesos de reconciliación y de perdón se encuentra en el art.

⁷⁴ Así, FLETCHER, George P., “En lugar de las víctimas en la teoría de la retribución”, (trad. de Reyna Alfaro, Luis). En: VV.AA., *La víctima en el sistema penal*. Lima: Ed. Grijley, 2006, p. 98.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, “Una crítica”, cit. nota n° 73, p. 49.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, “Una crítica”, cit. nota n° 73, p. 56.

⁷⁷ ALBRETCHT, Peter-Alexis, “La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal”, (trad. de Reyna Alfaro, Luis). En: VV.AA., *La víctima en el sistema penal*. Lima: Ed. Grijley, 2006, p. 58.

⁷⁸ AMBOS, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.), *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 24, 102.

53 1. c) y 2. c) del Estatuto de Roma. En efecto, se señala expresamente que el fiscal debe tener en consideración para iniciar una investigación o para fundamentar el enjuiciamiento si redundo o no en interés de la justicia.⁷⁹

Si bien el fiscal debe tener en consideración fundamentos jurídicos para cimentar su resolución, también caben consideraciones políticas, como son las valoraciones a las medidas de excepción que un Estado puede haber adoptado en sus procesos de paz y reconciliación. Por ejemplo, que se están observando reales procedimientos de reparación a las víctimas. En consecuencia, cuando aquí se habla de justicia también se está haciendo en sentido amplio, comprendiendo otros medios alternativos, propios de procesos de transición. Que si se el Estado se abstiene de la persecución penal –en pos de procesos de pacificación–, ello obedece a un interés de la justicia.

Es decir, cuando se valora que la persecución penal puede conllevar serios riesgos de desestabilización social, es posible aceptar mecanismos de transición, como son las Comisiones de Verdad. Al respecto, es importante apreciar, entre otras consideraciones, que existe un real interés por investigar los hechos, decisiones democráticas que las respalden, así como, medidas de reparación a las víctimas, El Estatuto de Roma, a mi modo de ver, sí los autoriza, no sólo a través de lo dispuesto en el Art. 53, sino también con el Art. 17 que regula el principio de complementariedad. En efecto, la Corte Penal Internacional sólo actuaría si los Estados *nada hacen o nada pueden hacer*. Hay consideraciones de naturaleza empírica y normativa –incapacidad y falta de voluntad–.⁸⁰ Pues bien, a la luz de lo anterior, si se observa que los Estados a través de procesos propios de la justicia de transición, han decidido “soberanamente” conceder amnistías, por ejemplo, no cabe la intervención de la Corte Penal Internacional. Es el caso de Sudáfrica, que autorizó a la Comisión de verdad a otorgar amnistías de forma individual.

⁷⁹ Artículo 53: 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;
- b) La causa es inadmisble de conformidad con el artículo 17; o
- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

⁸⁰ CARNEVALI, Raúl, “Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIII, Nº 1 (2010), p. 181 y ss.

En definitiva, la justicia de transición es eminentemente justicia *para* las víctimas.⁸¹ En consecuencia, sus intereses pueden ser satisfechos en la medida que la triada “verdad, justicia y reparación”⁸² sean particularmente recogidos a través de los procesos o mecanismos establecidos al efecto, dirigidos en pos de la reconciliación nacional.

Como reflexión final, si se persigue realmente la reconciliación, no tienen cabida afirmaciones como: “Todos somos culpables”. Las culpas colectivas siempre terminan por diluir la noción de víctima.

Hannah Arendt señaló, tras la publicación de su libro *Eichmann en Jerusalem*:

“Donde todos son culpables, no lo es nadie [...]. Siempre he considerado como la quintaesencia de la confusión moral que en la Alemania de la posguerra aquellos que estaban completamente libres de culpa comentaran entre ellos y aseguraran al mundo cuán culpables se sentían, cuando, en cambio, sólo unos pocos de los criminales estaban dispuestos a mostrar siquiera el menor rastro de arrepentimiento”.

Comentario de Jean Pierre Matus Acuña a la ponencia: “Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho penal internacional” (Raúl Carnevali)

¿Cómo se puede explicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya llegado a la convicción de que existiría un *derecho de la víctima al castigo de los culpables de las graves violaciones a los Derechos humanos y un deber correlativo del Estado a perseguir y sancionar a los culpables*, no consagrado en la literalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero cuya fuerza, sumada a las *exigencias de la justicia* permitiría pasar por alto, mediante el mecanismo de la “ponderación”, derechos literal y explícitamente garantizados a *todo* justiciable como el principio de legalidad (incluyendo la prohibición de la retroactividad, Art. 9), el derecho a un juicio en un plazo razonable (Art. 8.1.) y hasta la prohibición del doble enjuiciamiento (Art. 8.4), como critica Exequiel Malarino?⁸³

¿Qué significa que los perseguidos de ayer se alcen implacables contra sus perseguidores, celebrando llevar gente a prisión cuando antes ello era visto como opresión estatal, según denuncia Daniel Pastor⁸⁴?

⁸¹ AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008, p. 39.

⁸² Así lo destaca, TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, *Indret* N° 1 (2010), pp. 1-29, p. 20.

⁸³ MALARINO, Exequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62, especialmente, pp. 45 a 48, donde denomina a este fenómeno como una tendencia hacia la “punitivización” de la Corte.

⁸⁴ PASTOR, Daniel, “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Ed. Edisofer/B. de F., 2006, t. 2, pp. 475-522.

¿Qué artificio retórico permite decir que donde el Art. 5.5. del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra, específicamente referido a los conflictos no internacionales, sugiere explícitamente, al término del conflicto armado, dictar la más amplia amnistía –tal como se hizo con muchos criminales nazis al término de la ocupación americana de Alemania–, se dice que tales crímenes no pueden ser amnistiados, *en ningún caso*, como se afirma sin más por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?⁸⁵

En opinión de Raúl Carnevali, ello parece deberse a una fusión y confusión de las ideas de *justicia* y *castigo*, donde se olvidaría que también la *paz social*, representada por el *perdón* y la *reparación*, no sólo individuales, sino también sociales, pueden ser vistos como *formas de justicia social*.

Aunque comparto la propuesta de Carnevali que aquí se comenta, me temo que ella se encamina hacia un callejón sin salida, pues supone atribuirle a la expresión *justicia* un sentido en principio comprensible para quienes vemos en la actividad estatal (y supraestatal) un ejercicio de soberanía y poder de alguna manera orientado hacia el propósito de lograr la mayor felicidad posible repartida entre el mayor número, limitado por los derechos políticos que permiten configurar un régimen democrático representativo. Sólo desde esta perspectiva se puede comprender una decisión estatal (y supraestatal) que, en la medida que se llegue a ella por vías democráticas, se imponga tanto a la voluntad individual o de los colectivos de víctimas guiada por la consigna “*ni perdón ni olvido*” como a la voluntad de quienes operan en los tribunales (locales o internacionales) bajo el eslogan de “*no a la impunidad*”.

Pero en un mundo donde el rol del Estado es subsidiario, si se declara que existe un *derecho individual al castigo de los culpables de ciertos delitos (o de todos ellos, pues, ¿quién dijo que un homicidio común no es un atentado contra el sagrado derecho a la vida?)*, el Estado pasa a operar sencillamente como un árbitro entre ese *derecho* y los de los justiciables a un *proceso con todas las garantías legales*.

Luego, cuando se aprecie que tales *derechos individuales sean incompatibles*, porque, por ejemplo, se ha llevado adelante un proceso en la forma legal absolviendo a los presuntos culpables contra la petición contraria de las víctimas y sus organizaciones, el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho deberá “arbitrarse” frente al derecho a las víctimas al castigo. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tales casos, el Estado y sus tribunales, los árbitros en este conflicto de derechos incompatibles, deben recurrir a la técnica de la *ponderación* y decidir que el derecho de las víctimas *pesa más* que el de los supuestos culpables, y por lo tanto, en el caso concreto que se “arbitra”, puede y debe volverse a juzgar por los mismos hechos a los presuntos culpables tantas veces como sea necesario para obtener su *castigo*.

⁸⁵ MATUS, Jean Pierre, “Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12, Nº 2 (2006), pp. 385 - 396, donde se distingue entre los casos en que la amnistía es admisible, al término de las hostilidades y aquellos en que no se admite por constituir, básicamente, autoamnistías, distinción que no hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

O, dicho en otras palabras, ¡el idealismo ha triunfado!, al menos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros foros internacionales.

En efecto, como diría Kant, “cuando la justicia perece, entonces ya no tiene más valor la vida la vida del hombre sobre la tierra”.⁸⁶ Y así las cosas, antes que preocuparnos de la alimentación, salud y vivienda del pueblo, debemos preocuparnos de hacer *justicia*.

Pero esa *justicia kantiana* no tiene límites, a pesar de lo que dicen sus defensores actuales, como Hassemer, para quien se debe rechazar la idea de identificar los planteamientos de Kant únicamente con su “aparente” “rigorismo”; y al contrario, se debe afirmar que ella muestra la “preocupación por la dignidad humana del condenado”.⁸⁷

En efecto, la justicia kantiana es *talional* y no se encuentra limitada por el principio de *legalidad*, un invento utilitarista (de los revolucionarios franceses y Beccaria) para hacer predecible la actividad estatal, entendida como instrumento de la felicidad social y no como la quiere Kant, que la entiende como un *instrumento de la justicia*, obligada, por un *imperativo categórico*, al castigo del culpable por el hecho *injusto en sí mismo*, sin otra consideración.

Claro que se cuida Kant de no darnos muchos ejemplos de lo que es *justo en sí mismo*, salvo dar muerte al homicida bajo la regla “ojo por ojo, diente por diente”, según el Talión, pues “no existe ningún otro subrogado para la satisfacción de la justicia”.⁸⁸

Porque, ¿cómo lo *justo* podrá limitarse por un pacto social, un mero acuerdo de voluntades? ¿qué es ese alegato sino, en palabras de Kant, “sentimentalismo y afectada humanidad”, “sofistiquería y torticería del derecho”, frente al *imperativo categórico* que ordena su imposición como *justa y merecida*?⁸⁹

Estas ideas están presentes hoy más que nunca en la mentalidad de quienes rechazan la posibilidad de enfrentarse a tomar decisiones que tomen en cuenta los costos alternativos de las mismas: un preso cuesta alrededor de US \$ 1.000.- mensuales,⁹⁰ casi tres veces el sueldo mínimo y más de cinco veces la subvención escolar. Y ello, sin contar los ingestes gastos procesales (jueces, fiscales, defensores, policías, aparato burocrático, edificios, etc.). Pero como se trata de *hacer justicia*, que es necesario y moralmente valioso, creemos que, además, es *gratis*.

⁸⁶ KANT, I., *Die Mataphysik der Sitten* (1797), Akademische Ausgabe, t. VI, p. 332, en <http://www.korpora.org/kant/aa06/332.html>. En adelante, todas las páginas citadas se pueden buscar reemplazando el último número de la dirección de internet

⁸⁷ HASSEMER, W., “Vorbemerkungen zy § 1”, en: NEUMANN, U.; PUPPE, I.; SCHILD, W., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Baden-Baden, 1995, pp. 1-139, p. 118.

⁸⁸ KANT, *Mataphysik*, cit. nota n° 86, p. 333.

⁸⁹ KANT, *Mataphysik*, cit. nota n° 86, p. 335.

⁹⁰ Diario *La Tercera*, Sábado 20 de agosto de 2011, en <http://diario.latercera.com/2011/08/20/01/contenido/pais/31-80780-9-revelan-que-mantener-un-presos-cuesta-hasta-550-mil-mensuales.shtml>

Como ya he señalado anteriormente, en verdad, hoy en día podemos constatar que la “despedida en Kant y Hegel” anunciada en 1968 por Klug, al valorar el *Proyecto Alternativo de los Profesores de Derecho Penal*, que declaraba la pena una “amarga necesidad” en el mundo real, no vinculada a pretensiones metafísicas, como una despedida “en falso”.⁹¹

Y ello, a pesar de que las pretensiones de “justicia” o “necesidad” para el “restablecimiento del derecho” de la imposición de una pena, o el supuesto carácter de “imperativo categórico” del derecho penal, han sido consistentemente rechazadas no sólo por la filosofía alemana no idealista posterior al siglo XVIII, como puede verse en Schopenhauer⁹² y Nietzsche,⁹³ sino también, incluso por otros pensadores *idealistas*, como Platón, quien quizás pueda estimarse como el filósofo idealista por excelencia, lo que no le impedía identificar proponer aplicar castigos únicamente porque se habría cometido un delito como una forma de actuar “irracional”, pues

“nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría

⁹¹ MATUS, Jean Pierre, *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008, p. 69. Según KLUG, U., “Abschied von Kant und Hegel”, en: BAUMANN, J., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt: a. M., Fischer, 1960, pp. 36-41, pp. 39 y 40, para quien las teorías penales de estos filósofos idealistas no estarían en ningún caso probadas por ellos y sus seguidores, “sino simplemente proclamadas”, esto es, ellas no se constituirían como un “conocimiento” (“*Erkenntnis*”), sino como una “proclamación” o “artículo de fe” (“*Bekentnis*”). En el caso del planteamiento de Kant, afirma Klug que no existiría un argumento para negar la “justicia” de una pena útil en vez de una puramente retributiva, y que el “imperativo categórico” no sería más que un concepto vacío, “pues la pregunta, a qué clase de ley general debiera referirse, permanece abierta”, y “podría valer, en todo caso, incluso en una padilla de Gangsters”, por lo que, siendo “un principio vacío”, de él “no se puede extraer ningún contenido, no se puede deducir el principio de retribución”. Y con respecto del pensamiento de Hegel, el argumento de que la pena es la negación del delito puede calificarse, según Klug, de “psuedo-lógico”, pues en ningún modo resulta lógicamente obligatorio, ya que bien puede decirse lógicamente que la “violencia es aumentada por la violencia”, o que “la violencia es anulada por la no-violencia”, al mismo tiempo que la frase que afirma que la pena es “la negación de la negación” del Derecho por el delito no sería más que “una metáfora y, más encima, confusa”, esto es, sólo “una estructura del habla y no de los hechos objetivos”.

⁹² Según SCHOPENHAUER, A., “Die Welt als Wille und Vorstellung. Viertes Buch. Bejahung und Verneigung des Willens. § 62”. En del mismo, *Sämtliche Werke*, Frankfurt a. M.: Cotta, 1960, la ley positiva, basada en el contrato social, “para evitar el delito, le prescribe una pena, cuya amenaza debiera operar como contramotivo de todos los otros motivos que llevan al delito” (p. 475). Esta finalidad “hacia el futuro” es lo que “diferencia la pena de la venganza” (p. 476). Por ello, resulta “infundado” el planteamiento de Kant, a pesar de la “vacía palabrería” con que se adorna cuando se reproduce en los “escritos de los profesores de derecho” (p. 476), pues “retribuir el mal con otro mal sin ulterior finalidad no es moral ni tiene ningún fundamento racional para su justificación, y poner al *ius talionis* [derecho a la retribución] como principio final y autosuficiente del derecho penal, carece de sentido” (p. 475), agregando que este rechazo de la pena como venganza y su reemplazo por una pena con finalidad útil no es una novedad, sino que así ha sido planteado tanto por penalistas de su tiempo, como Feuerbach, como por otros filósofos modernos, Puffendorf y Hobbes, por ejemplo, y antiguos, como PLATÓN y SÉNECA (*Ira*, I, XIX, 7) de quien cita la frase “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*” (p. 477s.).

⁹³ Ver, al respecto BUNG, J., “Nietzsche über Strafe”, *ZStW* 119 (2007), pp. 120-136, donde se resumen las tesis nietzschianas sobre el origen de la pena y la culpa, su crítica a las teorías clásicas de la pena, su decidido abolicionismo y la forma cómo imagina una sociedad libre del derecho penal.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias.”⁹⁴

Luego, el gran triunfo de las ideas kantianas es haber transformado la venganza y la simple retribución ciega en la *La Justicia* y de allí en un *derecho humano* y como, *sin justicia no tiene sentido la vida del hombre sobre la tierra*, preeminente sobre el resto de los intereses sociales, incluida la *paz social* en un territorio determinado, ya que para una justicia absoluta, la paz social que algunos pueblos acuerden democráticamente no puede contradecir los *derechos absolutos y universales* y si el derecho al castigo de los culpables de ciertos delitos es uno de ellos, entonces no hay acuerdo social que pueda invocarse en su contra.

Así las cosas, de lo que nos estamos despidiendo no es de Kant y de Hegel, sino del estado nacional soberano, de la democracia deliberativa y del principio de legalidad y las garantías para los justiciables en los delitos cuyo castigo se considere un *derecho humano universal y absoluto*.

⁹⁴ PLATÓN, *Protágoras*, 324a. El carácter vengativo e irracional de la pena como simple “retribución” sin mira a la utilidad pública, también es destacado por TUCÍDIDES en su relato sobre la pena que debían imponer los atenienses a los sublevados en Mitilene, donde Cleón, demagogo de personalidad vengativa y ambiciosa, alega en favor de la muerte de todos los mitilenos adultos y la venta en esclavitud de los niños como castigo, como castigo “proporcional” a su insurrección (sobre el texto de Tucídides y las teorías de las penas, ver SCHMILL, U., “El debate sobre Mitilene. Una interpretación”, *Doxa*, 4 (1987), pp. 203-245. Nótese que esta vinculación entre la pena de muerte como castigo proporcional a la “sublevación” es muy coincidente con el rechazo absoluto a toda rebelión de Kant y su tesis de que la pena de muerte es “lo menos” que debe imponerse al “menor intento” de matar al soberano, aún cuando éste fuese un tirano (KANT, *Metaphysik*, cit. nota nº 78, p. 320).

Posiciones de la criminología respecto a la víctima en la justicia penal

María Angélica Jiménez A.

Introducción

Nos encontramos en un momento en que la figura de la víctima aparece situada en un lugar preponderante, con gran visibilidad en el discurso público, político y mediático. Así también en el ámbito penal, se ha hablado del *redescubrimiento de la víctima* o del *renacimiento de la víctima*, aludiendo a la evolución que ha tenido su posición desde un lugar de gran protagonismo inicial, a un desplazamiento posterior, hasta su resurgimiento en la actualidad.

En este sentido y en palabras de Luis Reyna,⁹⁵ corresponde hablar más exactamente de una *desmarginalización de la víctima en sede penal*, ya que en estricto rigor, no es que anteriormente no se haya contemplado a la víctima, sino que se la había relegado a un segundo término, a los márgenes, desde donde comienza a avanzar lentamente hacia el centro, conquistando mayores o más amplios espacios de participación y derechos en el ámbito penal.

Desde la mirada que presenta la criminología, esta aporta –y ha aportado– diversas teorías y prácticas que han dado lugar a distintos fundamentos y perspectivas sobre el papel que le corresponde a la víctima en el sistema de justicia penal. Un examen somero de las principales posiciones criminológicas respecto a este tema permite advertir algunos de los problemas que derivan desde una u otra perspectiva.

De acuerdo con esto, en la primera parte de este artículo se presentan las posiciones de los clásicos y positivistas con relación a la víctima. En la segunda parte se examinan las posiciones criminológicas más recientes –del control y de la criminología crítica y poscrítica– que se pronuncian y adoptan vías distintas en este tema. Así, los primeros se inclinan por fórmulas actuariales que suponen otorgar mayor protección a la víctima. Los segundos presentan reservas sobre tales fórmulas y revelan las tensiones contemporáneas y nudos problemáticos que se producen con la participación creciente de la víctima en la justicia penal.

1. La víctima: posiciones desde la criminología clásica y positivista.

En la escuela clásica, la noción de una justicia penal pública relegó a la víctima a un rol simbólico, limitando sus aspiraciones de participación, ya que solo contaba con una reserva civil. El utilitarismo de los ilustrados invocaría la reparación del daño y la satisfacción de la víctima como funciones positivas del castigo. En este contexto, el interés privado cede al

⁹⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel, “La víctima en el delito informático”, Universidad de San Martín de Porres, Perú (2011), p.1, en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/delitos02.pdf> [visitado el 01.07.2013].

interés público y da paso a la neutralización de la víctima en sede penal, como señala Bovino: “El bien jurídico no es más que la víctima adjetivada en el tipo penal”.⁹⁶

Posteriormente para el positivismo criminológico, la víctima del hecho delictivo no constituía el foco del interés. La víctima era una entidad diluida, un objeto neutro, pasivo, estático y fungible, que solo aparecía –si lo hacía personalmente– al momento de la denuncia.

Desde el positivismo, el origen y desenlace criminal se explican íntegramente por su autor, lo que llevó a que las primeras investigaciones empíricas y desarrollos teóricos en torno a la víctima tendieran a involucrarla en la causa del hecho criminal. Para poder salir a la luz, la víctima tenía que aportar a la explicación del delito, de alguna forma, renunciar en algo a su calidad de víctima.

En este contexto es que en los años 40 la victimología surge como una *victimología positivista, etiológica*. Mendelsohn, Hans Von Hentig y otros postularon la existencia de una estrecha relación de interacción entre la víctima y el autor del delito y las formas en que contribuye y hasta propicia en forma activa –sea consciente o inconscientemente– la ejecución del hecho y su propia victimización.

Las críticas a esta perspectiva positivista de la víctima fueron múltiples. No solo por su arbitrariedad, parcialidad y poca objetividad científica, sino por ser especialmente estigmatizadora y secundariamente victimizante. La víctima es identificada por una condición deficitaria, biológica, actitudinal o comportamental y debe rectificar sus déficits y carencias para evitar ser revictimizada.

En las décadas de 1960 y 1970 aparecen importantes novedades en torno a la víctima. En primer lugar surgieron fuertes oposiciones a las tesis culpabilizadoras de la víctima, especialmente desde posiciones feministas. Estas críticas se unieron a una serie de factores en un contexto histórico marcado por un nuevo clima solidario y humanitario, posterior a la segunda guerra mundial, que justificaba objetivos asistenciales y paliativos en sociedades saturadas de violencia.

En segundo lugar se tiene la emergencia de movimientos de víctimas –especialmente feministas y de derechos humanos– que fueron catalizadores de reclamos ante la nueva conciencia cívica hacia las víctimas. Solicitaban indemnización o resarcimiento económico, y abrieron un abanico nuevo aparte del original que planteaba el Estado en el área penal, más interesado por la imputabilidad del delincuente que por las víctimas.

En tercer lugar surgen a la época los nuevos aportes de la investigación victimológica: el trastorno por estrés postraumático (TEP), el síndrome del niño golpeado (Kempe), el síndrome de la mujer maltratada (Walker) y la teoría de la indefensión (Seligman).

⁹⁶ BOVINO, Alberto, “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, Revista Jurídica, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=27 [visitado el 01.07.2013].

En los mismos años 60, y de manera paralela, surge desde la criminología la crítica radical al paradigma causal explicativo del positivismo, así como nuevos marcos explicativos de la criminalidad, en especial el enfoque de la reacción social que, entre otros, aportó sustantivamente al perfeccionamiento y credibilidad de las encuestas de victimización en la década de los 70.⁹⁷ Estas informaron sobre población efectivamente victimizada, potenciando y visibilizando la fuente de las mismas: la víctima.

El conjunto de estos factores dio paso a una nueva concepción sobre las víctimas, ya no de tipo positivista o etiológica, sino *reivindicativa* o *promocional*.

Esta perspectiva saca el foco del acto criminal y lo pone en la acción promocional de las víctimas. Los derechos de las víctimas deben ser integrados a los derechos fundamentales, acorde con los postulados de un Estado democrático de derecho.

En esta perspectiva se redefine así al delito como daño causado a la víctima concreta y no como abstracta afectación de un bien jurídico. Se enfatiza en la necesidad de la neutralización de la victimización secundaria y se da un fuerte impulso al desarrollo de nuevas praxis de tratamiento y asistencia.

En este contexto, de un gran auge y creciente centralidad *social* de la víctima, apoyada por el reclamo de los actores sociales movilizados en torno a campañas legales y políticas públicas de atención a la víctima, es que se afirma que la víctima tiene que ser compensada por los daños ocasionados por el hecho punible y el Estado está en el deber de protegerla y atenderla, respondiendo a las necesidades que plantea, para lo cual también el derecho penal debe dar una mayor participación a la víctima.

Así, la víctima y su intervención por parte de las ciencias del comportamiento humano, es redefinida en tanto persona que padece, que tiene necesidades y requiere una atención y respuesta específica a su problema.

La *noción de daño* ligada a la victimización se instala aquí como un elemento central, que nuclea en torno a la víctima la necesidad y convergencia de prestaciones sociales, médicas, terapéuticas y económicas, entre otras. Sin embargo, esta misma noción de daño que en un principio fue de exclusividad de la justicia civil, terminó instalándose en el penal, y sirve hoy para justificar, entre otros, las demandas de penalidad.

En este contexto, en 1985 las directrices de Naciones Unidas respecto a las víctimas sitúan al derecho penal y la justicia penal como uno de los espacios en los cuales la víctima debe incorporarse con mayor fuerza, ya que el acceso a la justicia es parte de su *reparación integral*. Sin embargo, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”,⁹⁸ haciéndose cargo de las reservas que algunas jurisdicciones tenían contra la participación directa de las víctimas en sede penal, solo

³ CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías Criminológicas. Explicaciones y prevención de la delincuencia*, Barcelona: Bosch, 2001, pp. 199 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 274.

⁹⁸ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

señaló al respecto que se debe “permitir presentar y considerar la visión y preocupaciones de las víctimas”, dejando a cada jurisdicción decidir el cómo y cuándo de esto.

Como se observa, en los propósitos manifiestos de la perspectiva *reivindicativa* o *promocional*, no era preponderante o prioritaria la participación de las víctimas en el ámbito penal, sino que este aparecía como uno más de los espacios de participación que le debían ser reconocidos a las víctimas, que en conjunto y al mismo nivel que la satisfacción de sus necesidades económicas, médicas, psicológicas y sociales en general, contribuirían a su reparación integral.

Esto, más allá de que el curso de la historia haya dado cuenta de lo contrario, ya que muchos de sus argumentos han servido para instalar las demandas de las víctimas en el penal, lo que ha entorpecido la generación de otras respuestas de política social a dichas necesidades, como se verá en adelante.

2. La víctima: posiciones desde la criminología(s) del control, crítica y poscrítica.

La crítica al positivismo se hizo irreversible y el advenimiento de nuevas teorías criminológicas influyó también en instalar otra visión de la participación de las víctimas en la justicia penal.

Así, en esta segunda parte se presentan dos visiones criminológicas recientes —una fundada en el control y el riesgo y la otra fundada en la criminología crítica y postcrítica— que se desarrollan de modo paralelo a partir de los 60-70 en adelante. Estas visiones reflejan posturas antagónicas y por lo tanto tienen consecuencias muy diversas para la víctima y la justicia penal.

2.1. La víctima y la criminología del control.

La criminología del control, que surge hacia la década de 1980, fue promovida por las llamadas *criminologías conservadoras* que instalaron a la víctima en el foco de interés con una orientación contraria a las criminologías positivista y a la crítica. En palabras de Tamar Pitch, para estas criminologías conservadoras y fundadas en el control, “la pregunta ya no es cómo y por qué se delinque, sino cómo se hace para proteger a las *potenciales víctimas* — es decir, todos nosotros— de ser victimizados por la criminalidad”.⁹⁹

En este sentido Garland plantea en estos años la importancia del control del delito, del control policial y de una serie de políticas sociales cónsonas con las víctimas. El interés está puesto, ya no en la persona del agresor sino en la víctima. Se trata ahora de explicar qué es lo que hace que las personas sean víctimas de delito, cuál es la *vulnerabilidad* y el *riesgo* de convertirse en víctimas.¹⁰⁰

⁹⁹ PITCH, Tamar, “Atisbos críticos para una criminología moderna”, *Nova Criminis*, n° 4 (2012), p. 25.

¹⁰⁰ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Trad. SOZZO, Máximo, Barcelona: Gedisa, 2005, p. 206.

La reconfiguración del campo del control del delito, la aparición de tipos de inseguridad – que en general la opinión pública asociaba al temor de ser víctima de delitos– extendieron la influencia de la figura de la víctima, hasta insertarla en el sistema de la justicia procesal penal. De acuerdo a Tamar Pitch:

“las “víctimas” han adquirido una voz importante respecto del despliegue de las políticas penales y penitenciarias. Son ejemplos de esto en algunos aspectos incluso contrastantes, la introducción del instituto de la mediación penal, en Italia en el proceso penal de menores, pero en otros países también en el de adultos, y la influencia del *lobby* de las víctimas en la adopción, en los Estados Unidos, de políticas como la de “tres errores y estás afuera”¹⁰¹ (*three strikes you're out*)

Se avanza así, velozmente, desde la neutralización de las víctimas y la concepción de bien jurídico abstracto a la participación activa de la víctima en la justicia penal. En este sentido Garland señala:

“(…) la policía, los fiscales, y los jueces han comenzado a asegurarse de que las víctimas sean adecuadamente informadas, que sean tratadas con mayor sensibilidad, que se les ofrezca asistencia y que se les dé una compensación por los daños sufridos (…). Se les ha reconocido a las víctimas una serie de derechos y se les ha dado participación en el proceso penal.”¹⁰²

Esto ocurre en un contexto en el cual en el último tercio del siglo XX, el delito pasó a ocupar un amplio espacio en los medios de comunicación en que estas noticias son profusamente divulgadas, con la consecuente percepción y conformación de imágenes acerca del temor.

Esta visión de que *cualquiera puede ser víctima*, ha socavado la noción de lo público. El interés de las víctimas ya no está subsumido en el interés público que guía las decisiones del Estado de perseguir y sancionar penalmente. El cambio de los intereses y sentimientos de las víctimas, de sus familias, de las potenciales víctimas, se invocan rutinariamente para apoyar medidas punitivas.

De acuerdo a Garland, esto se expresa en que:

“(…) el nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, sus voces deben ser escuchadas, su memoria respetada, su ira expresada, y sus miedos atendidos.”¹⁰³

“La experiencia de la víctima es hoy común y colectiva, no individual ni atípica (…). El que habla a nombre de las víctimas habla en nombre de todos nosotros.”¹⁰⁴

¹⁰¹ PITCH, Tamar, *La Sociedad de la Prevención*, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, p. 72.

¹⁰² GARLAND, *La cultura del control*, cit. nota nº 100, p. 207.

¹⁰³ GARLAND, *La cultura del control*, cit. nota nº 100, p. 241.

¹⁰⁴ GARLAND, *La cultura del control*, cit. nota nº 100, p. 242.

Frente a esto podemos preguntarnos: ¿Qué consecuencias ligadas a la criminología del control pueden identificarse en la justicia penal, concretamente en la justicia penal chilena?

En los hechos, esto ha traído consigo una serie de consecuencias para la justicia penal, en la medida que el sistema de justicia penal empieza a ajustarse cada vez como una organización “al servicio” de las víctimas, más que como una institucionalidad de aplicación de la ley penal.

Entre estas consecuencias se encuentra, además del reconocimiento creciente de nuevos derechos –fuertes y débiles– para las víctimas en el ámbito penal, la introducción sistemática de evaluaciones de daño sobre las víctimas en el marco de procesos penales, y la adopción de técnicas y procedimientos de evaluaciones de riesgo de nuevas victimizaciones, cuyos resultados se traducen muchas veces en fundamentos para medidas cautelares u otras formas de restricción de derechos para imputados, o penas accesorias o de control, como los brazaletes electrónicos.

Respecto a esto último, la adopción de evaluaciones de riesgo de las víctimas en el marco de la justicia penal plantea una serie de complejidades, y constituye un buen ejemplo para profundizar cual es el real impacto que puede alcanzar la consideración de la víctima en sede penal.¹⁰⁵

El concepto de riesgo no constituye un concepto nuevo, sino que encuentra sus raíces en el positivismo criminológico y en otros ámbitos como los seguros. Sin embargo, producto de un proceso de reformulación y transformación en las últimas décadas, se retoma y reinstala el “riesgo” como elemento central en el control del delito en la justicia penal. En este sentido, es posible establecer una línea de continuidad con modificaciones, entre el positivismo criminológico y la criminología del control, la cual lo retoma bajo el enfoque de los *factores de riesgo* en una perspectiva multifactorial, no obstante las implicancias conocidas que esto tiene en el penal.

En efecto, en el ámbito criminológico, los enfoques multifactoriales o plurifactoriales pretendieron superar al positivismo biológico, demostrando la insuficiencia y parcialidad de cualquier teoría monocausal. Desde este punto de vista, indudablemente representan un avance respecto al positivismo clínico, en la línea de ampliar el campo comprensivo respecto a la criminalidad y asumir una mayor complejidad en su análisis. Pretendieron identificar una serie de factores en los sujetos que delinquieran, los cuales pasaban a constituirse en *predictores* de la conducta delictiva, abriendo así camino para un vasto desarrollo de la intervención terapéutica y preventiva.

Sin embargo, los enfoques multifactoriales en el ámbito criminológico, han sido fuertemente criticados, no solamente por adolecer de referencias teóricas y por tener propósitos generalizadores, sino también porque su método empírico deductivo, más

¹⁰⁵ Ver, entre otros: ECHEBURÚA, Enrique; FERNÁNDEZ-MONTALVO, Javier y DE CORRAL, Paz, *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Serie Documentos 15, Valencia: Centro Reina Sofía, 2009.

descriptivo que etiológico, descansa solo en la identificación de estos factores, sin explicar el efecto o la aportación específica de cada factor, ni cómo es que opera la interrelación o interacción entre ellos.

Asimismo, los enfoques multifactoriales –en el ámbito de la Justicia Penal–, aportaron elementos para la elaboración de tipologías de delincuentes y de pronósticos en base a criterios de peligrosidad, en la línea de un derecho penal de autor, ampliamente criticado por sus implicancias.

Sin embargo, estos mismos enfoques son los que están actualmente a la base de las evaluaciones de riesgo de víctimas, en este caso, para la elaboración de perfiles de víctimas y de pronósticos en base a criterios de vulnerabilidad, bajo el argumento y la justificación de la protección de las víctimas. De la misma manera están a la base de la elaboración de los perfiles de agresores.

Con todo, y más allá de la importancia de avanzar en el desarrollo de investigaciones en el tema y de perfeccionar y estandarizar instrumentos, es necesario recordar que las evaluaciones de riesgo –especialmente en delitos complejos como son los intrafamiliares, los de abuso sexual o los juveniles– se mueven siempre en el terreno de la *probabilidad*, y sus resultados no constituyen una certeza. Sin embargo son hoy consultadas y utilizadas profusamente por el penal para justificar medidas cautelares y otras formas de restricción de derechos de imputados.

En síntesis, los fines de protección a las víctimas a través del sustento y respaldo que entregan las evaluaciones de riesgo, no hacen sino reeditar viejas formas del positivismo en el ámbito penal, que creíamos ya superadas y que ponen de manifiesto consecuencias preocupantes para la justicia penal y para la propia víctima.

2.2. La víctima y posiciones de la criminología crítica.

A partir de los años 70 surgen voces provenientes de la criminología crítica –en sus diversas expresiones– y del abolicionismo, que manifiestan aprehensiones respecto al auge y desarrollo que había alcanzado la perspectiva *reivindicativa* o *promocional* de la víctima.

En efecto, las campañas y movimientos sociales por la libertad y otros derechos civiles y políticos de hombres y mujeres comenzaban a configurar un nuevo status para las personas, nuevas leyes, y correlativas políticas institucionales. En ese contexto, la criminología crítica viene a complementar y contrarrestar el ímpetu de la perspectiva promocional de la víctima, señalando la necesidad de focalizar la mirada en aquellas victimizaciones invisibilizadas y toleradas producto de la pobreza y la exclusión social, representada por amplios colectivos de obreros, indígenas, consumidores e inmigrantes, entre otros.

Asimismo los criminólogos críticos evidencian la instrumentalización y explotación ideológica de las víctimas, como manifestación secundariamente victimizante, y denuncian una regresiva emotivización de la vida cotidiana, que promueve la patologización de reacciones sociales normales a través de etiquetación psiquiátrica, que generan dependencia

y promueven adhesión al status de víctima, en vez de mecanismos de sanación normales y apoyo informal a partir de lazos de cohesión social.

Algunos criminólogos críticos advirtieron tempranamente los riesgos que suponía esta tendencia del derecho penal de convertir a la víctima en una especie de franquicia para avanzar hacia nuevos espacios que crearían, entre muchos otros, mayor expansión del penal y que permitiría trocar muchos de los conflictos que antes eran dirimidos en la esfera de los privados, y que terminarían siendo judicializados, criminalizados y penalizados. Así, por ejemplo, surgieron legislaciones de violencia intrafamiliar (VIF), de responsabilidad penal juvenil o el aumento de las penas en materia de delitos sexuales.

Alessandro Baratta, desde la línea crítica del minimalismo penal propugnó *el principio de la primacía de la víctima*,¹⁰⁶ que apunta a evitar criminalizar conductas sobre las que la policía emprende la investigación sin que la víctima haya denunciado o realizado una acusación.

Desde la perspectiva de la criminología crítica británica, en particular de los llamados *realistas de izquierda*, alineándose con las posiciones feministas y su crítica a los delitos contra las mujeres, complejizan la explicación causal y etiológica de la delincuencia, y plantean que el delito es un problema a tomar en serio.¹⁰⁷

Señalan que es tarea fundamental regresar al estudio de la víctima y preocuparse de su recuperación, toda vez que existe un real consenso de que las clases populares son las más victimizadas y las más desfavorecidas por los hechos delictivos.

Proponen una política criminal, nucleada primariamente en torno al control del delito y al control policial, por supuesto acompañados estos de una serie de políticas sociales que disminuyan la privación relativa y que sean cónsonos con la democracia y con el sentir de los ciudadanos, en particular con el de las víctimas.

Como se observa, la perspectiva crítica –en tanto crítica del sistema penal en su conjunto– sustrae a la víctima del penal, ya que no le reconoce la finalidad ni la capacidad de reparación a la víctima y, por el contrario, busca nuevos espacios –más allá del penal– para que dichas necesidades sean satisfechas.

Una posición más radical que involucra centralmente a la víctima vino de la mano de los *abolicionistas*, quienes postulan la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos de solución de conflictos alternativos, a partir de reconocer la deslegitimación del poder punitivo y su incapacidad para resolver conflictos.

¹⁰⁶ BARATTA, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, presentado en el Seminario de Criminología Comparado: *La justicia penal en el área de Centroamérica y el Caribe: estado actual y tendencia*, Managua, 17 al 19 de septiembre de 1985, en: capítulo nº 13, Maracaibo (Venezuela): Ediluz, 1985, pp. 90 y ss.

¹⁰⁷ LEA, John; YOUNG, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

Denuncian que al sistema no le interesa la víctima, los intereses de la víctima ocupan un lugar secundario o ningún lugar, y a la víctima se le *roba* o *expropia* el conflicto para finalmente resultar siendo víctima del propio sistema penal, como señala Nils Christie.¹⁰⁸ Este autor intenta comprender el conflicto desde el punto de vista de los individuos que lo viven y no según las definiciones y reglamentaciones de una organización burocrática como es el sistema penal. Con la intervención del sistema penal los conflictos no desaparecen, sino que, al contrario, se redefinen como situaciones problemáticas que permiten soluciones efectivas entre el ofensor y el perjudicado sin la intervención del poder punitivo.

Paradójicamente, estos planteamientos son latamente utilizados hoy para argumentar, desde las víctimas, las falencias que el sistema penal plantea para estas. Sin embargo, muchas veces la interpretación que se hace de los planteamientos abolicionistas es errada, ya que se usan dichos argumentos para plantear que el sistema penal debe ser “mejorado” para las víctimas, legitimando el sistema penal, lo que es contrario a los planteamientos abolicionistas, quienes en su crítica inicial renunciaban a este sistema.

2.3. La víctima y posiciones de la criminología poscrítica.

Muchos de los representantes de la criminología poscrítica coinciden en su preocupación por la posición preponderante que asume la víctima en el sistema penal así como por la creciente producción de normas penales y el avance y expansión del derecho penal, con la consiguiente conculcación de los principios y garantías que muchas veces ello conlleva. Por esto, muchos de ellos se presentan contrarios a la creciente participación de la víctima en el ámbito penal. Sin embargo, estas posiciones presentan matices importantes.

Massimo Pavarini señala en el contexto de las demandas de derechos de las víctimas en la justicia penal que “en un Estado social de derecho la víctima tiene muchos derechos, pero estos derechos no tienen que ver con el derecho penal, porque este es un derecho del castigo, no de la ayuda.”¹⁰⁹ También se extiende sobre la complejidad que representa la demanda de las víctimas en el ámbito penal así como la utilización de la que resultan objeto, señalando al respecto:

“(…) se dispone de mucha investigación a partir de la cual se muestra claramente que no siempre la víctima demanda más severidad (...) esto depende de cómo se maneje el interés de la víctima. Cuando una víctima se encuentra con un Estado fuerte, que tiene capacidad de entregar ayuda efectiva, económica, psicológica (...) esa víctima no tiene una demanda fuerte de penalidad (...) Por tanto, la víctima tiene dos caras distintas, según sea la reacción social institucional.”¹¹⁰

“En estos momentos la víctima es un doble chivo expiatorio. Por una parte, porque sufre el delito, y por otra, porque se la utiliza para legitimar ciertas políticas que la víctima muchas veces ni siquiera entiende.”¹¹¹

¹⁰⁸ CHRISTIE, Nils, “*Los conflictos como pertenencia*”, en: VV.AA., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992, pp. 157-182.

¹⁰⁹ PAVARINI, Massimo. “Entrevista a Massimo Pavarini”, *Nova Criminis*, nº 3 (2012), p. 31.

¹¹⁰ PAVARINI, “Entrevista”, cit. nota nº 109, p. 32.

¹¹¹ PAVARINI, “Entrevista”, cit. nota nº 109, p. 32.

Igualmente Malcolm Feeley es contrario a que la víctima tenga un papel gravitante en el proceso penal porque esto conduce, entre otros, a un aumento notable de la punitividad. En este sentido señala:

“Las víctimas no deberían tener un rol protagónico en el proceso criminal. Al menos durante los últimos 200 años, en la mayoría de los sistemas de derecho civil las víctimas han jugado un papel de testigos, testigos importantes, pero básicamente testigos. Creo es aterrador pensar que el proceso criminal debería ser organizado en torno a la influencia de la víctima, porque las víctimas pueden ser muy exigentes e insistir en castigos muy draconianos.”¹¹²

También Tamar Pitch, –quien ha desarrollado en las últimas décadas una innovadora y sugerente línea crítica en el tema– apunta a cambios preocupantes que la creciente participación de la víctima ha significado para la justicia penal señalando:

“(…) se asoma de nuevo, una concepción personalística de la justicia penal, donde lo que cuenta es en primer lugar la satisfacción de las exigencias de las víctimas, especialmente de aquellas víctimas particulares, antes que el imperativo de la prevención general y del respeto de las garantías de los imputados y reos”¹¹³

“La nueva centralidad de las víctimas mueve los ejes de la justicia penal desde una prevención de los delitos confiada a la amenaza de la pena dirigida a todos los asociados, a una prevención confiada a medidas de vigilancia, esterilización del territorio, neutralización de los reos”¹¹⁴

Por otro lado, recientes estudios de víctimas en el ámbito internacional dan cuenta de que la satisfacción e intereses de las víctimas son no sólo muy diversas sino especialmente complejas, las que por su índole resultan un desafío que desde el ámbito penal no es posible satisfacer.

Así por ejemplo, los resultados de un estudio reciente realizado por Robinson y Cook, sobre víctimas que acudieron a la justicia penal por delitos de VIF y que se retractaron,¹¹⁵ por una parte dan cuenta de que la razón más común de retractación fue la *reconciliación de la pareja* (27 %), pero por otra se destaca que las víctimas que se retractan corresponden mayoritariamente aquellas que *mantienen una relación con el imputado* (71 %). En cambio, aquellas víctimas que rompieron la relación –es decir, que son exparejas o exesposas del imputado– se retractan en menos de la mitad de los casos (29 %). Esta motivación de las víctimas claramente no puede ser atendida ni reparada por el penal.

¹¹² FEELEY, Malcolm, “Entrevista a Malcolm Feeley”, *Nova Criminis*, n° 1 (2010), p. 18.

¹¹³ PITCH, Tamar, *La Sociedad de la Prevención*, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, p. 72.

¹¹⁴ PITCH, *La Sociedad de la Prevención*, cit. nota n° 113, p. 72.

¹¹⁵ ROBINSON, Amanda; COOK, Dee, “Understanding Victim Retraction in Cases of Domestic Violence: Specialist Courts, Government Policy, and Victim-Centred Justice”, *Contemporary Justice Review*, n° 2 (2006), pp. 189-213.

Por otro lado, si se consideran las víctimas que han acudido a la justicia restaurativa, los resultados tampoco son mejores. John Dussich¹¹⁶ señala que en un reciente estudio llevado a cabo en Inglaterra por Kathleen Daly (2003) se halló que el 70 % de las víctimas señalaban que superaron el daño que habían sufrido gracias al transcurso del tiempo, a su propia resiliencia y a la ayuda de familia y amigos, más que a través de programas de justicia restaurativa en los que habían participado.

También las evaluaciones¹¹⁷ que se han realizado en nuestro país acerca de las necesidades que presentan las víctimas de delitos violentos, dan cuenta de que la principal expectativa de las víctimas es recuperar su bienestar psicológico (un 38,3 %). Le siguen en importancia recuperar su salud física (16 %), sentirse protegido frente al delito (13,9 %) y obtener acceso a la justicia (13,5 %).

Estos estudios, entre muchos, sugieren que ni la justicia penal ni aún la justicia restaurativa constituye solución para todas las víctimas, lo que revela que se requieren muchos más estudios empíricos que permitan dar luces de manera fundada y objetiva a las necesidades e intereses de las víctimas antes de adoptar decisiones que amplíen las intervenciones del ámbito penal, para que estas no tengan resultados simbólicos y produzcan nueva victimizaciones secundarias.

Para terminar, podemos sintetizar en que si la mirada de la víctima la instalamos del lado de la criminología del control, nos encontramos que las víctimas son instrumentalizadas en función del control y la seguridad y se propicia su participación y protagonismo creciente en la justicia penal bajo la promesa incumplida de satisfacer sus demandas, con las serias consecuencias de expansión e inflación penal que hoy conocemos y a expensas de la pérdida de autonomía de la propia víctima para resolver sus asuntos.

De modo contrario, si la mirada la instalamos del lado de la perspectiva crítica y poscrítica, la participación de la víctima en la justicia penal es desincentivada, y se buscan nuevos espacios –más allá del penal– para que sus necesidades sean satisfechas. Esto, no solo porque se reconoce que la mayoría de dichas necesidades no pueden ser cubiertas por el penal, sino porque su participación creciente entra en pugna con las bases fundamentales, en términos de garantías, de un Estado democrático de derecho.

Finalmente, como vemos, el debate actual sobre la participación de la víctima en la justicia penal se enfrenta a posiciones divergentes y tensiones no resueltas, que tienen a su base diversos enfoques penales y criminológicos que entran en pugna y contradicción. Concordamos con Feeley cuando señala lo siguiente:

¹¹⁶ DUSSICH, John P.J., “Asistencia, recuperación y restauración de las víctimas”, *Eguzkilore*, nº 26 (2012), p. 60. John Dussich es el actual director del Instituto Interacional de Victimología de Tokiwa, perteneciente a la Universidad de Tokiwa, en Mito (Japón) y ex Presidente de la World Society of Victimology.

¹¹⁷ Encuesta cara a cara aplicada a 442 víctimas mayores de edad de delitos violentos, de la Región Metropolitana, usuarias de los Centros de Apoyo a Víctimas del Ministerio del Interior, Corporación de Asistencia Judicial y Servicio Nacional de la Mujer. Enero de 2011. <http://www.apoyovictimas.cl/wp-content/uploads/2011/08/Estudio-necesidades-y-demandas-de-las-v%C3%A1ctimas-de-delitos-violentos.pdf>, Consultado el 02 de junio de 2013.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

“(…) que una persona viva o muera,¹¹⁸ o que reciba una sentencia larga o corta no debería depender de si la familia de la víctima quiere resolverlo o no. Las víctimas no deberían tener en sus manos las llaves de la vida y la muerte, o las llaves de la cárcel.”¹¹⁹

Un debate que, a ratos, parece polarizarse entre la sacralización y la demonización de las víctimas.

¹¹⁸ Se refiere al ejemplo de China, “donde las víctimas juegan un rol importante en la reconciliación, si alguien vive o muere en muchos casos, depende de si la familia de la víctima está dispuesta a aceptar una recompensa monetaria del ofendido.” Citado por FEELEY, “Entrevista”, cit. nota n° 112, p. 19.

¹¹⁹ FEELEY, “Entrevista”, cit. nota n° 112, p. 19.

Atención y protección de víctimas y testigos, una tarea en constante desarrollo

Marcela Neira V.

La Fiscalía de Chile, ha estado empeñada desde el año 2007 en mejorar constante y sostenidamente los niveles de atención que las víctimas y testigos reciben cuando concurren a cualquiera de sus 165 oficinas de atención, repartidas en todo Chile.

Este modelo de mejoramiento de la calidad de atención –creado y desarrollado durante la gestión del Fiscal Nacional Sabas Chahuán Sarrás– ha significado que el Ministerio Público ha pasado de entregar una atención del 3% de las víctimas y testigos más vulnerables (2007), a una cobertura de atención del 82,1 % de las víctimas o testigos que declararon o denunciaron directamente en la Fiscalía (2012).¹²⁰

El Modelo General de Atención a Usuarios, cuyo objetivo es incentivar la participación de las víctimas y testigos en el proceso penal, y entregar una atención de calidad a todos sus usuarios mejorando los sistemas de atención, ha constituido para la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional desde el año 2008 una labor que ha desarrollado a través de dos líneas claramente definidas: una es el modelo Orientación, Protección y Apoyo (OPA) que se encuentra dirigido a todas las víctimas y testigos que participan en el proceso penal, y la otra, el Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público, (SIAU), que comprende a víctimas, testigos, denunciantes no víctimas, abogados, imputados y público general.

1. Marco Normativo.

Cuerpos normativos diversos, enmarcan y especifican el rol que la Fiscalía asume respecto de su vinculación con las víctimas y testigos, teniendo como eje central el mandato constitucional que nuestra carta fundamental le entrega, esto es, el deber de protección, consagrado en el artículo 83, inciso primero de la Constitución Política de la República, al señalar: *“le corresponderá (al Ministerio Público) la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”*.

Coherentemente con este cometido, existen otras disposiciones de nuestro ordenamiento, pero de distinto nivel jerárquico, que reafirman este deber de protección de manera explícita. Además, existen normas que se refieren a otras obligaciones que el Ministerio Público tiene respecto de las víctimas y testigos, tales como las de atención e indemnización, según las necesidades de cada caso en particular.

1.1. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público – Ley 19.640.

En el marco de la Ley Orgánica 19.640, tres son los artículos que aportan para encuadrar su accionar, el artículo 1° que define al Ministerio Público y sus funciones, en particular aquella función que dice relación con la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos; y los artículos 20 letra f) y 34 letra e), que se refieren a la creación y objeto

¹²⁰ Fuente: División de Estudios, Evaluación; Control y Desarrollo de la Gestión: El 2012 se atendieron 82.782 víctimas y testigos, de los 101.944 que declararon o denunciaron directamente.

de la División Nacional de Atención a Víctimas y Testigos y de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, cuya función es velar y dar cumplimiento respectivamente, a las tareas que, concernientes a víctimas y testigos, la ley procesal penal encomienda al Ministerio Público.

1.2. Normas Internacionales.

Distintos tratados internacionales ratificados por Chile, sirven de sostén a la labor y quehacer de la Fiscalía, dentro de los más relevantes se cuentan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece el deber de protección de niños y niñas, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará). Además, existen declaraciones y recomendaciones adoptadas por organismos internacionales y dirigidas a los Estados (soft law) que abordan los derechos de las víctimas y testigos de delitos y las responsabilidades que debieran asumir los Estados frente a ellas. Si bien no son jurídicamente vinculantes, tienen gran peso en la comunidad internacional. Sin duda, la de mayor importancia es la Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, de 1985, que trata específicamente el tema.

1.3. Normas contenidas en el Código Procesal Penal.

El actual sistema de justicia penal otorga a la víctima un rol de mayor preponderancia y participación, señalando expresamente sus derechos y la forma de impetrarlos, así lo evidencia el artículo 109 del Código que entrega un catálogo de derechos a su favor. A su vez, el sistema coloca al Estado y al Ministerio Público en particular, ante un deber de protección frente a víctimas y testigos que participan en el proceso penal.

Es así como los artículos 6°, 78° y 308° inciso segundo del Código Procesal Penal se refieren a este deber de protección, circunscribiendo en los dos primeros tal obligación exclusivamente a las víctimas de delitos durante todas las etapas del procedimiento penal y, el último, a los testigos antes o después de prestada su declaración.

Tal como se señalara anteriormente, este deber de protección no es la única obligación para con las víctimas y los testigos que tiene el Ministerio Público, existen también otras normas al interior del mismo cuerpo legal, tales como aquellas que se refieren al deber de facilitar a las víctimas su intervención en el proceso penal o de indemnizar a los testigos la pérdida que les ocasione su comparecencia al juicio, contenidas en el artículo 78° y 312°, respectivamente.

Especial mención merece el artículo 191 bis, incorporado al Código Procesal Penal con ocasión de la modificación contenida en la Ley 20.253, referida a la anticipación de prueba de menores de edad, cuando éstos fueran víctimas de delitos sexuales

2. Objetivos del Modelo General de Atención a Usuarios.

2.1. Objetivo Estratégico Institucional.

Mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, especialmente a las víctimas y testigos.

A partir de este objetivo estratégico, la Fiscalía de Chile ha orientado su trabajo a la consecución de los siguientes objetivos generales y específicos

2.2. Objetivo General.

Brindar una atención oportuna y de calidad, organizándola por tipo de servicios, a fin de dar respuesta a los requerimientos de los usuarios y de generar canales de comunicación recíproca entre éstos y la institución.

2.3. Objetivos Específicos.

- Incentivar la participación de las víctimas y testigos en el proceso penal.
- Aumentar y mejorar la cobertura de atención, maximizando el uso de tecnologías de las comunicaciones e información.
- Entregar una atención oportuna y de calidad mediante servicios estandarizados que se identifican y se estructuran de acuerdo al tipo de usuario y sus requerimientos específicos.
- Monitorear permanentemente el nivel de satisfacción de los usuarios respecto de la atención recibida, incorporando esa información en el desarrollo y mejoramiento continuo del modelo.
- Mejorar la percepción de los usuarios y la comunidad respecto de la Fiscalía.

3. Principios Orientadores.

Los principios son normas fundamentales que tienen por objeto orientar la conducta de una organización en un sentido determinado. Para el Modelo General de Atención a Usuarios los principios establecidos –en concordancia con las definiciones estratégicas de la institución–, son los siguientes

3.1. Excelencia en la atención.

Este principio rector de la actuación de la Fiscalía de Chile, requiere para su cumplimiento que la atención a los usuarios sea:

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

- *De calidad.* La atención debe tomar en cuenta los requerimientos específicos del usuario y estar organizada para satisfacer los mismos en el contexto propio de la misión institucional y marco legal, considerando sus derechos y deberes, tanto en el trato como en las actividades propias de su quehacer cotidiano. Para lo anterior, la institución definirá estándares de calidad posibles de entregar en la atención al usuario y sus fiscales y funcionarios garantizarán el cumplimiento de tales compromisos.
- *Oportuna.* La atención o el servicio entregado por fiscales y funcionarios debe ser dentro de plazos razonables, establecidos previamente, conocidos por el usuario y definidos según el tipo de requerimiento. En este sentido la institución ha avanzado en la definición de ciertos estándares básicos.
- *Eficaz.* La atención o servicio entregado por fiscales y funcionarios debe estar orientado a satisfacer, dentro del marco regulatorio institucional, el requerimiento del usuario.
- *Trato digno.* Los fiscales y funcionarios deben brindar una atención amable, respetuosa y empática a los usuarios teniendo siempre presente su calidad de persona.

Los estándares asociados a cada uno de estos atributos de excelencia deben ser explícitos y la institución deberá hacer los esfuerzos necesarios para que sean conocidos por los usuarios, de manera que éstos puedan hacerlos exigibles.

3.2. Estandarización.

En virtud de este principio, la atención que se brinde a usuarios de similares características, para los mismos servicios (productos), independientemente de la fiscalía de que se trate, deberá considerar procesos homogéneos con el mismo estándar de calidad en todo el país.

3.3. Transversalidad.

La atención de usuarios debe ser responsabilidad de la fiscalía en su conjunto y asumida así por cada uno de los fiscales y funcionarios de acuerdo al tipo de servicio entregado y el proceso definido para el mismo, con lo cual cada área actúa en el marco de su responsabilidad, pero siempre de forma coordinada, con el fin de que estas acciones tengan resultados óptimos.

3.4. Atención no discriminatoria.

Los fiscales y funcionarios deben considerar en su trato a todas las personas como iguales indistintamente de su sexo, condición sexual, raza, credo, nacionalidad, profesión, actividad u oficio, del grupo o sector social a que pertenezca u otro factor distinto de su calidad de usuario de la Fiscalía de Chile.

3.5. Transparencia.

De acuerdo a este principio cualquier ciudadano que lo requiera, dentro de la normativa legal vigente, puede tener acceso a los actos de la institución, excluyéndose aquellos que tengan el carácter de reservados, según la misma normativa.

4. Usuarios que componen el Modelo General de Atención.

El Ministerio Público define que los servicios del Modelo General de Atención están orientados a los siguientes usuarios:

4.1. Víctima.

Es la persona ofendida por el delito. Cuando la víctima directa ha fallecido o está impedida de ejercer sus derechos, ocupan su lugar las siguientes personas, en calidad de víctimas indirectas (de acuerdo al artículo 108 del CPP):

- Cónyuge e hijos.
- Ascendientes.
- Conviviente.
- Hermanos.
- Adoptado o adoptante.

Este listado se presenta en orden de prelación, por lo que la intervención de una o más personas pertenecientes a la categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

4.2. Testigo.

Es todo tercero que tiene conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de delito. Está obligado a colaborar tanto con los Fiscales del Ministerio Público como con los tribunales, declarando sobre los hechos que conoce.

4.3. Denunciante.

Es toda persona que comunica a los órganos competentes el conocimiento que tuviere de un hecho que revistiere caracteres de delito conforme a la normativa legal vigente.

4.4. Abogado.

Refiere al profesional que asume la representación de alguno de los intervinientes del proceso penal y, dependiendo del servicio al cual accede, cumple con el procedimiento de acreditación definido por la Fiscalía.

4.5. Imputado.

Persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible, y adquiere tal calidad desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (Art. 7 del CPP).

4.6. Público General.

Es toda persona que acude a la Fiscalía a presentar un requerimiento, y que no tiene alguna de las calidades señaladas precedentemente.

5. Espacios de Atención del Modelo General de Atención a Usuarios.

Los espacios de atención son los canales mediante los cuales se reciben y entregan los servicios a los usuarios. En el caso del Modelo General de Atención a Usuarios se identifican tres:

5.1. Espacio de Atención presencial.

Está constituido por los lugares de recepción de público de las fiscalías locales y regionales, como asimismo, de la fiscalía nacional. En ellos se otorga atención a los usuarios y tiene por objetivo recepcionar y responder sus requerimientos de información y/o atención.

5.2. Espacio de Atención telefónica.

Está constituido por el call center dispuesto por la fiscalía, y tiene por objeto entregarle a los usuarios los servicios de información y recepción y respuesta a sus requerimientos, conforme a la naturaleza y características de este espacio de atención.

5.3. Espacio de Atención virtual.

Está constituido por la página y portal web, tiene por objeto entregar a los usuarios algunos de los servicios que brinda la institución a través de este espacio de atención, conforme a las políticas institucionales y la naturaleza de éstos.

6. Los Modelos Especializados de Atención a Usuarios.

El modelo general permite la generación de líneas especializadas de intervención con procedimientos específicos a cargo de la Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos de todas las fiscalías regionales del país, para aquellas víctimas que por su condición, naturaleza del delito, u otra situación requieren de una atención y protección especializada, como es el caso de las víctimas de violencia intrafamiliar, menores de edad víctimas de delitos sexuales y casos complejos de protección.

6.1. El Modelo OPA, Orientación, Protección y Apoyo.

Este modelo, actualmente implementado en todo el país, tiene por objeto Orientar a víctimas y testigos que concurren a la Fiscalía, mediante la entrega de información, en concordancia con la etapa del proceso penal en que se encuentran; Protegerlos, en función de los resultados de evaluaciones de intimidación y/o riesgo; y, Apoyarlos durante el proceso penal y, especialmente, en su participación en Juicio Oral.

Al comienzo de su implementación gradual en el año 2009, 6.730 víctimas y testigos que declararon o denunciaron directamente en las fiscalías fueron atendidos bajo este modelo, número que ha ido en aumento cada año. Así, en el año 2012 esta cifra ascendió a 82.782, lo que significó un aumento de 15.486 respecto del año anterior.

Nivel de Satisfacción:¹²¹ En el 2012 se midió, a través del estudio de una empresa externa, el nivel de satisfacción de víctimas y testigos que declararon en las fiscalías, con los servicios recibidos de acuerdo a este modelo. Sus principales resultados son:

- 1.- El 77,9% de las víctimas y testigos que declararon o denunciaron directamente en las fiscalías del país durante el año 2012 calificaron con nota 7, 6 o 5 la atención y servicio recibido.
- 2.- El 79,4% de las víctimas y testigos que declararon durante el año 2012 están dispuestos a volver a recurrir al sistema de justicia para declarar en la Fiscalía y recomendar a sus cercanos el hacerlo.
- 3.- El 79,5% de las víctimas y testigos que declararon durante el año 2012 calificaron con nota 7, 6 o 5 a la calidad de la información que recibieron por parte de la Fiscalía, mientras que su claridad fue evaluada positivamente por el 79,5% y su utilidad por el 76,1%.
- 4.- La cantidad de víctimas y testigos que sienten miedo se reduce en un 50,3% después de haber sido atendidos por la Fiscalía.
- 6.- Las medidas de protección otorgadas a víctimas y testigos que declararon durante el año 2012 fueron bien evaluadas por el 74,7% de los usuarios que las recibieron.

Se destaca la confianza que los usuarios entrevistados tienen en la Fiscalía, el 79,4% de ellos manifestó una disposición favorable a volver a declarar en la Fiscalía, y el 80,4% se mostró favorable a recomendar a otras personas para que asistan a prestar declaración. Además, es importante señalar que en todos los aspectos evaluados, la percepción de los usuarios mejoró con respecto al año 2011.

En conclusión, la mayoría de las víctimas y testigos quedan satisfechas con la atención recibida de acuerdo al Modelo OPA y, además, los servicios que reciben permiten reducir significativamente su temor.

Dentro del OPA se han desarrollado líneas de atención especializada a fin de responder a los requerimientos específicos de determinadas víctimas y testigos, como son:

¹²¹ Fuente: Evaluación Empírica para estimar estado de avance de metas institucionales Collect GFK. Diciembre 2012.

Orientación, Protección y Apoyo a víctimas de violencia intrafamiliar: Este modelo ha permitido una intervención inmediata a víctimas de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, otorgándoles una protección oportuna y efectiva durante su participación en el proceso penal a través de un contacto dentro de un plazo de 24 horas desde el ingreso de la denuncia a la Fiscalía, con el fin de recoger información necesaria para evaluar el riesgo, conocer sus expectativas y su disposición a participar en el proceso penal. Asimismo, adoptar dentro del plazo máximo de 48 horas las medidas de protección adecuadas para aquellos casos definidos de riesgo vital/alto o medio.

Principales resultados del año 2012:

- 1.- De 12.886 víctimas atendidas el año 2008, se llegó a 93.827 durante el año 2012, lo que significa 16.638 más que el año anterior.
- 3.- En aquellos casos VIF ingresados por parte o denuncia directa, se logró contactar en 24 horas al 76,5% de las víctimas atendidas de acuerdo a este modelo.
- 4.- Se han realizado 93.827 evaluaciones de riesgo y se otorgaron 73.780 medidas de protección autónomas y 27.957 medidas de protección cautelares de acuerdo a lo que establece el modelo de atención para casos VIF.
- 5.- Además, 13.175 víctimas de este tipo de delitos fueron derivadas inmediatamente a las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, ya que su situación de alto riesgo requirió de intervención especializada.

Nivel de Satisfacción de usuarios VIF.¹²² La evaluación realizada en el año 2012, a través de una empresa externa, da a conocer altos niveles de satisfacción de estas víctimas:

- 1.- El 88,2% de las víctimas encuestadas se declara satisfecha con la atención y servicio recibido por parte de la Fiscalía.
- 2.- El 88,3% declara sentirse satisfecho por la rapidez del contacto (dentro de 24 horas)
- 3.- El 90,2% evalúa satisfactoriamente la calidad de información entregada. El 90,6% su claridad y el 89% su utilidad.
- 4.- Uno de los aspectos mejor evaluados fue la atención de los funcionarios con un 92,6%. La amabilidad fue evaluada con un 93,8%, la disposición a escuchar un 91,5%, la preparación para responder a dudas y necesidades un 91,6%.
- 5.- El 79,5% declara haber recibido alguna medida de protección.
- 6.- El 87,3% señala estar satisfecho con la medida recibida, siendo evaluadas como las más efectivas la prisión preventiva del imputado (95,7%), la prohibición del agresor de acercarse a la víctima (94,9%) y la ubicación en una casa de acogida (92,8%).
- 7.- El 83,6% se declara satisfecho con la forma de término de su causa.
- 8.- El 89,7% refiere que volvería a denunciar un hecho de esta naturaleza.
- 9.- El 92% declara que recomendaría denunciar este tipo de delitos.

¹²² Fuente: Evaluación Empírica para estimar estado de avance de metas institucionales. Collect GFK. Diciembre 2012.

6.2. Modelo de atención especializada para víctimas menores de edad de delitos sexuales y/o en contexto de violencia intrafamiliar.

La implementación de este modelo ha permitido entregar una atención especializada, por parte de los profesionales de la Unidad Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, a los niños, niñas y adolescentes que han sufrido delitos sexuales o en contexto de violencia intrafamiliar y sus referentes protectores. Los denunciantes y los adultos protectores son contactados por los profesionales para evaluar su situación de riesgo en un plazo de 72 horas desde que llega la denuncia a la fiscalía, y se implementan las medidas de protección necesarias, se entrega orientación especializada y se deriva a la red pública o privada para el acceso a la atención reparatoria.

Durante el año 2012 fueron derivados a las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos para atención especializada 32.327 menores víctimas de estos delitos, aplicándose una pauta para evaluar su situación de riesgo o vulnerabilidad en 24.653 casos, de los cuales 15.016 fueron aplicadas dentro de las primeras 72 horas desde recepcionado el caso.

7. Sistema de Información y Atención de Usuarios, SIAU.

Este Sistema tiene por objeto entregar una atención oportuna y de calidad a todas aquellas personas que concurren al Ministerio Público formulando requerimientos de información sobre los servicios que presta la Fiscalía, como asimismo, la presentación de reclamos, sugerencias y felicitaciones, y requerimientos fundados en la Ley de Transparencia. Considera tres espacios de atención: presencial, telefónico a través del call center y virtual a través de la página web.

El Sistema de Información y Atención de Usuarios, SIAU, se define como un sistema transversal que permite coordinar los espacios de atención existentes en la Fiscalía, a fin de facilitar a los usuarios el acceso a los servicios que presta la institución a través de la entrega de información, recepción de sus requerimientos y su correspondiente respuesta.

El objetivo de este modelo es contar con un Sistema de Información y Atención a Usuarios que coordine los espacios de atención del Ministerio Público a fin de permitir el acceso a la información relativa a la función institucional, la transparencia de los actos administrativos y que contemple: a) procesos de trabajo definidos con sus respectivos estándares y protocolos; b) sistemas de registro y gestión de requerimientos; c) mecanismos de evaluación de procesos y de resultados.

Para cumplir con dicho objetivo se diseñaron los procesos de trabajo con sus respectivos protocolos de atención en los que se detallan los servicios que se entregan en cada espacio de atención, conforme a los diversos requerimientos que los usuarios efectúan.

En términos de cifras, los requerimientos ingresados desde el 1 de enero al 31 de mayo de 2013 fueron 29.378 en 28 fiscalías, de los cuales 25.724 (88%) fueron resueltos dentro de dos días hábiles, lo que significa que este nuevo proceso de trabajo es más eficiente tanto para la Fiscalía como para sus usuarios.

Los principales requerimientos que realizan las personas son: solicitud de documento o copia asociada a una causa (35%); solicitud de audiencia o entrevista (24%); aporte de antecedentes asociados a una causa (15%). En cuanto a quiénes realizan estos requerimientos son principalmente las víctimas (45%), abogados y defensores (32%), imputados (15%), denunciantes, testigos, querellados y querellantes (8%).

La génesis de la víctima en Chile

Sebastián Salinero E.

A lo largo de la historia universal, la víctima ha pasado por diversos estados. Es así como en los orígenes del Derecho Penal, la víctima era protagonista del proceso penal y de la pena a imponer al criminal. En los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito, únicamente, producía daño privado, o dicho de otro modo, daño en la víctima, no afectando nunca bienes de carácter público, por lo que la pena se fundamentaba en base a la venganza privada por parte de la víctima del delito o por parte de los familiares más directos de ella. En esta época, la víctima gozaba de las más amplias e ilimitadas prerrogativas. Tanto así, y descriptivo de esta situación, es que Stephen Schafer acuñó la expresión “edad dorada de la víctima”, para referirse a este poder protagónico y todopoderoso de la víctima.¹²³

Sin embargo, el papel de la víctima va evolucionando en aras de terminar con la primitiva venganza imperante en esos tiempos. En la Edad Antigua dos medidas vienen a generalizarse y, de alguna manera, se pasa desde una esfera privada de justicia penal a un campo enteramente público, lo cual se consigue con las denominadas leyes taliónicas y las prácticas de compensación.

En la Alta Edad Media, y conforme se va consolidando el poder de las Monarquías, la tendencia generalizada es el debilitamiento de la figura de la víctima. El infractor sufraga su culpa, ya no sólo, y bien parcialmente, en la víctima, sino que ahora lo hace también en la figura de la Corona. De esta manera, el victimario se asegura que no será objeto de venganza y con el mero pago de una pena pecuniaria será reincorporado en la sociedad, con todos sus derechos y privilegios. En definitiva, es el Rey quien asume el papel de la víctima, a él y sus representantes les corresponde el deber de cobrar las multas.

En la Baja Edad Media, los poderes que otrora tenía la víctima se van difuminando, existe una centralización del poder en manos del Estado y una consecuente desprivatización del Derecho penal. Se va produciendo lo que se ha denominado “neutralización de la víctima”.¹²⁴

A medida que avanza el tiempo, el Estado se convierte en una instancia plenipotenciaria susceptible de instrumentar más eficazmente las aspiraciones vindicatorias de las víctimas. Pero este intervencionismo estatal irá en aumento hasta consumarse la plena aprehensión

¹²³ SCHAFFER, Stephen. *Victimology: The Victim and his Criminal*. Virginia: Reston Publishing Company Inc., 1977, p. 6.

¹²⁴ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1984, pp. 92 y ss.

del monopolio del aparato jurisdiccional penal.¹²⁵

En la actualidad, también en el concierto mundial, la víctima ha recuperado parcialmente la posición que antes tenía, probablemente su visibilización obedezca al aporte realizado por la Victimología, con sus primeros estudios de autoinforme sobre exposición al delito, allá por la década del 40 y 50.¹²⁶ Luego, con sus reiteradas encuestas de victimización en varios países del mundo (destacándose EE.UU. por ser el primero en aplicar este tipo de estudios), y la proliferación de estudios científicos sobre la víctima, destacándose el del pionero de esta disciplina, Hans Von Hentig, con su obra “El criminal y su víctima”, y luego Benjamin Mendelsohn, a quien se le atribuye la creación del vocablo Victimología, han contribuido a visibilizar este sujeto de la pareja criminal y que su reconocimiento se expresará en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en noviembre de 1985, con la dictación de los principios básicos sobre las víctimas de los delitos.

Por su parte, Chile no se ha restado a éste fenómeno, sino más bien, ha seguido la misma línea como intentaré explicar. Suprimiendo la denominada “Edad dorada de la víctima”, hemos pasado de una total indiferencia de la víctima a una “deferencia” para con ella.

En efecto, a partir de la independencia de Chile, y más específicamente con el gobierno de O’Higgins (1817-1823) surge una preocupación por la Administración de Justicia que hasta ese entonces sólo era controlada mediante leyes sueltas. Desde este momento, el gobierno de la denominada Patria Nueva comienza a generar sus propios cuerpos legislativos, como la Constitución Provisoria de 1818, de 1823, 1828 y 1833 que contenían diversas normas procesales alusivas a la administración de justicia y algunas normas de procedimiento penal,¹²⁷ pero no fue sino hasta la dictación del Código de Procedimiento Penal, elaborado a partir de 1894, que la Administración de Justicia chilena, y en particular la penal, adquieren una nueva institucionalidad.

El Código de Procedimiento Penal utiliza el vocablo “víctima” en doce oportunidades. No obstante, en ninguna de aquellas reseñas que se entiende por este sujeto y tampoco entrega un cuadro sobre sus derechos, salvo situaciones particulares. Ejemplo artículo 11, al distinguir entre acción penal pública y privada, indicaba que era titular de esta última la parte agraviada. En los artículos 18, 21 y 28, entre otros, alude al ofendido. También otras normas, como el 25 y 30, aluden al querellante.

Y ahora bien, el por qué de este fenómeno que nos vuelca de la indiferencia a la deferencia para con la víctima encuentra un sin número de causas que podríamos reducirlas a las siguientes: la identificación de la sociedad con la víctima del delito, el papel de los medios

¹²⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. Madrid: Edersa, 1996, p. 52.

¹²⁶ PORTERFIELD, Austin L., *Youth in trouble*. Fort Worth: Leo Potishman Foundation, 1946; SHORT, J.F. Jr.; NYE, F.I., “Reported behavior as a criterion of deviant behavior”, *Social Problems*, 5 (1957), pp. 207–213.

¹²⁷ FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de Derecho Procesal Penal «I»*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, pp. 71 – 85.

de comunicación, los grupos o movimientos victimales y finalmente el poder de los políticos.

La identificación con la víctima del delito, además de ser una causa fundante de este nuevo paradigma de deferencia del sistema penal con la víctima, es también, como argumentó Jesús María Silva Sánchez, un factor del fenómeno de expansión del derecho penal.¹²⁸ Esta identificación con el más débil de la pareja criminal encuentra un sin número de razones: como que el sistema de justicia penal no funciona, la generalizada creencia que la delincuencia no cesa y que el miedo al delito se expande endémicamente.

Los medios de comunicación también han contribuido a este fenómeno. No por nada se les reconoce como el cuarto poder. Los medios de comunicación son un ente sin parangón en la construcción de los problemas sociales y en colocar en la palestra los temas que deben ser objeto de debate. Así por ejemplo, en un trabajo hecho por alumnos de pregrado de la U. de Talca se estableció que algunos medios televisivos, en su franja de noticias, utilizan entre un tercio a un cuarto del total del contenido a la denominada prensa roja.

Los grupos o movimientos victimales son otro factor que ha contribuido a la deferencia con las víctimas. Si bien las víctimas tienen el parecido de todas sufrir una pérdida o lesión, es innegable que todas las víctimas no son escuchadas de la misma manera. Hay víctimas que se oyen más que otras. Como esgrime Ana Isabel Cerezo Domínguez aquellas víctimas que son mayormente escuchadas son aquellas que previamente se han asociados.¹²⁹ Son estas víctimas organizadas, las que ejercen un claro poder de presión para conseguir los objetivos propuestos. Así por ejemplo, como olvidar los movimientos feministas motivados por Diana Russell para luchar contra la violencia machista.¹³⁰

Por último, ha contribuido a este estado de deferencia para con la víctima los políticos que, con demagogia o no, han utilizado esta institución como caballito de batalla para alcanzar sus objetivos políticos, haciéndose de un electorado que es cautivado por su expectativa, y por otra parte por colocar en la discusión pública algunas tipologías de víctimas que individualmente no hubiesen sido escuchadas con anterioridad.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo y desde cuándo éste cambio de paradigma se ha plasmado en nuestra realidad chilena.

La Constitución Política de la Republica de 1980 es la primera carta magna que hace algún tipo de alusión a la víctima, ya sea reconociéndoles derechos o dispensándoles protección. Si duda, la norma más importante, es la recientemente incorporada por Ley 20.516 (2011) sobre reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de Política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de f, 2006, p 46 y ss.

¹²⁹ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 35.

¹³⁰ Diana Russel lideró los movimientos feministas de la segunda mitad del siglo pasado, colocando el tema del femicidio en la palestra pública, el cual concluye con el libro escrito junto a Jill Radford: *Femicide. The politics of Woman Killing*.

jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. Esta Ley vino a modificar el artículo 19 Nº 3 de nuestra carta fundamental y equiparar en palabras de los parlamentarios que presentaron la moción, la desigualdad que existía entre el imputado por un delito y que contaba con asistencia gratuita de un letrado, mediante la creación de un organismo fiscal para el efecto (Defensoría Penal Pública), versus la situación de la víctima del delito que si bien contaba con un estatuto de derechos impetrado por el nuevo modelo procesal penal, carecía de asesoría y defensa jurídica para materializar esos derechos.

La otra norma alusiva a nuestro personaje de estudio es la consagrada en el Art. 83, que impone al Ministerio Público diversas funciones, entre las cuales está el deber de adoptar las medidas para proteger a las víctimas. Asimismo, el inciso 2º del Art. 83, reconoce el derecho constitucional a la víctima al ejercicio de la acción penal.

Con el advenimiento del Código Procesal penal la víctima adquiere un nuevo estatus y se termina con la irreverencia que a su respecto venía existiendo hasta ese entonces. Este nuevo cuerpo legal, vino por vez primera, entre otras cosas, a entregar una definición sobre la víctima. En efecto, el artículo 108 dispone que se considera víctima al ofendido por el delito. Frente a este concepto, María Inés Horvitz y Julián López agregan que el ofendido es el titular del bien jurídico afectado por el delito. Añaden que no es víctima el sujeto pasivo de la acción si no es, al mismo tiempo, titular del bien jurídico lesionado y protegido por el Derecho penal.¹³¹

En otro orden de cosas, es del todo probable que uno de los grandes meritos de la reforma procesal penal haya sido, por una parte, la instauración, por vez primera, de un estatuto sobre los derechos de las víctimas y, por otra parte, haber permitido la intervención de la víctima en el procedimiento penal sin necesidad de contar con un abogado patrocinante o constituirse en querellante como lo exigía el anterior Código de Procedimiento Penal.

En lo que dice relación a los derechos de la víctima, el artículo 109 prevé un verdadero catalogo de aquellos, caracterizándose entre otros, según la norma en comento, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querella;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando

¹³¹ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julian, *Derecho Procesal penal chileno*. Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 298.

no hubiere intervenido en el procedimiento.

Si tuviésemos que sistematizar estos derechos, podríamos decir que los consagrados en las letras “b”, “c”, “d”, “e” y “f” son una clara manifestación del acceso a la justicia o también denominado de tutela judicial efectiva. A su vez, el derecho previsto en la letra “a” se enmarca dentro de lo que se conoce como derecho a la protección de las víctimas.

Por otro lado, también la víctima pasa a ocupar un sitio importante en lo que se refiere a las políticas públicas que les favorecen, o mejor dicho, las políticas que se ocupan de ella más que mero instrumento al servicio del proceso penal.

Si recorremos la historia de Chile, las políticas públicas que se han ocupado de la problemática de las víctimas de delito son prácticamente inexistentes hasta la década de los 80. Antes, sólo algunos esfuerzos para garantizar el acceso a la justicia, como los Colegios de Abogados y posteriormente por la Corporación de Asistencia Judicial, la cual quitó al Colegio, al momento de su creación, el servicio de asistencia judicial.

Sin embargo no fue hasta mediados de los años ’80, que se han implementado acciones destinadas a asistir a víctimas de delitos violentos. La primera de estas acciones fue la creación del Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS), dependiente de la Policía de Investigaciones de Chile. A este siguieron iniciativas de otras tantas instituciones públicas (Corporaciones de Asistencia Judicial, Servicio Nacional de Menores y Servicio Nacional de la Mujer, entre otras) cuya función principal no se relaciona con las víctimas de delito, pero que, igualmente, han incluido la asistencia a éstas como una de sus múltiples líneas de acción.

Frente a la ineficiencia que se producía por tener distintos organismos públicos encargados –directa o indirectamente– de las víctimas, los cuales operaban de manera dispersa y sin organización de ninguna especie, situación, puesta de manifiesto por el diagnóstico en materia de asistencia a víctimas de delito del año 2006 (DSP, 2005) y por la evaluación hecha por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda a los programas de asistencia a víctimas, en particular a tres programas públicos: el Centro Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Región Metropolitana, dependiente de la Policía de Investigaciones de Chile y los centros dependientes de las corporaciones de asistencia judicial (CAVIs) y del Ministerio del Interior (CAVDs), en el año 2007 se crea la Red de Asistencia a Víctimas (RAV), por medio de un convenio entre siete instituciones que desarrollaban acciones en esta área y, posteriormente, al mandato del plan Chile Seguro (2010) de desarrollar una política pública nacional, integral e intersectorial en materia de asistencia a víctimas de delito.¹³²

La Red de Asistencia a Víctimas es liderada por el Ministerio del Interior y su objetivo es optimizar la respuesta de las instituciones que forman parte del circuito por el cual debe transitar una persona que ha sido víctima, con el fin que reciba un trato adecuado en todas

¹³² Véase documento: “Política nacional de víctimas de delito”, Subsecretaría de Prevención del delito. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013. En www.apoyoavictima.cl [visitado el 11.05.2013].

las etapas, esto es, desde que interpone la denuncia, hasta que recibe apoyo y atención psicológica, social y jurídica.

Ahora bien, si miramos la parrilla de programas de atención a víctimas de las distintas instituciones, como el gran cambio que ha significado la reforma procesal penal, la situación es auspiciosa y podemos decir con total autoridad que se ha consolidado un nuevo estatus de la víctima. Donde se le han reconocido una serie de derechos –sin perjuicio que alguno de ellos un tanto discutidos hoy en día– y una red de apoyo tendiente a protegerla y ayudar a superar el trauma que la afectó. Sin embargo, hay una gran tarea por hacer, la cual creo que tiene un pilar estructural claramente establecido, como es la Resolución 40/34 de la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985, denominada “Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder”, la cual no sólo definió qué se debe entender por víctima, sino también reconoce esa condición, en una serie de casos en que los actores del sistema de justicia son ciegos para con ellas, como sucede tratándose de aquellos casos de victimarios desconocidos. También estatuye el marco de derechos de las víctimas: acceso a la justicia, su resarcimiento e indemnización, y la asistencia para superar los daños y perjuicios causados por el delito. En muchos de estos ámbitos hay que trabajar profundamente porque existen déficits latentes, como la falta de una política de resarcimiento o indemnizaciones, frente al cuantioso recaudo del Estado o Fisco chileno en lo que a la pena de multa se refiere.

Sin perjuicio de lo anterior, quisiera referirme a la garantía del acceso a la justicia, pero en la esfera de la victimización secundaria, más concretamente en la victimización producida en el sujeto en su relación con el sistema de justicia penal, específicamente en la interacción con la policía, Ministerio Público y tribunales de justicia. Esta victimización se manifiesta en problemas económicos (costos de transporte a los tribunales); problemas de tipo familiar (cuidado de los hijos por las largas ausencias); problemas laborales (descuentos por tiempo no trabajado); inconvenientes de tipo material (largas y tediosas esperas en los tribunales); extrañeza de la víctima con el entorno y los procedimientos en el juicio (el formalismo de los juicios); trato recibido en el juicio y falta de atención e información.

Esta victimización secundaria, hoy en día se está abordando de manera parcial (Proyecto Salas especiales TOP Stgo), falta mucho trabajo por hacer, el que no sólo se reduce a más recursos económicos, sino a una nueva actitud para con las víctimas.

Comentario de María Cecilia Ramírez a la ponencia: “La génesis de la víctima en Chile” (Sebastián Salinero)

La ponencia hace una revisión de los estados por los cuales ha pasado la víctima en su relación con el proceso penal desde el punto de vista histórico, afirmándose que en Chile se ha seguido la misma línea, desde lo que el autor califica como total indiferencia de la víctima a una “deferencia para con ella”. Se revisa la situación de ésta en el Código de Procedimiento Penal a la Constitución Política de la República del 1980 y el Código Procesal Penal año 2000.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

Identifica diversas causas, con las cuales se puede o no estar de acuerdo que explicarían este resurgimiento de la víctima en el sistema de enjuiciamiento criminal.

Según el desarrollo de la ponencia se destacan dos niveles en los cuales es posible apreciar la apertura hacia este resurgimiento: uno normativo, en los cuerpos legales ya señalados Ley 20.516 inclusive, y el otro, en el plano de las políticas públicas.

Se concluye que se ha consolidado un nuevo estatus de la víctima, lo que juzga positivamente, pero no deja de advertir la existencia de desafíos aún pendientes.

Como base para el encuadre de los desafíos toma la Resolución 40/34 de Asamblea general de 29 de noviembre de 1985 “Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de Delito y de abuso de Poder”. Entre los déficits que se destacan se encuentra, por una parte, la falta de una política de resarcimientos e indemnizaciones y, por otra, en el ámbito de acceso a la justicia, la situación de la victimización secundaria cuya manifestaciones serían problemas económicos, de índole familiar, laborales, material. Ajenidad de la víctima con el entorno y los procesos judiciales, trato recibido y falta de atención e información.

En esta clase de victimización se concluye en la ponencia que se debería empezar a trabajar.

Comentarios.

Son variados los temas que se abordan, dada la limitación del espacio no es posible hacerse cargo de todos y se comprende que mucho de los comentarios que formularemos estén implícitos en las ideas de la exposición, pero nos parece conveniente explicitarlos.

Indiscutiblemente con la promulgación y entrada en vigencia del Código Procesal Penal del año 2000, la víctima cobra un reconocimiento que antes no tenía. Ya da cuenta de ello el Mensaje Presidencial de este cuerpo legal en el que tímidamente crítico con el sistema hasta entonces vigente señala: “En la situación actual, se trata no sólo de un procedimiento que confiere pocas garantías, sino que, además, se trata de un procedimiento carente de eficiencia y, lo que es peor, displicente con las víctimas y los usuarios que acceden a él.”.

El Mensaje presenta a la propuesta, además, como una ganancia social para quienes son víctimas de la conducta delictual, ya que cobrando los organismos de persecución penal eficiencia, se disminuiría la sensación de inseguridad (Como puede apreciarse el mensaje presidencial no se quedó corto en expectativas). En materia de principios básicos del sistema, se declara la promoción de los intereses concretos de las víctimas de delitos, desarrollando una serie de aspectos en los cuales éstos serían recogidos. El lugar en el que ubica indiscutiblemente el interés preponderante de la víctima es en los acuerdos reparatorios, tratándose de bienes jurídicos disponibles, salida alternativa que fue aprobada en el texto del articulado.

Llama la atención del mensaje el optimismo con que se espera alcanzar soluciones, ante un juez que verificará la concurrencia libre e informada al acuerdo, en contraposición a las prácticas del sistema antiguo, en que el arribo a una reparación satisfactoria tenía lugar fuera del control del tribunal. En la actualidad, según las cifras del Ministerio Público el año 2012, disponibles en la web institucional, los acuerdos reparatorios representaron cerca del 1, 95% del total de términos judicializados.

El Código Procesal Penal prevé otros mecanismos para resarcimiento e indemnización a las víctimas, como por ejemplo, en las condiciones de la SCP. A pesar de ello no ha sido suficiente. En este análisis se hace necesario incorporar las variables del funcionamiento práctico del sistema especialmente tiempos de tramitación y compararlo con lo que toma arribar a un acuerdo libre e informado. Además, las propias inconsistencias que la legislación penal en sentido amplio presenta entre salidas alternativas y sentencias.

En la ponencia se destaca como déficit para superar daños y perjuicios causados por el delito, la falta de política de resarcimiento e indemnizaciones frente al cuantioso recaudo del Estado fisco chileno en lo que en la pena de multa se refiere.

Nos parece que ante esta afirmación habría que analizar varios elementos, en primer lugar, si existe la obligación de implementar en el sistema de justicia penal una política de esta naturaleza y en el evento de ser esta respuesta afirmativa, quien es el obligado a establecerla e implementarla.

Siguiendo los lineamientos de la Resolución 40/34 adoptada por la Asamblea General, los llamados a resarcir a las víctimas serán los delincuentes o los terceros responsables por sus conductas, éstas tienen derecho a una pronta reparación del daño. Los gobiernos revisarán sus prácticas reglamentos y leyes, de modo que se considere al resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales. El Estado resarcirá a las víctimas cuando funcionarios públicos y otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial hayan violado la legislación penal nacional. En materia de indemnizaciones cuando no sea suficiente la proveniente de los hechos del delito, será el Estado el que procure indemnizar financieramente si fueran delito graves.

En la regulación nacional está claramente establecida la obligación del Ministerio Público de proteger a víctimas y testigos, pero no así de velar por el resarcimiento del daño. Más aún, si se estableciera como una sanción penal entre las otras, no está claro el rol que le cabría a este organismo en la ejecución de la sentencia. Valga la pena recordar la discusión que se presentó a propósito de las antiguas medidas alternativas al cumplimiento de la pena.

La reforma constitucional que reconoce el derecho a la defensa jurídica gratuita de la víctima a los efectos del ejercicio de la acción penal, no parece estar concebida para articular política alguna.

La experiencia nacional en orden a establecer mecanismos que fomenten los acuerdos a través de la mediación, da cuenta de programas que no se logran consolidar en el largo plazo, salvo excepciones.

VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva
Jurídica y criminológica”

Lo que se suele acusar en ese ámbito es la falta de una política en la materia. Sin embargo, dicha falta no debiera extrañarnos, puesto que el Código Procesal Penal 2000 obedece a una coyuntura histórica determinada tal como reza en su mensaje. La necesidad de modernización de la justicia en Chile va de la mano de la transformación de la sociedad en un sentido económico y político.

En materia económica, dice el texto, “el cambio fundamental ha consistido en la privatización de la actividad productiva, donde el Estado ha adquirido un rol regulador tendiendo, mediante la privatización, a abandonar su rol productivo inmediato. El patrón estatal de desarrollo ha quedado atrás...”. Se reconoce que la sociedad chilena ha transitado a una economía de mercado y ha dado paso a un modelo que supone un Estado descentralizado que enfatiza y fomenta el esfuerzo y la iniciativa privada.

Siendo este el escenario, por mucho que se hagan intentos de coordinar redes y creen instituciones es muy precaria la situación actual, como para pensar en la consolidación de una política. Existen programas para atención de víctimas, pero varios cuentan con un plazo determinado de vigencia, en los que se da una alta rotación de personal atentando contra la especialización y capacitación permanente de éstos. Los organismos estatales en ciertos casos cumplen con su rol regulador: entregar las orientaciones técnicas y supervisar.

¿Existe la capacidad real para atender a las víctimas? Piénsese en los tiempos de atraso, listas de espera para la atención de usuarios.

Por último, no puedo dejar de señalar algunas palabras sobre el problema de la victimización secundaria y hacer presente que resulta insoslayable diferenciar a las víctimas entre sí, la intensidad que representa para ellas la nueva victimización. No es lo mismo un delito de hurto que una violación más aún si ésta ha sido reiterada. En el manual para implementar la Resolución 40/34 adoptada por la Asamblea General, se hace esta distinción tanto es así, que se excluye del mismo a los abusos en contra de menores de edad, de violencia de género, el manual las refiere como violencia doméstica, de torturas. Con respecto a éstas hace presente la necesidad de contar con protocolos o manuales especiales.

Las víctimas de estos delitos quedan altamente expuestas en su intimidad, situación que no se puede comparar con una mera incomodidad. Las características del proceso penal vigente acentúa esta situación, máxime si su declaración en el juicio resulta la prueba por excelencia.

Mientras tanto se espera que este tipo de victimización sea abordada cuanto antes, resta tratar de dirigir la investigación penal con prescindencia de la declaración de la víctima como prueba gravitante, si fuere posible. Esto presupone un sistema de investigación forense desarrollado, desde la existencia misma de profesionales hasta los instrumentos técnicos. Piénsese como ejemplo que en el Servicio Médico Legal, los legistas cuentan con la especialidad de ginecología y obstetricia sólo en Santiago.

Por otra parte, concebir tácticas de litigación que expongan lo menos posible a la víctima, corriendo el riesgo que al momento de valorar la prueba el tribunal no se forme convicción suficiente.

Siempre está el recurso a la solicitar medidas de protección para la declaración misma en el juicio, las que en muchos casos prosperan en otros no. Pero sobre todo preparar a la víctima para el juicio tanto en contención como acompañamiento.