

REFLEXIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL Y FRENTE A LA TEORÍA DEL DELITO

Daniel Gustavo Gorra

Profesor Adjunto Cátedra Derecho Penal I

Universidad Católica de Cuyo (San Luis)

Indice:

1. Introducción:
2. Terminología. Consideraciones generales.
3. De la esfera privada a la acción pública:
4. Clases de víctima.
5. Los tres procesos de victimación:
 - a) La víctima del delito: víctima primaria.
 - b) La víctima en el proceso penal: victimización secundaria.
 - c) El victimario: víctima terciaria.
- 6.- La víctima frente al proceso penal:
7. Victimodogmática – Principio de mínima intervención - La dogmática alemana: Roxín - Jakobs
8. Conclusiones:

1. Introducción:

El derecho penal actual –postmoderno- está atravesando por una serie de cambios y transformaciones profundas, debido en parte a las fuertes críticas que día a día le son vertidas –a veces sin justa razón- por el avance iusprivatista sobre esta rama, la aparición de nuevas figuras delictivas que requieren ser tipificadas, la falta de reacción frente a una sociedad cada vez más violenta, los continuos embates del garantismo y abolicionismo en su afán de alcanzar un derecho penal mínimo o sustituyendo las penas por otras medidas alternativas, creando un sistema utópico propio de una novela de ficción o de

la más ingenua fantasía; el endurecimiento de las penas , la baja de la edad para la imputabilidad de los menores, temas hoy en día en boga en nuestra sociedad, que junto con otras cuestiones parecen colocar al derecho penal en un círculo vicioso, transitando sin un rumbo fijo hacia lo desconocido.

Pero hay una cuestión clara, que lamentablemente no es advertida por nuestra sociedad ya sea por ignorancia o desconocimiento en la materia; el sistema jurídico penal de cada país no sale a la luz todo armado, estructurado , sino que es producto de la elaboración legislativa , de los proyectos , de los debates, discusiones , y los aportes de la política criminal; es en vano toda discusión o crítica sobre una norma ya convertida en ley positiva vigente, a lo sumo podemos llegar a evitar nuevos errores en el futuro al advertir como ha operado una ley; pero está ahí y hay que obedecerla nos guste o no nos guste; es tarde para su análisis, porque el momento indicado es en el seno de su propia elaboración , en la política criminal. Es como si padre y madre discutieran si hicieron o no bien en tener un hijo, su hijo ya nació, está con vida, y tienen que alimentarlo, educarlo y cumplir con todos los deberes que exige el ejercicio de la patria potestad; deberían haber discutido antes de tenerlo si convenía o no a su economía o proyectos personales. Lamentablemente discutimos sobre un sistema que ya está funcionando.

Estos problemas no son propios del derecho penal de fondo, sino también del derecho procesal penal. El proceso, las garantías constitucionales, las facultades de los jueces, fiscales, los plazos razonables del proceso, el accionar de la policía, los recursos, las pruebas , etc son algunas temas que han sido objeto de tema de estudio a lo largo de

los últimos años para poder obtener un proceso donde prime la celeridad y seguridad

jurídica.

Sin desconocer estos problemas y sabiendo que he dejado afuera muchos otros, podemos advertir que algunas cuestiones que – si bien no son desconocidas y se han tratado de buscar una solución o respuesta- queda en el tapete o fuera del catálogo de las urgencias de nuestro derecho penal, a tal punto de olvidarlo. Tal vez no se lo olvida pero no tiene la relevancia

adecuada. Y en esto me estoy refiriendo a la "víctima del injusto penal".

La víctima ha sido la gran ausente al momento de la elaboración de las normas penales de fondo y de forma; generalmente todo se hace en función del delincuente o en principio de aquel individuo que es sospechado de cometer un delito. Ha habido esfuerzos –uno no puede negarlo- por darle a la víctima la relevancia adecuada en un proceso penal, pero aún hoy en día – en los albores del siglo XXI- sigue estando relegada a un segundo plano divagando en las sombras del proceso como aquella alma que no descansa en paz hasta obtener justicia.

Por eso se habla de la denominada "segunda victimización de la víctima", al sufrimiento por el delito cometido sobre su persona o sus bienes, se suma el calvario que a veces suele ser el proceso penal para ella, donde pasa a ser un simple espectador que se limita a ver pasar las sucesivas etapas de un procedimiento que le es ajeno pero que se ha iniciado desde su dolor.

Son muy limitadas las facultades con las que cuenta la víctima para poder intervenir en un proceso –si es que se le da lugar a su pedido de participación -, debe limitarse en la mayoría de los casos al impulso, acusación, pruebas y recursos que plantea el Ministerio Público; no tiene una total independencia como parte en el proceso para poder darle el impulso que ella pretendiera.

Como podemos advertir desde el punto de vista procesal penal, hay un vacío normativo para un verdadero reconocimiento de la víctima como parte en el proceso penal y para ampliar sus derechos y facultades en el mismo.

Pero la víctima puede ser analizada desde dos ópticas distintas; una procesal que es la que hemos hecho referencia brevemente en los párrafos precedentes, y desde un punto de vista dogmático en su vinculación con la Teoría del Delito.

Cuando parecía ser que la dogmática penal –ya no puede aportar más innovaciones sobre la ciencia del derecho penal- surge la posibilidad de crear una nueva categoría o elemento para la teoría del delito con relación a la víctima a través de la denominada "victimodogmática". Esto en parte deriva que la corriente imperante en los últimos años de reducir la represión penal por parte del Estado, es decir hay una tendencia reductora sobre la aplicación del derecho penal, en

determinadas situaciones que van a ser analizadas en este trabajo. Ya se estarán preguntando que tipo de papel puede jugar la víctima, y no es nada menos que el más importante. A diferencia del punto de vista procesal, en la dogmática penal se empezó a analizar con minuciosidad aquellas situaciones donde el comportamiento y las circunstancias de la víctima, excluyen no sólo el ejercicio punitivo por parte del Estado sino también la tipificación de conductas que en otras situaciones serían delictivas; ello lleva sin duda a una gran alteración de la Teoría del Delito al colocar a la víctima en como una especie de elemento de exclusión en la configuración de un delito.

En esta introducción dejemos en claro que la víctima en el derecho penal puede ser analizada como desde en punto de vista procesal como sujeto en el proceso penal y

desde el punto de vista dogmático como categoría frente a la Teoría del Delito.

Sin embargo en una u otra óptica en un análisis profundo no faltará quien –con razón diga- hay un patrón en común desde el punto de vista procesal y de la dogmática penal. Y ello por el simple análisis de concluir que, si en el derecho procesal penal, la víctima tiene un rol pasivo, limitado casi excluida en el proceso y en la dogmática se están configurando aquellos casos donde se considera que la víctima ha sido la causa generadora del delito a tal punto de compartir las culpas, es evidente que el sistema parece atentar contra la víctima.

Deben analizarse por separado ambas cuestiones que a simple vista irritarían al ciudadano común; pero como estudiosos de esta materia debemos ser lo más cautelosos posibles y abordarles con la seriedad que merece estudio sobre una ciencia; si actualmente el panorama es desalentador para la víctima , debemos no solo advertir las críticas o anomalías que presenta esa realidad social que –en palabras de Kunz- el paradigma –sistema jurídico actual- no puede aseverar una solución , es allí donde debemos aportar objetivos concretos en miras a hacer frente a esos nuevos problemas.

2.Terminología. Breves consideraciones generales:

Dentro del ámbito conceptual podemos señalar que el tema de las víctimas es tan antiguo, como la existencia del hombre en el planeta, por ejemplo, la Biblia, nos señala como primera víctima del homicidio, a Abel, quien fue asesinado por su hermano Caín. Mediante este relato bíblico nos aclara la cosmovisión de la víctima que se repite en la preferencia divina, quien no se subleva contra el victimario y no le contesta en el mismo sentido, dejando además salvo el juicio final, sin una crítica necesaria.¹ Víctima, en primer término es todo ser viviente sacrificado o destinado al sacrificio. Sin embargo, desde el punto de vista utilizado habitualmente, una víctima es la persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción, ya sea por culpa de otra persona, o por fuerza mayor.

El término víctima se utiliza principalmente en tres ámbitos: delitos, guerras o desastres naturales.

En guerra, se denomina víctima a la persona física, ya sea militar o no, que muere o es herido en el transcurso de una batalla o acción de guerra. Por ello se pone un mayor énfasis en los daños corporales, diferenciándose en este caso entre heridos y fallecidos (siendo todos ellos víctimas).

También se suele diferenciar entre víctimas militares (soldados de uno u otro bando) y civiles (también llamados daños colaterales).

Al igual que en la guerra, se denomina víctima de un desastre natural (terremoto, maremoto, erupción volcánica, etc.) a aquellos con daños corporales, ya sean heridos o muertos (aunque en muchos casos se utiliza víctima para referirse exclusivamente a los fallecidos).

En estos casos, los que reciben perjuicios de carácter patrimonial reciben la denominación de damnificados.

Desde el punto de vista científico el estudio de estos temas es a través de la victimología.

La victimología es el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima de un crimen. El campo de la victimología incluye o puede incluir, en función de los

distintos autores, un gran número de disciplinas o materias, tales como: sociología, psicología, derecho penal y criminología.

El estudio de las víctimas es multidisciplinar y no se refiere sólo a las víctimas de un delito, sino también a las que lo son por consecuencia de accidentes (tráfico), desastres naturales, crímenes de guerra y abuso de poder. Los profesionales relacionados con la victimología pueden ser científicos, operadores jurídicos, sociales o políticos.

El estudio de las víctimas puede realizarse desde la perspectiva de una víctima en particular o desde un punto de vista epistemológico analizando las causas por las que grupos de individuos son más o menos susceptibles de resultar afectadas. En Derecho penal la víctima es la persona física o jurídica que sufre un daño provocado por un delito.

El daño no tiene por qué ser un daño físico. También se puede ser víctima de delitos que no hayan producido un daño corporal un robo o una estafa, siendo entonces el daño meramente patrimonial. También se puede sufrir daños morales (por ejemplo, en los casos de acoso).

El condenado por un delito debe resarcir a la víctima por los daños causados, si bien, dado que no siempre es posible revertir el daño, en muchas ocasiones se sustituye por una indemnización de carácter pecuniario.

Es por ello que en la parte introductiva al comenzar a especificar la temática a tratar en este trabajo, nos referimos a la víctima del injusto penal, cuando tal aclaración parecería innecesaria, pero el término es más amplio y no sólo se reduce al derecho penal.

Algunos autores consideran a la Victimología como una rama dentro de la Criminología. Otros sostienen que es una disciplina independiente. Así, según Soria Verde, la Victimología es el análisis y prácticas diversas focalizadas en torno a la misma categoría de problemas: la víctima del delito, así como su fenómeno social: la victimización.

La víctima El interés por la víctima como objeto es un fenómeno reciente: a partir de la Segunda Guerra Mundial. El dispositivo penal—el sustantivo y el procesal—no toman en cuenta a la víctima para neutralizarla, a fin de recobrar para el Estado el monopolio de la reacción penal. La Criminología olvidó a la

víctima porque quizá la sociedad se identifica con quien realiza la conducta prohibida.

Al hablar de Victimología es necesario referirse a su objeto de estudio, la víctima. Respecto de ella se han formulado muchas definiciones. Para lo que interesa a nuestro estudio, sólo tomaremos la que nos proporciona Soria citando la definición dada por la ONU en 1986, según la cual víctima es "...aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional...".

La Criminología tradicional centraba su estudio en el delincuente. La víctima no era tenida en cuenta más que como un mero objeto que no aportaba absolutamente nada para la explicación del hecho criminal. Por el contrario, la Criminología moderna, de corte sociológico, desplaza el centro de interés a la conducta delictiva, a la víctima y al control social.

Este desplazamiento se debió, en gran parte, al aporte de Von Hentig y Mendelsohn (teoría del interaccionismo), quienes –en la década del 40- demostraron que la víctima no es un sujeto pasivo y estático, sino que interactúa con el autor del hecho. La víctima es capaz de influir en la estructura, en la dinámica y en la prevención del delito. Por otra parte, el interés por la víctima reconoce otros factores, tales como: a) el desarrollo de modelos teóricos en Psicología Social, b) los aportes experimentales de Latané y Darley, c) el perfeccionamiento y credibilidad de las encuestas de victimización y d) los movimientos feministas que llamaron la atención sobre la violencia ejercida contra la mujer.

Como fruto de ese "redescubrimiento" de la víctima, las legislaciones de distintos países han receptado iniciativas y propuestas como son los programas de compensación, de restitución y de auxilio a la víctima. Tal es el caso de nuestra provincia, en cuyo Código Procesal Penal (Art. 92) se ha incorporado la figura del Particular Danificado como nuevo sujeto procesal.

El primer antecedente que podemos señalar y donde comienza a realizarse un estudio científico de la víctima es en el año 1945

cuando el profesor BENJAMÍN MENDELSON, usa por primera vez el término "victimología"².

En el año 1973 se celebró en Jerusalén el Primer Simposio Internacional

sobre victimología, y allí encontraron eco los pocos trabajos que con anterioridad se habían publicado acerca de las víctimas de los delitos. Puede decirse que cuando oficialmente nace la victimología, en el ámbito científico, fue en el año 1979, en el tercer Simposio Internacional de victimología celebrado en Münter (Alemania), en el cual se funda la sociedad mundial de la victimología, a la que pertenecen actualmente unas trescientas personas, y que han dado impulso a innumerables libros, revistas, estudios, curso, simposios, congresos, etc.³

Como bien indica el jurista español Antonio García-Pablos: "Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia".⁴ Tomando como base estos tres momentos que señala García-Pablos, quisiera explicar brevemente, en qué consiste cada uno de ellos:

a) Protagonismo.- Como bien es sabido, antiguamente las víctimas o los familiares directos de ellas (sobre todo en caso de homicidio) tomaban la justicia por sus propias manos; ya que, al ser los directamente afectados por el victimario, eran los llamados a resarcir el daño cometido. Incluso, en la Biblia, podemos apreciar que la famosa y tan discutida Ley del Talión (Cfr. Ex 21, 23-25; Lv 24, 17-21; Dt 19, 21) pretendía limitar los excesos de la venganza de los afectados, indicando que no se podía exigir un desagravio mayor, o que estuviera en desproporción, al daño cometido. Esta ley, pues, a pesar de que no siempre es bien entendida, buscaba restringir y moderar el derecho de las víctimas y no justificar o avalar, como muchas veces se cree, la venganza y el tomar la justicia por las propias manos.

b) Neutralización.- Cuando el Estado (Democrático) de Derecho llega a copar el espectro

político y gubernativo de la mayoría de los países de Occidente, se produce un gran cambio con respecto del papel que juegan las víctimas en todo el proceso judicial. Pasan a ser, en la práctica, meros testigos del proceso penal, prescindiéndose absolutamente de ellas al momento de determinar el tipo de

condena y el cumplimiento de la misma. Como se puede apreciar, el Estado, al intentar establecer un orden y un tipo de justicia igualitaria para todos, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del desagravio de las víctimas, y se convierte en el amo y señor de todo el proceso penal y penitenciario.

Con esto se constata que, desde que el sistema penal actual sustituyó la venganza privada por una intervención pública del Estado, la víctima ha padecido una exclusión casi total del proceso.

c) Redescubrimiento.- En las últimas décadas se ha producido un verdadero redescubrimiento del papel que cumplen las víctimas en la comisión de los delitos y se

está, poco a poco, privilegiando su participación en el proceso judicial y en la determinación del castigo al victimario. Desde diferentes perspectivas, no sólo judiciales, está surgiendo la preocupación por devolver a las víctimas la atención que merecen en el tratamiento del problema delictivo y el rol protagónico que deben cumplir en la comprensión judicial del delito. Si bien todavía la perspectiva 'victimológica' no es la que prima en la Criminología moderna, y menos aún en el Derecho Penal contemporáneo, podemos indicar que cada vez son más los esfuerzos⁵ y los logros para hacer que el estudio y el tratamiento del delito no se centre sólo en el delincuente, sino también en sus víctimas; ya que, como bien indica Elías Neuman "la victimología es una suerte de criminología al revés".

6

3. De la esfera privada a la acción pública:

Cuando se produce una victimación se desencadena u ocasiona una serie de respuestas y en muchas ocasiones las respuestas son tan inadecuadas o no contemplan un conjunto de factores y variables que caracterizan una victimación concreta, que se convierte en productora de efectos indeseables hasta para el propio sistema legal. Ej: Mujer del guardia civil víctimas de malos tratos reiterados que recibe al marido con copas una noche en casa, y en el pasillo se lían a piñas, él la tira al suelo y con su arma le da un tiro en la cabeza. Él piensa que está muerta y se dirige a sus compañeros y confiesa. La mujer no

muere y en 6 u 8 meses se recupera. Las respuestas formales son de carácter administrativo y jurídico. Los órganos jurisdiccionales entienden que la mejor y más adecuada respuesta para la víctima, es aplicar la ley con todo rigor. Lo condenan a 20 años de prisión y por otro lado la Guardia Civil lo expulsa del cuerpo por haber cometido un delito muy grave. Los efectos sobre la víctima son: de ser una víctima con un tiro en la cabeza pasa a ser una víctima con el más absoluto descorazonador abandono puesto que su marido al ser expulsado de la Guardia Civil, ella pierde la pensión y además como su vivienda pertenecía a la Guardia Civil la dejan en la calle.

Esto hay que verlo como una dinámica con múltiples afectaciones y cuando se evalúa las diferentes necesidades de satisfacción de las carencias ocasionadas como consecuencia de los hechos, hay que intervenir de la menor manera posible, para ocasionar el menor daño posible.

El análisis de toda situación de victimación requiere para su diagnóstico y posterior prognosis, el análisis individual de tres elementos presentes en toda victimación, para la realización final de una síntesis criminológica que se traduce en un victimodiagnóstico.

Cuando se da una respuesta a un conflicto, ¿qué es lo que se pretende? . Las respuestas no las ves diferentes, si sólo se presta atención a uno de los elementos del 5 Ciertamente, en los Congresos Penitenciarios Europeos de finales del siglo XIX (Londres 1872, Estocolmo 1878, Roma 1885, San Petesburgo 1890, etc.) ya se hablaba de la necesidad de la separación a las víctimas del delito. Pero, no es hasta finales del siglo XX que realmente surge un movimiento internacional fuerte que busca la revalorización de las víctimas; podemos señalar como hitos importantes de este movimiento los primeros Simposios Internacionales de Victimología: Israel 1973, Estados Unidos 1976, Alemania 1979, Japón 1982, Israel 1988, Holanda 1997, etc. Asimismo, es necesario resaltar la fundación de la Sociedad Mundial de Victimología en la ciudad de Münster (Alemania), en 1979.

Conflicto, a uno de los protagonistas, a uno de los participantes o se presta atención al conjunto de elementos que integramos en el conflicto.

En el conflicto se supone que existen dos partes, y las respuestas se suponen que han de ir dirigidas desde ambas partes por el Principio de Personalidad, de Individualización, tanto de la autoría como de la responsabilidad penal deben ir orientados a unos y a otros. Es verdad, que con la clásica noción de que para evitar la venganza privada, el Estado asume "la competencia" de venganza particular. Se va produciendo ese proceso que llamamos NEUTRALIZACIÓN de la víctima, la suplantación de la víctima para ser suplantada por el conjunto de la sociedad representada por el Ministerio Público, usando el Principio de Legalidad. Pero es una respuesta, 1º que está dirigida al delincuente y que está condicionada por los mismos preceptos legales. Por consiguiente, no vamos a esperar de las respuestas formales a la acción victimal o fuente victimal, acción criminal el abordaje y tratamiento de las múltiples consecuencias, de los múltiples costos que se derivan de la victimación.

A veces cabría el principio de plantearnos que la respuesta a la acción criminal desde el punto de vista de la victimación, cabría hablar entre respuestas formales y respuestas informales.

Las respuestas formales, son todas aquellas que quedan por parte de las instituciones y restablecidas para dar respuestas adecuadas, respuestas que sabemos que son formales, que se rigen por el principio expreso dentro de un sistema cerrado de respuestas.

Las respuestas informales, que en muchas ocasiones tienen una mayor importancia y trascendencia. A su vez, estas respuestas informales las podemos clasificar en razón de múltiples variables, por ejemplo: en razón de la proximidad, de proximidad de los afectados por las consecuencias. Diríamos que hay respuestas informales hacia las primeras víctimas o las víctimas propiamente dichas.

Como enseña Silva Sanchez, "en la historia del Derecho Penal es posible distinguir dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima.

Inicialmente en el derecho romano primitivo, en el derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, en el derecho medieval, fue posible asistir a lo que se conoce como "edad de oro de la víctima".

En tales épocas, en parte por la confusión existente entre el derecho civil y el derecho penal, la reacción al ilícito quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo del mismo". 7

Citando a Weber, Yacobucci explica⁸ que "la intervención de la comunidad mediante la violencia es un hecho primitivo que va desde la familia al partido, ya que toda comunidad se ha apoderado siempre del poder físico para salvaguardar los intereses de sus miembros". "De la reacción social concretada en el castigo se pasa, pues, a la pena con carácter de respuesta pública frente a determinados comportamientos. Sólo en esta última instancia se puede hablar de una función penal o punitiva en el sentido actual e incluso de *ius puniendi* como una forma peculiar de entender esa función".

"La persecución del delito salió de la esfera privada con la llegada de la codificación luego de la edad media, solidificándose la idea que se afectaba un interés social o estatal. En este sentido se vieron los aportes de la crimi- nología positivista de Lombroso, Garófalo y Ferri, que apuntalaron la idea del "derecho penal de autor". Al aparecer el delito como interacción entre el autor y la víctima en el espectro social". 9

Gabriela Laura Gusion, en su ponencia sobre "El olvido de la víctima. Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada", presentada en el Congreso Nacional sobre el Rol de la Víctima en el proceso penal , llevado a cabo durante octubre de 2004 en la ciudad de La Plata, desarrolla con claridad el proceso que desencadenó en la facultad exclusiva del Estado en el ejercicio de la acción penal y consecuentemente la separación que paulatinamente fue teniendo la víctima en el proceso penal. Claro que geográficamente este fenómeno se produjo de maneras distintas": Europa continental fue el eje central del cambio político, económico y cultural del siglo XIII. Aquí se manifestó con más fuerza el poder de los señores primero, y del monarca después, casi sin resistencia.

Al decir de Maier "durante la última parte de la edad media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso – ya de

manera genérica en la edad moderna- a la creación de los estados nacionales, que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado llamarse absolutismo o monarquía absoluta. La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía – legislar, juzgar y administrar- en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado...”¹⁰

Un punto fundacional en el nacimiento del sistema de enjuiciamiento –el inquisitivo- fue la confiscación de los conflictos de las partes y la centralización judicializada del poder en sus manos. Su mecanismo fue la apropiación de la persecución de los delitos por parte del soberano o sus representantes y la exclusión de la víctima mediante la conversión del delito en una cuestión pública.¹¹

Zaffaroni, Alagia y Slokar destacan en su obra que “el modelo de solución de conflictos fue reemplazado por el de decisión, que se resolvía por la inquisitio, conforme a la mutación del paradigma general del saber. La disciplina debía establecerse por actos de poder verticalizantes: los conflictos no afectaban a la víctima sino al soberano. Pasaron a ser faltas disciplinarias contra el monarca que necesitaba una población a sus órdenes y, al mismo tiempo, descubría que el modelo punitivo era una considerable fuente de ingresos que le permitía confiscar fortunas y forzar a los nobles a pagar multas para liberarse de las penas atroces... Cuando el conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para pasar a ser delito contra el soberano, es decir cuando su esencia mutó de lesión a un ser humano a ofensa al señor, se desprendió de la lesión misma y se fue subjetivizando como enemistad con el soberano. La investigación de la lesión al prójimo fue perdiendo sentido, porque no se procuraba reparación sino neutralización del enemigo del soberano...”¹².

En perspectiva, la sociedad feudal estaba cambiando, los intereses de los señores eran cada vez más ambiciosos. El poder judicial, que no existía hasta entonces, apareció como consecuencia de las características mencionadas, como una herramienta de poder utilizada por los señores y el monarca: “no había poder judicial autónomo y tampoco un poder judicial que estuviera en manos de quien detentaba el poder político o poder de las armas. Como el pleito judicial aseguraba la circulación de los bienes, el derecho de ordenar y controlar ese

pleito judicial, por ser un medio de acumular riquezas, fue confiscado por los más ricos y poderosos".¹³

Con la confiscación de las armas y los litigios en manos de unos pocos poderosos, aparecieron también una serie de fenómenos que Foucault describe como "el gran saber de indagación que organizó la edad media a partir de la confiscación estatal de la justicia y que consistía en obtener los instrumentos de reactualización de hechos a través del testimonio"¹⁴.

Las consecuencias de ello, pueden sintetizarse en I) El alejamiento de los individuos en sus propios conflictos. Ellos ya no son oponentes, adversarios. La justicia les es impuesta, no pueden resolver sus litigios libremente "deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político"¹⁵. II) El surgimiento de una figura novedosa: el procurador, representante del soberano, quien se hará presente cada vez que haya un crimen o pleito entre individuos "el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquel que debería haber planteado la queja"¹⁶. III) El desplazamiento del concepto de daño por el de infracción. IV) Finalmente el nacimiento de las multas. La reparación ya no es para la víctima, lo es para el soberano, por haber infringido una ley de su reino y con ello lesionarlo: "todo infractor devino un traidor, un enemigo del soberano"¹⁷.

"Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia,

que les permitirá la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo

político de esta transformación."¹⁸

La aparición del principio de persecución penal pública transformó profunda y completamente el procedimiento, y provocó ... la aparición de un nuevo personaje - el inquisidor-. Siglos más tarde, el desarrollo del procedimiento penal del viejo continente, especialmente en el siglo XVIII significó una tibia reforma que conservó el principio material de la persecución pública¹⁹.

He aquí el desarrollo de la Europa continental. El procedimiento ha quedado sobre los seres humanos. El imputado y la víctima

han pasado a ser objetos²⁰, de indagación, de prueba, de verdades. Han quedado subordinados al poder del inquisidor, a la búsqueda de una verdad histórica. Él es quien perseguirá y juzgará. Él es el dueño del proceso.

El procedimiento del estado liberal -el sistema inquisitivo reformado o mixto mantiene

el principio de persecución penal pública, y con él, el distanciamiento y el extrañamiento de la víctima. Explica Gusi, que en Inglaterra este proceso tuvo un desarrollo totalmente distinto. En el derecho inglés antiguo, anterior a la invasión normanda de 1066²¹, existía un sistema de persecución privada que fue evolucionando hacia un sistema reparatorio según el cual el autor del hecho estaba obligado a pagar a la víctima²². A diferencia del proceso de la Europa continental, en Inglaterra los intereses de la víctima fueron resguardados.

Inglaterra, al resistir la inquisición, también resistió la suplantación del particular por un órgano estatal que lo deje de lado, que le reste significación en su propio conflicto, y por ello también hablamos de acusatorio. Las partes se han encontrado históricamente en pie de igualdad, el pueblo los ha escuchado, ya sea como público o jurado, los ciudadanos no se han desprendido ni despreocupado por el sistema de justicia que se imparte, no se han alejado de algo que les pertenece al punto de resistir fervientemente el modelo de Estado sin controles ciudadanos.²³

Coincidiendo con esta postura, los Dres. Gladys Alvarez, Elvira Highton y

Carlos G. Gregorio, en la obra "Resolución de Disputas y Sistema Penal" mencionan

que en la década de los 80, surge un especial dinamismo en materia de victimología, caracterizado ya por la preocupación acerca de las necesidades e intereses de la víctima

y por la sensibilidad de no contraponer los derechos de esta a los de los delincuentes. La nueva tendencia constituye una corriente de opinión que propone instrumentos penales

y procesales variados, enderezados a respaldar a la víctima del delito como cometido principal del nuevo derecho penal, e inclusive, como una rama del derecho escindida de

4. Clases de víctima:

El enfoque "interaccionista" de Von Hentig postula que víctima y victimario se comportan como verdaderos socios. Es la víctima la que "moldea" al victimario y da forma al delito de éste. Este autor propone un análisis categorial de víctimas muy amplio, en el que utiliza criterios de clasificación tales como edad, sexo y capacidad mental. Toma como eje de estudio los delitos de estafa y contrapone víctimas "resistentes" y "cooperadoras".

Mendelsohn, también con un enfoque interaccionista, diferencia a las víctimas según su posición en una escala que va desde la menor a la mayor contribución de la víctima en la etiología del hecho delictivo. Así, diferencia cinco tipos principales de víctimas:

Víctima totalmente inocente (o víctima ideal).

Víctima de culpabilidad menor o ignorante: el comportamiento irreflexivo de la víctima desencadena el delito.

Víctima voluntaria (tan culpable como el infractor): suicidio por adhesión, eutanasia, etc.

Víctima más culpable que el infractor: víctima provocadora, imprudente, etc.

Víctima únicamente culpable: víctima infractor, víctima simuladora, etc.

Por su parte, Elías Neuman centra su clasificación en el sistema social básico afectado. Establece varios criterios clasificatorios: actitud jurídico-penal de la víctima, tipología delictual y aspectos personales. Establece cuatro grandes grupos de víctimas (con sus respectivos subgrupos):

Individual: sin actitud victimal.

Familiares: malos tratos a menores, mujeres, etc.

Colectivos: comunidad como Nación, etc.

Víctimas de la sociedad o sistema social: enfermos, ancianos, etc.

Víctimas vulnerables

Los estudios sobre victimización permiten inferir que la victimidad no se reparte

homogéneamente entre todas las personas, i. e., no todos tienen la misma capacidad

para ser víctima.

Algunos estudios han permitido constatar dos datos: 1) la existencia de factores objetivos determinantes del riesgo y, 2) índices de victimización repartidos en forma desigual entre distintos grupos y subgrupos sociales. Otros estudios indican que la mayor propensión a ser víctima depende de tres factores:

Factores personales: entre los que figuran los estrictamente biológicos, como la edad, el sexo, la debilidad corporal, la escasa capacidad de defensa, la salud, etc., y los psicológicos, como la agresividad, la alienación, etc. En esta categoría, cabría incluir el factor "estilo de vida". Este concepto hace referencia a las actividades cotidianas del individuo y a sus pautas de conducta, tanto en el ámbito ocupacional como de esparcimiento.

Factores sociales: en los que es la misma sociedad la que victimiza a determinados grupos y minorías (marginados, inmigrantes, etc.)

Factores situacionales: en los que se tiene en cuenta la infraestructura urbana, ecológica, ambiental, etc. Determinados espacios tienen marcada influencia en el aumento del riesgo de victimización.

Dentro de la primera categoría se pone en evidencia que el estado de indefensión física se deriva, entre otros, de factores biológicos. Queremos poner de relieve, en forma especial, las variables edad, sexo y salud, que inexorablemente nos remiten a cuatro grupos de víctimas vulnerables: la variable edad contiene –en un extremo– a los niños, porque tienen menos posibilidades de buscar ayuda y protección frente a los delitos más comunes, como son el maltrato físico y psicológico, los abusos sexuales, el abandono,

etc. En otro extremo encontramos a los ancianos, cuya escasa capacidad de defensa los hace más vulnerables frente a delitos como el hurto, robo, abandono, etc. En cuanto a la variable sexo, obviamente nos referimos a la mujer, cuya vulnerabilidad está dada frente al maltrato –especialmente en los casos de violencia conyugal- y al abuso sexual. Por último, dentro de la variable salud, interesa el mayor riesgo que asumen los discapacitados en un rango de delitos similar a los anteriores.

Otras investigaciones agregan, independientemente de los factores personales, sociales o situacionales, la vulnerabilidad de la víctima de hechos violentos en el ámbito familiar. En este caso, la víctima integra el mismo grupo familiar que el autor y es precisamente por esa circunstancia que resulta vulnerable.

5. Los tres procesos de victimación:

a) La víctima del delito: victimización primaria.

Cuando se empieza a estudiar a las víctimas dentro del proceso judicial se lo hace ubicando a la víctima dentro de la famosa 'pareja penal' (término acuñado por Mendelshon en contraposición a 'pareja criminal'); es decir, la pareja conformada por el victimario y la víctima. En un comienzo se analiza, sobre todo, la participación y responsabilidad que tiene la víctima en la comisión del delito (ya que no siempre las víctimas serían del todo inocentes), soslayando otros temas como el sufrimiento y el derecho al desagravio. Dentro de esta perspectiva inicial, llamada también "victimodogmática", tenemos dos tendencias: La teoría radical indicaba que en una situación victimodogmática clara (cuando la víctima 'provoca' el delito) la responsabilidad del victimario es bastante limitada. La teoría moderada, por su parte, indicaba que por más ingenua y 'provocadora' que sea la víctima nunca la responsabilidad es comparable. Todas estas ideas y planteamientos iniciales respecto de las víctimas dieron lugar a diferentes clasificaciones victimológicas; ya que era evidente que no se podía hablar de las víctimas en general y, además, su participación en la comisión del delito era de lo más diversa. Así llegamos a las clasificaciones hechas por Mendelshon, Von Henting, Jiménez de Asúa, Fattah, Marchiori, Neuman, entre otros, que por razones de espacio no podremos profundizar en este breve trabajo²⁵.

b) La víctima en el proceso: victimización secundaria:

La victimización secundaria es "...el choque entre las expectativas previas de la víctima y la realidad institucional..." El daño que experimenta la víctima no se agota en la lesión o peligro del bien jurídico. En ocasiones, las instituciones que tienen a su cargo la prevención y la represión de las conductas delictivas, multiplican y agravan el mal que produce el delito mismo.

La victimización institucional se da, generalmente, en dos ámbitos: el policial y el judicial. La víctima se siente maltratada, y en ocasiones humillada, por un sistema legal que ignora sus expectativas, sentimientos y necesidades. Los factores que inciden en esta segunda victimización son múltiples, pero vale la pena mencionar algunos:

En el área policial:

Comportamiento rutinario derivado del cúmulo de tareas,

Poca consideración a las necesidades afectivas de la víctima debido a la "toma de distancia" del funcionario para evitar transferencia de sentimientos negativos.

La víctima sólo es vista como un objeto únicamente útil como fuente de información.

Luego de una primera impresión favorable, transcurrido un tiempo, la víctima ve frustradas sus esperanzas debido a que no se le informan los resultados de las pesquisas o bien porque en un primer momento se le crearon falsas expectativas.

Prolongados tiempos de espera, en sitios incómodos, en las comisarías.

Excesivo número de agentes que interroga a la víctima, a cada uno de los cuales debe

dar una versión de los hechos.

En el área judicial:

Falta de información a la víctima de los ritos y tiempos procesales (especialmente

cuando el victimario no es detenido).

Frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena. La víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario.

Lentitud procesal.

Todos estos factores referidos ut supra –ámbito policial, ámbito judicial- crean alrededor de la víctima una situación de desaliento ante su reclamo. Esto es así porque la víctima siempre ha sido olvidada.

El daño causado por el delito sobre la víctima puede dejar secuelas de por vida; comienza a transitar un camino desolado que se extiende paradójicamente con el proceso penal ante la búsqueda de justicia. La víctima no entiende los plazos ni de etapas procesales, ni de vías recursivas, es decir no tiene el asesoramiento jurídico adecuado que le permita tener una información básica del proceso a los fines de poder comprender la tramitación del mismo.

No existen actualmente en nuestro sistema judicial ámbitos que estén destinados a la contención de la víctima de cualquier tipo de delitos y que brinden un asesoramiento jurídico gratuito de lo que vendrá más adelante.

En todo caso los pocos centros que existen no cuentan con el apoyo estatal suficiente, ya que se tratan de ONG en la mayoría de los casos dirigidas por quienes alguna vez fueron víctimas de un delito.

Hay un vacío en nuestra legislación actual con relación a este punto como todo aquello que atañe a la víctima. Como antecedente en cuanto a la legislación de auxilio a las víctimas del delito, en el año 1891 el Tercer Congreso Jurídico Internacional en Florencia, aprobó la proposición de Garófalo de instituir un fondo de compensación estatal para asistir a la víctima de ciertos delitos. Prescindiendo de otros muchos datos en Nueva Zelanda, en el año 1963, se formuló un programa importante de compensación a las víctimas de los delitos.

En América Latina fue México el pionero en el año 1969. En el Distrito Federal se elaboró y aprobó; por inspiración de Sergio García Ramírez, Procurador General de Justicia, una ley de protección y auxilio a las víctimas del delito. En su articulado se fija claramente la manera de comprobar el estado económico de las víctimas a las cuales la ley protege. Se logra por medio de un organismo de antigua raigambre en varios estados del país: El Departamento de Prevención y Readaptación social. Se fijan las formas de recaudar los fondos necesarios para el auxilio

previsto, sin necesidad de recurrir a imposiciones de los contribuyentes.²⁶

Los centros de asistencia a las víctimas fueron creados para que los ciudadanos que hayan sido objeto de un accionar delictivo tengan un lugar para recurrir, contar su situación, ser asesoradas respecto de sus derechos y procesos. Cualquier persona afectada puede contar con estos servicios por distintos tipos de problemáticas, con o sin lazo anterior con la otra parte del conflicto.²⁷

Para su asistencia se constituyen equipos interdisciplinarios que tienen la misión de escuchar, hacer una evaluación, orientar, brindar acompañamiento durante el proceso, aportar herramientas que le permitan defenderse y conocer los mecanismos institucionales, ahorrándoles penurias, coordinar acciones en una red ágil y dinámica, realizar derivaciones. Ahora la víctima, que quedaba librada a sus propios recursos, tiene la posibilidad de acceder a una eficaz tutela de su persona y patrimonio. La víctima en el proceso penal tiene facultades limitadas; el ejercicio de sus derechos versa ciertos actos procesales muy escasos.

d) El victimario: víctima terciaria:

El sujeto pasivo de la victimación terciaria es el victimario. Es la victimación que sufre el agresor durante el proceso judicial y el cumplimiento de su condena, que en la mayoría de los casos se reduce a la pena de reclusión efectiva.²⁸

En esta etapa se da a llamar lo que se conoce como "familias presas", denominación que reciben los familiares del condenado que se ven afectados y sufren la pena que recae sobre su familiar como si hubiese recaído sobre ellos mismos; el factor generador del drama psicológico de estas familiar tiene su fuente precisamente en la pena que racae sobre el familiar creando un sentimiento de angustia.

6. La víctima frente al proceso penal:

En el subtítulo 5.b), había hecho referencia a una de las tres fases del proceso de

victimación , denominada "victimización secundaria" advirtiéndole la limitadas facultades con que cuenta la víctima.

Sin perjuicio de ello nuestra jurisprudencia y doctrina nacional ha receptado la necesidad de reconocer la figura de la víctima en proceso penal en sus distintas alternativas de participación ya sea como particular damnificado u actor civil.

El influjo preponderante de la doctrina alemana a través de la denominada victimodogmática ha trasladado el estudio de la víctima hacia la teoría del delito.²⁹

La injerencia de la víctima en el proceso penal ha generado posibilidad de arribar a la mediación como una meta para solucionar conflictos de dichas índole.³⁰

Esta mediación forma parte del avance iusprivatista sobre el derecho penal, donde pareciera ser que el Juez se convierte en un "operador inmobiliario" mediando entre ambas partes.

Conforme al Art. 79 del Código Procesal Penal de la Nación se garantiza desde el inicio del proceso penal hasta su finalización tanto a las víctimas de un delitos como a los testigos los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive con su familia;
- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;
- e) Cuando se tratare de persona mayor de setenta años (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia, tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

La norma es amplia y hay un sentido de resguardo hacia la víctima sobre todo en el

apartado c), donde se garantiza la protección física y moral de los testigos, y del denunciante.

La protección y reserva de la víctima emana de la misma normativa constitucional y

los pactos internacionales. "Resulta un exceso lamentable agregar a la causa las fotos en que se expone n los genitales de la menor víctima t también a ésta; además se contraría principios emanados de los pactos internacionales incorporados a la CN, especialmente relativos a la preservación de la identidades y el resguardo de la integridad física de los menores; se sugirió al Cuerpo Médico Forense cumplir su tarea en consonancia con dicha normativa.³¹

La polémica se ha planteado con respecto a los testigos de identidad reservado y su compatibilidad con el principio constitucional del debido proceso legal y al defensa en juicio, en cuanto que dificulta el control de la prueba por parte del imputado. Por eso se

ha considerado que si el testigo no se presenta con su verdadera identidad no puede ser aceptado en el proceso penal.

Volviendo a la mediación , se considera que éste es uno de los sistemas más idóneos para entender la situación de la víctima.

En Francia, el procurador de la República puede decidir , previamente el ejercicio de la acción pública y con el acuerdo de partes , recurrir a una reparación del daño causado a la víctima, de poner fin a los trastornos resultantes de la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor (art. 41-6 del Code de Procédure Pénale).³²

En la normativa procesal penal argentina , se reconoce la figura de particular damnificado o querellante particular , que no debe se confundido con la figura del "actor civil" que persigue un interés privado o particular en defensa se sus intereses fundado en razones de tipo ; mientras que el particular damnificado persigue la penalización de la conducta delictiva , el actor civil busca la reparación de la lesión ocasionada por el delito fundada en razones de tipo social y económico. La figura del particular damnificado, prevista en el Art. 82 del CPPN, se trata de un sujeto eventual del proceso y , en opinión de la CSJN, resulta una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos, 143-5).

Carece de autonomía para abrir el juicio por su exclusiva decisión, al contrario de lo que ocurría en el código anterior. No

obstante, como interviene en las actividades previas a la clausura de la instrucción (art. 346), si es el único propiciador de la elevación a juicio , el juez instructor debe dar intervención a la cámara por seis días para que decida si corresponde reemplazar al fiscal que opinó en sentido adverso (art. 348, párrafo segundo).³³

Acusador particular en los delitos de acción pública es una suerte de sustituto procesal, ya que ejercita en nombre e interés propio una serie de actividades enderezadas a proteger un derecho ajeno, tal cual es el del Estado de someter al delincuente al cumplimiento de una pena.³⁴

Con relación a la legitimación , la condición de tal , es de aquella persona que, de modo especial, singular o , individual y directo se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporte. Comprende a los mencionados en primer término por el art. 1079 , cód. civ..³⁵

Amen de la legitimación , el querellante debe tener capacidad para ser parte, que sólo es un reflejo de la capacidad de derecho y se refiere a la posibilidad jurídica de figurar como tal en un proceso. En cambio, la capacidad procesal estriba en la aptitud necesaria para ejercitar actos procesalmente válidos y coincide con la capacidad de hecho a que se refiere el Código Civil.³⁶

Si bien no puede impulsar el proceso, por lo que debe esperar la acusación del fiscal, el medio para iniciarlo en forma mediata es la denuncia, donde deberá proporcionar los elementos probatorios y la argumentaciones respectos de los mismos.

Se ha discutido el carácter de parte de esta figura en el proceso penal; lo que ya pone en tela de juicio la amplitud de sus derechos al no poder recurrir determinadas resoluciones o tener que adherirse a los pedidos del fiscal. Por lo que no estaríamos en presencia de un sujeto procesal autónomo sino de una figura eventual ajunta a la parte acusatoria.

7. Victimodogmática: Principio de mínima intervención – Roxín – Jakobs.

La consideración de la víctima en la dogmática penal viene impuesta por impero del principio de "mínima intervención" o "última ratio". En primer lugar, no cabe duda sobre las consecuencias ciertamente "reductoras" del derecho penal que provoca este desarrollo parcial de la imputación en el nivel del ilícito a la luz del comportamiento de la víctima. Se trata claramente de una multiplicación de situaciones "negativas del atipicidad" y con ello de una minimización del ámbito de actuación del tipo penal.

Comienzan a analizarse aquellas situaciones donde la conducta de la víctima ha sido la generadora o desencadenante del delito, y que en determinadas circunstancias serviría como regla de exclusión por parte del poder punitivo del Estado.

Para Roxín la frase "el derecho penal es la última ratio de la política social, "sólo dice que no debe castigarse en aquellos casos en que el Estado tiene a su disposición medios menos graves para la superación de conflictos sociales, pero no que tenga que renunciar a su intervención cuando el propio ciudadano se pudiera proteger"³⁷.

Bustos Ramírez analiza los intentos de constituir una categoría dogmática alrededor del comportamiento de la víctima. En cuanto a la relación entre "victimodogmática y tipicidad" y al surgimiento del principio de autorresponsabilidad, conforme el cual, según Bustos "La víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte", esta idea es el planteamiento victimológico de la criminología positiva. Bustos Ramírez reconoce que "si uno parte de que el derecho penal es "extrema ratio o última ratio", podría estimar que deben quedar fuera de él todos aquellos comportamientos en que el tipo penal aparece aplicable sólo en razón de una coparticipación de la víctima. No hay duda de que sería una forma de limitar la intervención punitiva del Estado y podría aparecer como progresista". ³⁸

Dentro de la llamada "Teoría de la Imputación Objetiva", uno de los criterios de mayor aceptación, sobretudo en el ámbito del tráfico vehicular, es el denominado Principio de Confianza por el cual, como advierte ROXIN: "nadie tiene por que contar con infracciones (culposas o dolosas) de tráfico de los demás participantes si no tiene indicios especiales" (Observaciones a la

"Prohibición de Regreso", en Dogmática Penal y Política Criminal, pág. 62, Lima, 1998. También en Roxin, Claus. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, ambos con trad. de Manuel Abanto Vásquez, primera edición, Lima, 1997), de tal manera, si la producción del resultado lesivo se origina a partir de la infracción de los deberes de autoprotección del agraviado, se origina la exclusión del tipo objetivo, pues si bien el resultado lesivo resulta indeseable para el derecho, el comportamiento del acusado se encuentra dentro de los niveles de riesgo socialmente permitidos.

Gunther Jakbos sostiene : "puede que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima." 39. Se trata, ahora –siguiendo los ejemplos de Maximiliano Rusconi⁴⁰- de casos en los cuales, por ejemplo, la víctima mantiene "el dominio del hecho" -para decirlo con palabras propias de la teoría de la participación-. Un conocido grupo de casos reza muy similar al siguiente: "A" pretende envenenar a "B" mientras ambos se encuentran bebiendo en un Bar. "B" advierte la maniobra de "A", pero finge no darse cuenta e ingiere de todos modos la bebida envenenada en la convicción de que "A" tiene buenas razones para pretender matarlo, debido a ciertos daños de todo tipo que el le ha realizado durante toda la vida. "B" muere inmediatamente.

O el caso todavía mas conocido: "X", enterado de un intento de fraude de "Y", lo visita en altas horas de la madrugada, con la idea de conversar y de, al retirarse de la casa de "Y", pasar por la cocina, prender las llaves de gas y así asfixiarlo. "X" realiza la acción planeada, pero "Y", debido al fuerte olor que se desprendía, se levanta y advierte la acción de "X". Sin embargo, "Y", profundamente arrepentido por sus permanentes actitudes inmorales y por haber provocado semejante acción en su amigo, decide que las cosas continúen como han sido planeadas y deja abiertas las llaves de gas, muriendo mas tarde. Son supuestos en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos y este ejercicio de autoprotección ser, incluso, efectivo. Esta lesión de deberes de

"autoprotección" es agrupada a menudo en el rótulo de "actuación a propio riesgo".⁴¹

Günter Jakobs: "...a menudo sería imposible una división del trabajo eficaz (en los equipos quirúrgicos, en los equipos de servicio y mantenimiento de un aeroplano, del ferrocarril o de un autobús, en la fabricación mediante división del trabajo, en el deporte, etc.), si cada uno debiera controlar todo lo controlable. Cómo mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia".

Asimismo Jakobs: "El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto... En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno." Es evidente la estrecha relación existente entre "Principio de confianza" y "Riesgo permitido". En última instancia, aquí también, se trata de que, en base a consideraciones de organización social de la convivencia y la necesidad de optimizar la evolución social, se le permite a los ciudadanos producir acciones riesgosas, se trata de justificar expresamente una dimensión de permisión de riesgos.

Dentro del marco de la dogmática de la imputación objetiva, tiene su ingreso el llamado principio de la prohibición de regreso. Estamos en presencia de aquellas conductas inocuas por parte de sujetos en las cuales interviene terceros generando resultados disvaliosos hacia un bien jurídico y que en consecuencia no le pueden ser imputadas a aquellas. La intervención de terceros en comportamientos correctos autónomos es lo que se conoce "organización no permitida". Un ejemplo es absolutamente claro: el día de su cumpleaños "A" recibe de "B" un arma de regalo. Al día siguiente "B", en el marco de una profunda depresión, decide suicidarse con el arma que le han regalado.

En este punto es interesante repasar los eventuales límites de la prohibición de regreso. Aquí, la opinión de Günter Jakobs, representa la "hipótesis de máxima" de la manifestación del principio: "el autor compra una barra de pan para envenenarla; o el autor toma como pretexto un juicio seguido en contra de un correligionario suyo para asesinar al ministro de justicia; o el autor va en taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos estos casos, se parte de la base de que el respectivo tercero -el panadero, el presidente del Tribunal, el conductor del taxi- conoce lo que va a suceder. Estos casos se pueden intentar solucionar partiendo del hecho de que elementos tan cotidianos como un alimento, o algo que pueda definirse arbitrariamente como motivo de un delito, o una posibilidad de transporte, siempre están disponibles, de modo que la prohibición de este tipo de aportaciones no es susceptible de evitar, de hecho, el comportamiento del autor. No obstante, en el mejor de los casos, este modo de argumentar sólo atinaría a medias, pues, desde luego, bien puede suceder que en el caso concreto fuese posible evitar el comportamiento del autor.

8.- Conclusiones:

Sin pretender haber hecho un estudio exhaustivo de la víctima en el sistema penal, brevemente se ha recorrido sobre aquellos temas en los cuales la figura de la víctima es relevante , ya sea interviniendo en el proceso penal o como elemento u categoría frente a la teoría del delito.

Desde el punto de vista procesal, paulatinamente se ha tratado de ampliar el espacio de la víctima en el proceso penal. No llegando a tener aquel papel preponderante al cual hicimos referencia -antes de que el Estado monopolizará la punición de los delitos- , de alguna manera interviene en el proceso pero en forma limitada, por lo que no tiene una participación plena como parte. No es uniforme la legislación a nivel nacional sobre las facultades de la víctima ya sea como particular damnificado, actor civil o simplemente como testigo, por lo que el ejercicio o facultades con las que cuenta varía según la ley de forma de cada lugar. A nivel nacional se podría reconocer que existe un principio de resguardo y protección de la víctima durante el transcurso del proceso penal.

Esta protección no siempre se materializa. De allí la necesidad que lo previsto normativamente en la letra fría de la ley carece de eficacia. El reclamo de institutos o

departamentos de asistencia a la víctima en los tribunales es el principal problema que enfrentan las estas personas y familiares que en la mayoría de los casos se sienten desamparadas.

El debido proceso penal y derecho de defensa no solo es privativo de la esfera del imputado; el principio de legalidad del Art. 18 de nuestras Constitución Nacional

garantiza estos derechos para ambas partes del proceso en virtud del principio de igualdad ante la ley. Pero una opinión generalizada de vincular esta normativa constitucional solo a la defensa del imputado.

Hay que reconocer que la falta de gente especializada en tratamientos de la víctimas de delitos en nuestros tribunales como los espacios adecuados para ello, se debe a la falta de políticas sobre el estudio de la victimología casi siempre a la sombra de la criminología. La victimología debería ser tratada junto con la política criminal para que las víctimas dejen de ser un dato estadísticos o un elemento para formar el delito.

La tendencia de estar siempre del lado del imputado y de crear condiciones solo favorables para éste , seguirá posponiendo a la víctima quien sabe por cuanto tiempo.

Desde el punto de vista dogmático, la doctrina alemana a través de la teoría de la imputación objetiva ha delimitado aquellas conductas –con los principios de mínima

intervención y prohibición de regreso- en que las propias víctimas eran el factor generador del ilícito penal.

Esta interacción simbólica entre víctima y delincuente ya había sido reconocida en los primeros estudios dogmáticos y criminológicos. Mendelsohn se refiere a la "pareja penal" que debe ser distinguida de lo que Escipión Sighele denominaba "pareja delincuente". En ésta última existe mutuo y pleno consenso delictivo para que dos personas, que caracteriza como "íncubo" y "súcubo", se involucren en uno o más delitos. Es la comisión del delito en el cual los dos están de acuerdo. La "pareja penal" no es en nada armónica, sino contrapuesta. En algún caso puede comenzar siendo armónica, como en la estafa, pero lo que interesa al delincuente, su deseo íntimo (porque de

ahí resultará su éxito), es el de causar, al final, esa desarmonía que determina y destaca los roles a que estaban destinados en el acto delictual: Victimario y sacrificado. En la "pareja delincuente" se actúa por las claras y determinantes sugerencias del íncubo (dominante) al súcubo (dominado). Hay casos en que la relación es poco clara. No se sabe y será preciso investigar, si el acto lo consumó una "pareja criminal", o bien, una "pareja penal", según la descripción de Mendelsohn, en especial cuando la víctima ayudó, para su desgracia, al proceso, de modo tan concreto como ineluctable.

La dogmática alemana avanzó , e introdujo una nueva categoría en que la víctima deja ser meramente ese objeto para la creación de la pareja penal, sino que participa activamente al punto de ser responsable de los daños que pueden ocasionarse sobre ella misma y en consecuencia excluir la punición por parte del Estado.

Estas situaciones "negativas de atipicidad", van de la mano de aquellas corrientes que buscan la mínima intervención del aparato estatal pudiendo optar por medios de menos gravosos que una pena. Por eso no significa que el Estado deje todo en manos de la víctima pese a que ella misma podría defenderse. Es polémico y requiere sin dudas un análisis minucioso de cada caso en particular.

Sí advertimos, que contrariamente a los que suelen manifestar que la dogmática es hermética , que ya nada puede agregarse a la teoría del delito, la doctrina alemana sigue dando que hablar, por lo que esta conexión hacia la victimología a través de la denominada victimodogmática aún es un campo que debe ser explorado.

1 Jesús Lauro Riaño Ibáñez, "La víctima en el juicio oral".

2 Antonio Beristain, Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la victimología, Editorial Tirant la Blanch, año 1994, pág. 245 y ss.

3 Antonio Beristain, Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la victimología, Editorial Tirant la Blanch, año 1994, pág. 223 a 224.

- 4 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Valencia: Tirant lo Blanch, 19963, p. 38.
- 6 NEUMAN, Elías. Victimología. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 24.
- 7 Silva Sanchez Jesús M. "Perspectivas sobre la política criminal moderna". Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998.
- 8 Yacobucci Guillermo J. "La deslegitimación de la potestad penal" Ed. Abaco, 2000, pág. 41.
- 9 Parma Carlos, "La víctima en el proceso pena", Ed. Astrera, 2003.
- 10 Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal – Fundamentos-, Tomo I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, pág. 288 y 289.
- 11 GUSIS Gabriela Laura, "El olvido de la víctima. Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada" , Congreso Nacional sobre el rol de la víctima , La Plata, 2004.
- 12 Zaffaroni, E. Raul, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal – parte general.-, Ediar, Buenos Aires 2002, pág. 233 -235.
- 13 Ib idem.
- 14 Foucault, Michel, ob cit, pags. 72 y ss.
- 15 Idem.
- 16 Ib idem.
- 17 Zaffaroni, E. Raul, Alagia, Alagia, y Slokar, Alejandro Derecho Penal – parte general.-, Ediar, Buenos Aires 2002, pág. 223 y ss.
- 18 Michel Foucault, La Verdad y las formas jurídicas – Tercer Conferencia- , Gedisa, Barcelona 2001.
pags. 73 y ss.
- 19 Bovino, Alberto, ob cit., pag. 35 y ss.
- 20 Conf. Albin Eser se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del derecho procesal penal, en donde le queda solamente el rol de mero objeto del procedimiento, (en) "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal –

tendencias nacionales e internacionales"- traducción de Guariglia y Córdoba-, De los delitos y de las víctimas, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

21 Como señala Ignacio Gabriel Anitua en Justicia Penal Pública, Del Puerto, Buenos Aires, 2003; los intentos de consolidar una estructura estatal comienzan antes que en el continente.

22 Según Caballero y Hendler, el procedimiento de aquel entonces conducía a la práctica de las ordalías lo que no fue cambiado sustancialmente por los normandos. Lo que sí hicieron estos últimos fue ir sustituyendo las centurias locales por jueces del rey, así como ir implementando el combate en vez de las ordalías. Justicia y Participación, Ed. Universidad, Buenos Aires, pág. 68.

23 Gusi Gabriela Laura, "El olvido de la víctima. Análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada" , Congreso Nacional sobre el rol de la víctima , La Plata, 2004.

24 Figliomini Susana Beatriz y otro "La víctima y la negociación del conflicto penal. ¿Participación necesaria o eventual? "Congreso Nacional sobre el rol de la víctima, La Plata, 2004: los autores expresan que hay una nueva forma de enfrentar el delito -la justicia reformativa-. En lugar de concentrarse solamente en el infractor con la finalidad exclusiva de endilgar culpas y administrar e imponer penas, el movimiento reconoce que el crimen lesiona a la víctima, a la comunidad y al transgresor de la ley. La filosofía de esta orientación del sistema conforma un nuevo paradigma, una actitud, un modo de pensar en cuanto a la forma de enfrentar el hecho ilícito desde la perspectiva de la víctima, el infractor y la sociedad.

25 Guadalupe José Luis Pérez, "Las Víctimas". Ponencia presentada en el 'IV Congreso Mundial de Capellanes de Cárceles' del IPCA (Sudáfrica, 25-30 de agosto de 2000) y en el 'IV Encuentro Latinoamericano de Pastoral Penitenciaria' (Panamá, 25-30 de junio de 2001).

26 Antonio Beristain, Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología, Editorial Tirant la Blanch, año 1994, pág. 245, 235 a 237.

27 Figliomini Susana Beatriz y otro "La víctima y la negociación del conflicto penal. ¿Participación necesaria o eventual?"

"Congreso Nacional sobre el rol de la víctima, La Plata, 2004: "Las estrategias que utilizan los profesionales implican entrevistas de admisión, diagnóstico, trabajo en red con familiares, vecinos, aplicación de técnicas de impacto para su contención, que pueden desarrollarse en varios intereses. Habiendo disminuido la sensación de inseguridad, la víctima logra mayor capacidad de discriminación y se la encamina hacia la autoconducción y determinación. Además a los efectos de una restitución más amplia, se acciona complementando con una red asistencial".

Luego de esta breve explicación de la actividad, entendemos que las víctimas de delitos, deben ser consideradas junto a otras que se atienden en diferentes Áreas Sociales: menores institucionalizados, encarcelados, carenciados sin posibilidades de acceso efectivo a la justicia, dementes e inhabilitados, como objeto de protección del Ministerio Público. En una de sus tantas proyecciones se amplía el concepto y campo de conocimiento a lo que el padre de la victimología Mendelshon -según Neuman-, llamó "Victimidad". Ya no cabe identificar criminología con victimología; de allí la importancia de las dependencias que cumplen roles jurídico-sociales para combatir, con carácter tuitivo, el exceso de poder,

avasallamiento, la desviación de la ley, inmoralidad, discriminación, indefensión, entre otros males que se advierten en la comunidad. Recordando nuevamente a Neuman, la victimología debe proclamarse como una ciencia independiente para la libertad moral y material de todo tipo de victimizados, de aquellos que sean vulnerados en sus derechos humanos."

28 Op. cit. de Guadalupe José Luis Pérez, "Las Víctimas"....: Quizá sea necesario en este apartado mencionar el caso extremo de los 'presos inocentes', que luego de iniciárseles un proceso penal y de pasar un tiempo (a veces largo) en prisión se demuestra fehacientemente su inocencia. Incluso, tenemos a sentenciados que, luego de varios años de cumplir una condena injusta, se demuestra su inocencia. En estos casos extremos podemos apreciar que el 'preso inocente' ha sufrido las tres victimaciones juntas; pero con el agravante de que el gran victimario ha sido el Estado y todo el aparato judicial.

29 Laborde, "Víctima , proceso y abolicionismo penal", LL., del 29/I/1996, quien da cuenta de la admisión de la "...querrela

adhesiva" (cooperación hacia el acusador), y procedimientos de "provocación de la acción" –con apelación de la denegatoria...- y de "adhesión" (ejercicio de la acción civil en sede penal)..." recogidos por la "Ley de Protección de la Víctima " alemana del 1/IV/87, con algunos aspectos tuitivos semejantes a los de este Código).

30 Conf. Caram, "Hacia la mediación penal", LL., del 20/III/2000; Schneider, "Mediación penal y leyes criminales especiales", LL., del 20/III/2000; Superti, "La mediación penal entre el fiscal e imputado", LL., del 4/VI/2001, comentario al f. 102.077).

31 CCC, Sala V, J.A. ., 1999-IV, pág. 671).

32 D´Albora Francisco J. "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 193, Ed. Lexis Nexis, 2005.

33 D´Albora Francisco J. "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 193, Ed. Lexis Nexis, 2005.

34 Ibidem.

35 CCC, L.L. t. 8, pág. 430).

36 Palacio, Derecho..., T.I., pág. 116).

37 Claus Roxin, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", trad. de Julio B.J. Maier y Elena Carranza, Justicia Penal y Sociedad, Octubre de 1991, pág. 5 y sgtes

38 Juan Bustos Ramírez, "Presente y futuro de la Victimología", en Juan Bustos Ramírez - Elena Larrauri, "Victimología: presente y futuro", Temis, Bogotá, 1993, pág. 3

39 Günter Jakobs, "La imputación objetiva en derecho penal", trad. de Manuel Cancio Melía, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 34.

40 Víctima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la víctima.

41 Jakobs, "La imputación objetiva..", cit. pág. 32.

<http://www.carlosparma.com.ar>