

VÍCTIMA Y PROCESO PENAL¹

Dr. Pedro Montano
Profesor de Derecho Penal en la Udela R

A. El Derecho Comparado

El Derecho Comparado muestra fundamentalmente tres caminos para atender a las víctimas del delito².

Hay soluciones fuera del proceso penal (*desviación*), y soluciones dentro del mismo. Dentro de éste, se advierte un nuevo modelo (*Restorative Justice*) que propicia la integración de todas las partes involucradas en el conflicto antes que la disuasión, la segregación del delincuente y el olvido de la víctima; procura la solución *conciliadora* del conflicto en el ámbito de la llamada delincuencia de bagatela, delincuentes primarios. Sin embargo, el modelo actual, ya contiene esbozos de composición a través del principio de oportunidad y la negociación entre fiscal y delincuente. Se le ha criticado porque supone ir en detrimento de la búsqueda de la verdad material y del principio de oficialidad. También encontramos el *plea bargaining* anglosajón, basado en la *negociación*, que consiste en determinar una menor culpabilidad o aceptar hechos distintos a los realmente realizados por parte del autor, en los que se puede incluir la reparación del daño causado. Es una *transacción* entre acusado y acusador (justicia penal negociada). En algunos casos participa, además, la víctima (conciliación, mediación). Así, en Alemania, puede oponerse al acuerdo celebrado entre el acusado y el acusador³.

En algunos países, estos mecanismos suponen la extinción del delito; el sobreseimiento provisorio o definitivo; el archivo provisorio de los procedimientos; la suspensión de la inscripción en el Registro de Antecedentes penales; en otros, la suspensión del procedimiento hasta que el culpable *voluntariamente* cumpla.

Si la víctima no está de acuerdo con la solución negociada (fiscal y autor), siempre tendrá la vía civil para hacer su reclamo.

Hasta qué punto no hay una confusión entre Derecho Civil y Derecho Penal? Hasta qué punto no son formas extorsivas para lograr la reparación del daño? Hasta qué punto no se trata de soluciones discriminatorias en función de la capacidad económica del autor, por ejemplo? Para eso se han generado mecanismos flexibilizadores como la apreciación del serio esfuerzo del autor por indemnizar⁴, y más garantistas cuando el MP es independiente desde el punto de vista también administrativo, al abrigo de las presiones e intereses del PE.

En nuestro sistema la regla es el principio de oficialidad: el titular de la acción penal es el MP.

Siguiendo a GALAIN, el *principio de oportunidad* no debe ser absolutamente discrecional, sino que cabe la posibilidad de que sea reglado (oportunidad reglada), de forma que sea un poder-deber del MP. Entre otras ventajas⁵, favorece la reparación a la víctima. Pero en los sistemas acusatorios hay que impedir que el MP se transforme también en juez, cuando resuelve no incoar la acción penal.

Frente a las ventajas señaladas, se levantan también duras críticas, como las de SHÜNEMANN⁶, en el sentido de que violan los principios de publicidad, intermediación, oralidad, presunción de inocencia, verdad material, la confesión forzada, etc. Supone falta de garantías para el encausado, porque se convierte meramente en un objeto del proceso padeciendo las más brutales coacciones por parte del más fuerte: se institucionaliza la fuerza. Como él dice, es una apoteosis de la instrucción cuando se sabe que en ella se refleja una imagen selectiva del

1 Agradezco especialmente la colaboración de mis alumnas Lourdes Perez Noya y Luisa Espinosa Castro, que recabaron datos sobre el funcionamiento del Centro de Atención a las Víctimas.

2 Seguimos en esta exposición a GALAIN PALERMO, Pablo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo" in Revista do Ministério Público, año 27, abr-jun 2006, n° 106, págs. 43-81.

3 §153a StPO; § 46a StGB.

4 El art. 46 establece como atenuante en el numeral 8) la "Reparación del mal. El haber procurado, por medios eficaces, la reparación del mal causado o la atenuación de sus consecuencias".

5 Celeridad en el proceso, evitar la prisión corta, descongestiona las cárceles y sistema judicial; mejor rehabilitación del delincuente, etc. Aunque las ventajas administrativas de descongestionamiento o mejor gestión, no deben ir en detrimento de los intereses de la víctima ni de los justiciables.

6 SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), in Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 288-302

hecho constituida esencialmente por la actividad instructoria de la policía y según determinadas hipótesis de sospecha. Se perdería en definitiva la sustancia moral del Derecho penal: el mero reconocimiento del hecho no constituye fundamento suficiente para determinar la pena, como lo prueban los comunicados de confesión de grupos terroristas que se atribuyen la comisión de determinado hecho. Se estaría más bien sancionando su comportamiento procesal (no confesar, no ceder determinadas etapas del proceso) más que el hecho punible del autor. Es la institucionalización del engaño. Además, pone en duda que los resultados sean tan eficaces como se afirma desde el otro sector. Más bien parecería que es ficticia la atenuación penal prometida, porque el juez sube la pena para negociar, como "en un bazar de alfombras orientales".

Lo considera, en suma, una renuncia a las conquistas fundamentales del Estado de Derecho.

Citando a HASSEMER, GALAIN sostiene que lo importante es que la víctima obtenga mayor protagonismo en el sistema penal, que no mermen las garantías del delincuente y que la sociedad no pierda confianza en las normas ni en el sistema penales⁷.

B. Derecho uruguayo.

Como dice GALAIN, la Constitución, en su art. 255 al imponer la conciliación en materia civil, no prohíbe la posibilidad de instrumentarla en el ámbito penal, aunque no podrá negociarse el objeto del proceso (*plea bargaining*), mientras rijan estrictamente los principios de legalidad y oficialidad en el Proceso Penal uruguayo⁸.

En los hechos, la víctima está desamparada, aunque se comienza a reconocer la necesidad de atenderla.

La L. 16.162 estableció la completa separación de las acciones civil y penal por lo que impide a la víctima hacer valer sus derechos en sede penal.

Según el CPP, y luego de la referida ley, la víctima tiene limitada su participación en el proceso a formular la denuncia o la instancia según los casos, a proponer y trasladar prueba del proceso penal al civil, a solicitar medidas cautelares, y a interponer recurso de revisión, pero nada más durante el sumario (art. 83 CPP).

Tuvimos un CPP que no entró en vigor. Es la L. 16.893, de 16.12.97. Reformado casi enseguida por L. N° 17.221, de 31.10.99, fue suspendido definitivamente en su entrada en vigor por L. 17.506, de 18.6.2002. Se preveía la posibilidad de renuncia de la acción por parte del MP, permitiendo así, cierta flexibilidad para aplicar el principio de oportunidad⁹.

A partir de la L. 17.726, se nota un cambio real. En su art. 3c, permite la sustitución de la prisión preventiva o de la pena misma, por la "*restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*" y abrió así la posibilidad de la conciliación. Esta posibilidad ya reconocía un antecedente análogo, aunque no idéntico, en sede policial, por aplicación de la ley de cheques (art. 59 L. 14.412). En el proceso previsto para menores y adolescentes también está prevista la sustitución del internamiento con la reparación del daño previo proceso de mediación entre el menor infractor y la víctima (CNA, arts. 80 y ss.).

También ha supuesto un avance en este aspecto, la L. 18.026 que permite la intervención de la víctima en el proceso penal y su indemnización, cuando se trate de delitos internacionales (arts. 13 y 14).

C. El Centro de Atención a las Víctimas del Crimen.

La ley 17.897 creó dentro del Ministerio del Interior, el Centro de Atención a las Víctimas. Como dice LANGÓN, "inicialmente pudo verse como un hecho coyuntural, para responder a las críticas surgidas respecto de la preocupación de ley para con el sector criminal privado de su libertad, y compensar así de algún modo a la opinión pública que pudo originarse cuando se anunció el anuncio de la liberación masiva de encausados. Es un hecho auspicioso, que no deja por ello de integrarse entre las normas programáticas incorporadas en dicha ley"¹⁰.

"La ubicación dentro del Ministerio del Interior denota el apresuramiento de su creación, y la falta de recursos propios y de personal especializado que requiere un Centro de este tipo.

"La afortunada vinculación a la "*Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder*" de 1985, debió obligar a dotar al Centro de los instrumentos con que pueda realmente desempeñar su labor, debiendo tenerse presente, si es que no se quiere simplemente haber

7 GALAIN PALERMO, Pablo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo" in *Revista do Ministério Público*, año 27, abr-jun 2006, n° 106, págs. 43-81.

8 GALAIN, idem, pág. 69.

9 Art. 49.

10 LANGÓN CUÑARRO, Miguel, "Consideraciones sobre la ley N° 17.897".

creado una estructura burocrática más (dentro de la Dirección Nacional de Prevención Social del Delito), que debe resolverse el problema principal de la asistencia, que pasa por la indemnización, el resarcimiento de la víctima, la restauración en lo posible a la situación anterior al crimen, lo que implica en definitiva la *socialización de los efectos del crimen*, puestos a cargo de toda la comunidad, lo que supone ingentes recursos económicos, en un sistema similar al que solventa los riesgos de accidentes laborales o algo parecido a un régimen de seguro obligatorio contra el crimen, lo que conlleva cargas a rentas generales, que sólo se pueden pagar con impuestos.”¹¹

Las víctimas se comunican por cualquiera de las líneas del Centro o por el 0800. Puede ocurrir que las víctimas llamen al Centro o las deriven desde otros lados, por ejemplo, desde las comisarías. También ocurre que las mismas concurren al Centro y realizan la denuncia allí. El Centro formula luego la denuncia judicial o policial, si correspondiere.

La ley de humanización de cárceles les da una competencia muy genérica porque se refiere a la víctima en general, que requiere afinar -al interpretar las normas de Naciones Unidas- en cuanto al término “víctima”.

La ley de humanización de cárceles prevé que el Poder Ejecutivo reglamente el funcionamiento del Centro. Sin embargo, lo único que el Poder Ejecutivo ha reglamentado es todo lo referente al sistema penitenciario, olvidando hacer lo propio con los artículos 19 y 20.

En los hechos, lo que se hizo fue transformar la Unidad de Intervención Técnica en el Centro de Atención a las Víctimas de la Violencia y del Delito, que ya existía en el Ministerio del Interior, ampliando el segmento porque antes atendía, sobre todo, casos de violencia doméstica.

La parte técnica está ejercida por psicólogos y abogados y la operativa por policías que tienen una formación en prevención. Pero no hay propiamente una instancia de indemnización a la víctima.

Actualmente, el Centro sigue en estado de incertidumbre, en situación de expectativa, frente a un cambio presupuestal que le permita atender sus cometidos y que sea acorde con el Mensaje del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, que en su Cap. V. 15 lo calificó como un “importantísimo avance institucional”¹².

D. El anteproyecto de código de proceso penal (2007).

También la ley 17.897 incluye la creación de dos Comisiones que deberán formular las bases para la reforma de la legislación vigente. Una, en materia sustancial (art. 22), para reformar el Código Penal y la otra, en materia formal (art. 21), para reformar el Código del Proceso Penal.

Más recientemente, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Peirano¹³, ha recomendado al Uruguay la urgente reforma del proceso penal, para lo cual ha dado un breve plazo antes de plantear el asunto ante la Corte Interamericana. Amnesty International, en relación al mismo caso y según ha sido recientemente divulgado, también ha reclamado una pronta reforma del sistema.

El anteproyecto en elaboración por la Comisión de Reforma del CPP incluye un título especial, el N° V, que dedica a la víctima.

El título está integrado por tres artículos, que son los siguientes:

“Art. 66 (Concepto) - Se considera víctima, a la persona ofendida por el delito.

Al momento de formular instancia o denunciar el hecho, puede manifestar su aspiración de participar en el proceso penal, con los derechos y facultades que este Código le otorga.

En la primera oportunidad procesal, la víctima deberá proporcionar sus datos identificatorios, constituir domicilio dentro del radio del Juzgado y designar abogado patrocinante. A las víctimas carentes de recursos, que así lo manifiesten, se les designará Defensor de Oficio.”

Art. 67 (Representación de la víctima) - Cuando la víctima del hecho estuviera impedida transitoria o definitivamente de participar en el proceso, sus derechos y facultades podrán ser ejercidos por sus ascendientes o descendientes de primer grado, por el cónyuge o concubino, o por los hermanos legítimos o naturales. Atendidas las circunstancias del caso, el Juez interviniente podrá reconocerle asimismo idéntico estatuto a otras personas que manifiesten su voluntad de representarle.

Art. 68 (Derechos y facultades) - Son derechos y facultades de la víctima:

1º. Obtener información sobre el estado de las actuaciones y las resoluciones que hubieren sido dictadas, desde el inicio del Informativo Preliminar.

2º. Proponer pruebas.

3º. Coadyuvar con el Ministerio Público, para el esclarecimiento del hecho.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

13 Caso 12.553, informe 35/07, mayo 2007.

4º. Solicitar medidas cautelares.

5º. Insistir en el ejercicio de la acción penal, mediante intervención de Fiscal subrogante (art. 53 y 119).”

De las disposiciones transcritas resulta un evidente avance en cuanto a la preocupación por la víctima en nuestro sistema. Sin embargo, sería bueno aprovechar la ocasión para darle una mayor participación en el proceso, consagrando un principio de oportunidad reglada, del cual pudiera surgir alguna vía de indemnización, sin descuidar la función que debe cumplir la pena desde el punto de vista dogmático y social.

ooOoo