Publicado en *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal* (J.L.Martí/G.Beade editores), Universidad del Externado: Bogotá (2014 en prensa)

LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y SUS DEBERES ASOCIADOS[1]

SANDRA E. MARSHALL[#]

> *"Una mujer galesa, encarcelada por retractarse tras formular una acusación "sincera" de violación contra su marido, supuestamente violento, impugnará su condena ante la Cámara de Apelaciones de Londres tras recibir una oferta de asistencia gratuita por parte de un equipo jurídico.*
>
> *La madre de 28 años, conocida como Sarah, desea limpiar su nombre luego de haber sido liberada por el presidente del tribunal, Lord Judge, el mes pasado. Ella cumplió 18 días de una condena a 18 meses de prisión, por desviar el curso de la justicia (…) Judge afirmó que la justicia tenía el deber de mostrar "una importante medida de compasión por una mujer que había sido victimizada". Pero, de todas formas, mantuvo sus antecedentes penales al reemplazar la pena de prisión, por una condena en suspenso y una orden de supervisión por el término de 2 años.*
>
> *"No hice nada incorrecto y, sin embargo, soy yo quién está siendo castigada" dijo Sarah esta semana desde la casa de su hermana en Powys…*
>
> *La acusación en su contra –descripta como una "injusticia" por sus defensores- no fue por mentir acerca de las violaciones,* ***sino por haberlas desmentido falsamente*** *[el destacado me pertenece].*
>
> *Cuando dispuso su libertad, el juez sostuvo que la sentencia original contra Sarah "debía ser evaluada sobre la base de que ella había interferido con el curso de la justicia al retractarse falsamente de su afirmación inicial de que su marido la había violado[2]".*

Sin dudas, numerosos aspectos de este caso merecen ser discutidos, la naturaleza problemática de la persecución penal del delito de violación y de la violencia doméstica quizá sea uno de los más significativos. Sin embargo, a los fines de este trabajo, y como una forma de introducir la problemática que abordaré, quisiera resaltar tres de ellos. En primer lugar, necesitamos tener en claro

---

1 Original en inglés "Victims of Crime and Their Associated Duties". Traducción al español a cargo de Agustín G. Cavana. Mi agradecimiento es para todos aquellos que han demostrado gran paciencia y fortaleza al discutir distintas versiones de las ideas que ofrezco aquí. Pero, en particular, debo agradecer a los participantes del "Workshop on the Philosophy of Criminal Law" realizado en Barcelona, el 10 de junio de 2011. Las discusiones que tuvimos allí fueron muy estimulantes y me hicieron pensar que hay algo en este planteo, pero que, definitivamente, tengo que trabajar mucho para llegar a una formulación más acabada.

[#] Profesora Emérita de Filosofía, Universidad de Stirling. Profesora Investigadora Visitante, Universidad de Minnesota, Facultad de Derecho.

2 The Guardian, Sábado 18 de diciembre de 2010. El esposo fue originalmente imputado por 6 cargos de violación en base a las acusaciones de la mujer.

que "Sarah" está impugnando su condena, y no sólo el monto de la pena que le fue impuesta. De hecho, como señalé en el breve reporte que antecede, la sentencia ya había sido objeto de un recurso mediante el que consiguió una reducción[3]. El punto es que ella desea "limpiar su nombre" y que afirma, junto a aquellos que apoyan su campaña, que "no ha hecho nada reprobable", a pesar de que admite que declaró falsamente que no había sido víctima de una violación. De este modo, en segundo lugar, ella sostiene ahora que su acusación original era verdadera. Es muy importante dejar esto en claro, dado que muchos comentadores han analizado este caso, como si los hechos hubieran sido distintos, y la mujer hubiera sido castigada por formular una falsa denuncia de violación.

Y esto nos conduce al tercer punto que deseo resaltar: la acusación contra su cónyuge por violación, permanece en la esfera del dominio público, a pesar de que éste no fue enjuiciado por el cargo. En efecto, el abogado representante de la Corona ante la Cámara de Apelaciones concedió que: "[la corona] acepta sin reservas el trasfondo fáctico de este caso. Es evidente que la mujer padeció una exposición prolongada a hechos de violencia doméstica y se encuentra implícito en los alegatos que fue víctima de una violación[4]". En algún sentido, entonces, los cargos contra su marido parecen tener cierta entidad legal, aunque permanezcan, simplemente, como una acusación. Y vale la pena destacar, además, que en ninguna parte del reporte del caso se hizo referencia a la presunción de inocencia, y mucho menos se la invocó, a pesar de que el esposo no fue ni será, juzgado o condenado por estos hechos. Más de allá de esto, parece que tanto la mujer como aquellos que la apoyan afirman que ella es una víctima y, al menos indirectamente, esto debilita el caso en su contra[5].

En consecuencia, la pregunta que deberíamos formularnos aquí es ¿qué implica el hecho de que la mujer sea una "víctima"? ¿Debemos suponer que esa circunstancia opera, de alguna forma, como una causa de justificación o una excusa? Esto no implica negar que la mujer pueda tener una defensa jurídica contra la acusación. De hecho, en la apelación se sostuvo, sin éxito, que había obrado bajo coacción. Sin duda, podríamos decir mucho más acerca de esto, pero ello excedería el propósito de este trabajo. Mi tesis no depende del hecho de que se trate de un caso de violación y bien podría

3 La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso contra la condena, el 13 de marzo de 2012: R v A [2012] EWCA Crim 434. La mujer ahora busca llevar el caso ante la Suprema Corte.

4 The Guardian, 13 de marzo de 2012. Ver también: R v A [2012] EWCA Crim 434.

5 Por ejemplo, la profesora de la Universidad de Durham, Clare McGlynn, fue citada afirmando "¿Dónde vemos el reconocimiento de que la mujer es una víctima aquí?, The Guardian, Martes 23 de noviembre de 2010.

reemplazarlo, por ejemplo, por un robo[6]. Lo que espero demostrar a continuación es que la afirmación de que la mujer "no hizo nada incorrecto" es errada, y que una parte del ilícito que llevo a cabo es, precisamente, una función de su condición de víctima. Las víctimas, sugiero, tienen tanto obligaciones como derechos. Más aún, una de las implicancias de mi planteo será que las víctimas tienen obligaciones hacia aquellos a quienes han dañado, y que el daño causado en estos casos, como en el descripto aquí, no es simplemente la "perversión del curso de la justicia". Al mentir como lo hizo, la mujer perjudicó a su esposo por más paradójico (o escandaloso) que esto pueda sonar.

EL ASCENSO DE LAS VÍCTIMAS Y SUS DERECHOS

La total ausencia de interés por parte de la sociedad, acerca de la situación de la persona acusada de un delito, en un caso como el relatado, puede no resultarnos sorpresiva, incluso a la luz del creciente interés por los derechos de las víctimas. En la actualidad, la tesis defendida por David Garland en *The Culture of Control*[7] acerca del reemplazo de la perspectiva welfarista del castigo por aquella ligada a la retribución es probablemente un lugar común, al menos en el Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica[8]. Y en el mismo sentido, este giro ha traído consigo un renovado énfasis sobre la situación de las víctimas del delito y sus derechos, en detrimento de la preocupación por los derechos e intereses del acusado/delincuente.

Hoy se presta mayor atención al rol que las víctimas deberían tener en el proceso penal. Sus reclamos van desde el derecho a ser informadas sobre el progreso de sus casos hasta tener alguna incidencia sobre la condena del imputado, o, como se afirma a veces, "su" delincuente. Algunos afirman, incluso, que sus derechos deberían ser extendidos más allá del juicio y la condena, y reclaman ser notificados cuándo el condenado es liberado luego de completar su sentencia (usamos liberar aquí

6 Los argumentos que presento aquí no deberían ser tomados, como una indicación de que deberíamos tener otra cosa más que compasión por la mujer del caso, ni sugieren como cuestión de hecho, que su esposo se comportó de la manera en que ella afirma. Lo crucial aquí no es si su marido es un hombre duro y violento, sino si es un delincuente. Una de las características lamentables de este caso podría ser que, a pesar, de que claramente debería haberse demostrado que lo es, hasta el momento esto no ha sucedido.

7 D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* University of Chicago Press (2001). Hay traducción castellana: "*La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*", Gedisa, 2005.

8 Espero que gran parte de la discusión de este trabajo sea aplicable en general, pero me temo que, inevitablemente, algunas características aplicarán principalmente al Reino Unido y, posiblemente, a los Estados Unidos. Confío, en consecuencia, en que surgirá con claridad del contexto cuándo hablo de "nosotros" en un sentido más general y cuándo no.

para referirnos a aquellas condenas que implican privación de libertad), alegando que, de lo contrario, podrían quedar sujetos a un impacto irrazonable si se toparan con él.

Notemos aquí que ellos, todavía, piensan en sí mismos como "víctimas" y que la persona que ha cumplido una pena continúa siendo para ellos, al menos, un delincuente o "su" delincuente. Las implicancias ulteriores que esta concepción de las personas que han cumplido una sentencia tiene para el concepto de criminalización, y las nociones de justicia vinculadas a ella, no serán elucidadas en detalle aquí, pero uno podría preguntarse acerca del sentido que podríamos, o deberíamos, otorgar a la idea de que al cumplir su condena la persona recupera su condición de ciudadano igual, esto es, su condición de miembro pleno de la sociedad. Esto porque, a pesar de haber cumplido con su sentencia, estas personas continúan portando su status de "delincuente". Y, entonces, ¿en qué sentido podemos afirmar que han recuperado su condición de iguales? Incluso, podríamos preguntarnos por los límites de la idea de que un "delincuente" puede ser "reinsertado en la comunidad" dado que alcanzado cierto punto, esto se torna imposible, y también por el status legal que podríamos atribuirle si presumiéramos a efectos legales que se encuentra imposibilitado de hacerlo.

La preocupación por las víctimas y sus derechos ha ido incluso más allá, al menos en algunas jurisdicciones, donde la noción de víctima se ha expandido hasta incluir a parientes y otros allegados, más remotamente ligados, a quiénes estaríamos inicialmente dispuestos a reconocerles dicha calidad. Como observa, Markus Dubber en relación a casos de homicidio:

> *"Con tantas víctimas indirectas elocuentes exigiendo y ejerciendo presión por los derechos de las "víctimas", los propios intereses de las silenciadas víctimas de homicidio han pasado a un segundo plano. Los casos Douglas y Hupp ilustran este punto. El beneficiario inmediato de la campaña de Brook Douglas por los derechos de las víctimas fue él mismo. Él y su hermana fueron los primeros en ejercer el derecho que lucharon para establecer. Mientras que Hupp invocó los derechos de sus padres, que habían sido víctimas de homicidio, para reclamar un derecho secundario de un familiar, ella misma, cuya existencia, afirma, hubiera prevenido que la victimización tenga lugar[9]".*

El punto central es que estos familiares afirman ser ellos mismos víctimas, en lugar de presentarse como *representantes* de sus parientes fallecidos. De forma similar, cuándo la madre de James Bulger (un niño de Kirby, Inglaterra, asesinado por dos niños de 10 años, en 1993) reclamó ser informada acerca de la identidad[10] y el comportamiento reciente de uno de los responsables del hecho, que para ese entonces era un adulto, lo hizo a título personal y no como representante de su hijo. Precisamente, ella se considera una víctima y fue tratada como tal por la prensa y en alguna medida

9 Brooks Douglas tuvo éxito al reclamar el derecho a asistir a la ejecución de la persona condenada a muerte por el asesinato de sus padres (un hecho que presenció), y Suzanna Hupp cuándo solicitó autorización para portar un arma en forma oculta, que creía le hubiera permitido prevenir el homicidio de sus padres.

también por el Estado. De hecho, el entonces ministro de Justicia (marzo de 2010), Jack Straw, eventualmente la recibió para atender sus reclamos.

El hecho de que las personas manifiesten ser víctimas, por supuesto, no significa que lo sean. En efecto, estos casos de alto perfil son objeto de controversia y se encuentran sujetos al debate público y político. Sin perjuicio de esto, ellos nos permiten observar la tendencia identificada por Garland, y nos llevan a reformularnos la pregunta por el alcance del concepto de víctima y acerca de la influencia que éste debería tener tanto en la definición del delito, como en el diseño del sistema procesal ¿Quién debería ser considerado víctima de un delito? Esta es una pregunta acerca de las personas a quiénes deberíamos atribuirles el carácter de víctima y otra, ligeramente distinta, sobre el tipo de entidades que podrían o deberían ser consideradas como tales. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones, ahora los animales cuentan como víctimas y también las sociedades podrían ser incluidas (aunque la posibilidad de formular una Declaración Personal de la Víctima[11], en ambos casos, podría parecer desconcertante).

Podríamos preguntarnos, entonces, si existen terceros afectados que podrían razonablemente plantear un reclamo. La idea de que el delito tiene un impacto negativo sobre el grupo familiar de los acusados y los condenados está fuera de discusión, pero hasta el momento estos no figuran como víctimas en el proceso penal, o en debates públicos más amplios. Aunque, es posible que, en la mayoría de los casos, los familiares de los acusados o condenados no deseen exponer públicamente su punto de vista, de ello no se sigue que no tengan uno. Ni tampoco deberíamos suponer que necesaria, o simplemente, ellos tendrán una visión comprensiva acerca la conducta delictiva de sus parientes. El riesgo es que sin un marco teórico adecuado, podríamos llegar al absurdo identificado por Dubber:

10 Los dos niños del caso fueron sentenciados a prisión hasta alcanzar la adultez, inicialmente hasta la edad de 18 años, y obtuvieron la libertad bajo supervisión vitalicia en junio de 2001. Al momento de su liberación, se les otorgó una nueva identidad.

11 Las Declaraciones Personales de la Víctima (Victim's Personal Statement) son descriptas por el Servicio de Acusación de la Corona para Inglaterra de la siguiente manera: "el esquema de las "Declaraciones Personales de la Víctima" (DPV) le otorga a las víctimas la posibilidad de describir los efectos más profundos que el delito ha tenido sobre ellas, expresar sus preocupaciones e indicar si necesitan, o no, algún tipo de asistencia. El propósito de una DPV es: (i) darle a la víctima una oportunidad de declarar acerca de cómo fue afectada por el delito –físicamente, emocionalmente, financieramente o en alguna otra forma-, (ii) permitirle expresar sus preocupaciones en relación a la caución o el peligro de sufrir algún tipo de intimidación por parte, o en nombre, del acusado, (iii) proveerle medios a través de los cuáles pueden declarar si desean obtener información, por ejemplo, sobre el avance del caso, (iv) brindarle a las víctimas la oportunidad de dejar asentado si desean, o no, reclamar compensación o requerir algún tipo de ayuda de Asistencia a la Víctima o alguna otra agencia de ayuda (v) brindarle a las agencias de persecución penal una fuente de información directa acerca de cómo un delito particular afectó a la víctima involucrada".

> "*Incluso en Estados donde la definición legal de "víctima" aplicable a las declaraciones de impacto*[*] *se limita a los familiares sobrevivientes, los tribunales han demostrado su apoyo a los movimientos por los derechos de las víctimas al extender el concepto más allá de su punto de ruptura, destruyendo la distinción entre la víctima particular de un homicidio y toda la comunidad de ciudadanos honestos. Tan grande es el grupo de potenciales pruebas de impacto, tan expansivo el círculo de compasión que rodea a la víctima de un asesinato, que la Corte Suprema del estado de Virginia abandonó cualquier intento de definir positivamente quiénes deben ser considerados víctimas, en tanto la persona que invoque esta calidad no se encuentre "tan alejada de las víctimas como para no tener nada valioso para transmitirle al tribunal acerca del efecto de estos delitos*[12]".

Vale la pena advertir que el énfasis en los derechos de las víctimas y el creciente alcance del término "víctima de un delito" se superpone, al menos parcialmente, con el desarrollo de lo que es conocido como justicia restaurativa. Mi propósito aquí es limitado y por ello me referiré únicamente a algunos de sus rasgos más generales. Las primeras formulaciones de esta posición fueron un intento de repensar el terreno ocupado por lo que era llamado justicia retributiva, que en sí misma, habitualmente, es distinguida con bastante claridad de la justicia social (aunque esta distinción es de aquellas que sería razonable cuestionar). Podemos observar las bases para la idea más general de justicia restaurativa, en la objeción de que el derecho penal, como afirmó (sobre)dramatizando Nils Christie, "expropia" nuestros conflictos.

El derecho penal aleja el "conflicto" que, a los ojos de Christie, constituye la verdadera naturaleza de lo que llamamos "delito" de aquellos a quienes concierne directamente, y lo transfiere al mundo formal y profesional del derecho. En este sentido, aquellos a quienes llamamos "víctimas" y "delincuentes" son privados de la posibilidad de ocuparse del "conflicto" ellos mismos[13]. La solución, entonces, sería volver a dejar la cuestión en manos de aquellos a quienes les conciernen directamente los delitos (o más bien los conflictos). La única función de un proceso formal debería ser facilitar la discusión entre las partes. Esto nos provee de un sentido claro en el que la "víctima" formula un reclamo contra el "delincuente" como propio y conecta la idea de justicia restaurativa con una de las tendencias del movimiento por los derechos de las víctimas.

---

[*] Nota del Trad. Las declaraciones de impacto sobre las víctimas (o Victim Impact Statements (VIS) brindan una oportunidad a la víctima de un delito de expresar, habitualmente por escrito, el efecto que éste tuvo sobre ella, pudiendo incluir el perjuicio económico, lesiones físicas o psicológicas y cambios significativos en su vida. En general, son leídas en la etapa de determinación de la pena o en las audiencias para obtener alguna forma de libertad anticipada.

12 M. Dubber, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights, New York University Press,* 2002, 214.

13 N. Christie, "Conflicts as property" (1977) 17 *British Journal of Criminology* 1. Hay versión castellana: "Los delitos como pertenencia", en VVAA., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc. 1992.

Ahora, la conexión entre la justicia restaurativa y el movimiento por los derechos de las víctimas[14] no debe ser exagerada. Una de las diferencias más notorias, ciertamente, es que las primeras formulaciones de esta teoría sostenían que el concepto mismo de "delito" debía ser rechazado y reemplazado por conceptos como "daño" o "conflicto". El fin que perseguían era "reparar" la relación quebrada entre las partes. Desde esta perspectiva, el castigo, era rechazado completamente por barbárico e inútil. El movimiento por los derechos de las víctimas, por su parte, no pretende reformular estos conceptos. Más bien al contrario, se vale del enfoque en los derechos de las víctimas para exigir mayor participación de éstas en el proceso judicial del derecho penal y la imposición del castigo.

La conexión que quiero plantear entre justicia restaurativa y el movimiento por los "derechos de las víctimas", descansa más bien en la forma en que la primera implica una forma de individualismo y la privatización de la justicia penal. Esto es lo que también está claro en el giro retributivo identificado por Garland y otros. También, sugiere la necesidad de un proceso más parecido al procedimiento civil, donde la víctima es vista con mucha más claridad como el demandante que inicia un procedimiento contra otra persona alegando que ésta lo daño/perjudicó. La participación del demandante, sin embargo, tendría que ser voluntaria: impulsar el proceso debería depender enteramente de él o ella. El caso sería llevado ante la justicia en el nombre del peticionante y no del Estado o "el pueblo". En efecto, el Estado, que de acuerdo a Garland, ha prestado creciente atención al control del delito, debería ser resistido y las víctimas deberían ser reconceptualizadas como agentes primarios y no, simplemente, como herramientas del poder estatal. Si hubiera un rol del Estado, en todo caso, debería ser el de prestar asistencia a la víctima, por ejemplo, aprehender al presunto delincuente y facilitar su enjuiciamiento.

De este modo, una forma de interpretar los comentarios atribuidos a "Sarah", en el caso referido al comienzo de este trabajo, sería que su visión del asunto refleja justamente esta forma de individualismo. Desde esta perspectiva, su idea de que "no hizo nada reprobable" al retractarse de sus acusaciones contra su marido podría ser entendida como una reivindicación de su derecho a decidir por sí misma si impulsar, o no, la acción, dado que se trata, esencialmente, de *su* conflicto ¿A quién más le incumbe si ella elige declarar o no? ¿O si solicita, o no, que su esposo sea castigado por el sistema penal? Quizás la opción de no formular una acusación parecerá desacertada para algunos, pero no

14 La frase "movimiento por los derechos de las víctimas" es empleada sin demasiado rigor aquí. Aunque existen grupos específicos que llevan adelante campañas por los derechos de las víctimas y que pueden ser identificadas estrictamente como "movimientos", en forma análoga al movimiento por los derechos civiles, éstos no son la única fuente de reivindicaciones sobre el tema. Utilizó este término sólo por conveniencia y pretendo cubrir con él todos los distintos tipos de reclamos.

habría nada en ello que deba contar como una acción reprobable o la comisión de un *delito*. Posiblemente, una opción más atractiva para ella, y que seguramente hubiera preferido de haber estado a su alcance, es la de demandar a su marido para obtener una compensación por el daño sufrido y un divorcio inmediato, junto con una prohibición de acercamiento.

He discutido en otro trabajo[15] que esta concepción del derecho penal, que tiende a asimilarlo al proceso civil, no ofrece una justificación adecuada de la idea de "ilícito penal" y del proceso, que pone a la comunidad política a cargo. Por supuesto, éste no es uno de sus propósitos, dado que se trata de una teoría más bien reformista que apunta a modificar y eliminar gran parte de lo que hoy integra el concepto de delito. Similarmente inadecuada es la teoría que podríamos presentar como directamente opuesta: que el derecho penal es una expresión central y legítima del poder coercitivo del Estado, dado que es el propio Estado quién hace las veces de "víctima" del delito en tanto son *sus* normas las que resultan infringidas. Desde esta perspectiva, los delitos, incluso aquellos que involucran a víctimas individuales, deben ser comprendidos como ataques contra el Estado. (Me referiré a esta idea como la "visión estatista", y reconozco, por supuesto, que brindo una versión particularmente rudimentaria de ella aquí). Desde la visión estatista, la víctima entonces es sólo una ocasión para el crimen, y así cualquier rol que pueda jugar en el proceso será únicamente el necesario para concretar el interés del Estado. No pretendo sugerir, al presentar la cuestión de esta manera, que el Estado sea otra cosa que un organismo legítimo, o que no tiene derecho a ejercer la coerción. Esto sin perjuicio de que algunos de ellos podrían, en efecto, ser ilegítimos, y en ese caso no tendrían derecho a hacerlo[16].

La visión estatista, entonces, no nos exige que las víctimas sean apartadas del proceso – aún podría existir espacio, por ejemplo, para declaraciones de impacto de las víctimas, como un aspecto del castigo, de forma tal que el ofensor tenga la obligación de escucharla como una forma de reforzar su comprensión de la verdadera naturaleza de sus acciones. La diferencia importante radica en las *razones* para dicha inclusión que, en este caso, son instrumentales y se enfocan en la manera en que la participación de la víctima sirve a los intereses del Estado. Sin embargo, una ventaja que esta visión tiene por sobre la posición de la justicia restaurativa es que pone a las malas acciones en el centro de la

15 S.E. Marshall, S.E. & R.A. Duff, "Criminalisation and Sharing Wrongs", *Canadian Journal of Jurisprudence*, 11, 7-22 (1998); R.A. Duff & S.E. Marshall, "Public and Private Wrongs", *Essays in Criminal Law in Honour of Sir Gerald Gordon*, eds. James Chalmers, Fiona Leverick and Lindsay Farmer, 2010. Edinburgh University Press.

16 La discusión sobre la fuente de legitimidad del poder estatal es, por supuesto, una de las preguntas profundas de la teoría política, pero una que sea abordada aquí. De todas formas, todo lo que necesitamos aquí es tener en claro es la distinción entre el "Estado" y lo que yo, junto a otros, llamo la "comunidad política".

caracterización del delito, y provee de contenido a la idea de que el derecho penal se ocupa más de los ilícitos públicos que de los privados. Es a la luz de esta idea de que al derecho penal le preocupan los "ilícitos públicos", que no sólo los derechos de las víctimas sino también sus deberes, y así el verdadero tema de este trabajo, deben ser comprendidos. Mi crítica es que la visión estatista construye la noción de "público" de una manera completamente equivocada.

DEBERES DE LAS VÍCTIMAS E ILÍCITOS COMPARTIDOS

En "*Sharing Wrongs*", sostuvimos junto a Antony Duff que la idea de "ilícito público" se encontraba en el corazón del derecho penal y presentamos a dichas faltas como "ilícitos compartidos[17]". Por esta razón, brindamos una caracterización muy general de la identidad colectiva tal que nos permitía comprender al derecho y al proceso penal como ejemplos de la idea de ilícitos compartidos y conservar, mientras, la idea de ilícitos penales como, no obstante, aquellos cometidos en perjuicio de ciudadanos *particulares*. Este argumento dependerá de una concepción de la relación entre los individuos como *ciudadanos* tal que un ilícito padecido por uno de nosotros, sea considerado una ofensa contra la sociedad toda y, además, uno cometido, y no sólo sufrido, *por* uno de nosotros. Entonces, desde esta perspectiva no sólo la víctima es "uno de nosotros", también lo son aquellos condenados por un delito.

De este modo, la posición del ofensor como "uno de nosotros" es, como pretendo dejar en claro, crucial para mi tesis acerca de las obligaciones y derechos de las víctimas. En la medida en que los individuos son un colectivo definido en los términos de una identidad común, como ciudadanos, comparten valores y preocupaciones recíprocas y se ven amenazados por los mismos peligros, una agresión contra alguno de ellos es un ataque contra todos, contra sus valores y el bien común. Esto no implica precisamente que la víctima individual quede fuera de la escena. El breve bosquejo que ofrezco aquí es una forma de comprender a los individuos *como* ciudadanos, conectados con sus conciudadanos por una red de derechos y deberes.

El punto no es únicamente que nos damos cuenta de que otros miembros del grupo son vulnerables al ataque, o que queremos advertir a potenciales agresores que no pueden atacar a integrantes de la comunidad impunemente, aunque no deberíamos descartar estas consideraciones como totalmente irrelevantes. El punto es que el ataque contra un miembro de la comunidad debe ser visto como una agresión contra él en tanto miembro del grupo, como un atentado contra un

17 En ese trabajo también advertimos que existe un sentido perfectamente apropiado del concepto de "ilícito público" que se refiere a aquellos injustos cometidos en perjuicio "del público" y que no captura aquello a lo que nos referimos por "ilícitos compartidos" en el sentido que trazo aquí.

conciudadano y cuyas consecuencias dañosas deben ser compartidas. Esta concepción de la comunidad política como atada por preocupaciones, valores y una identidad común, motiva una idea de ilícito "público" y aporta a la idea de un proceso a cargo de la comunidad. El caso es investigado por la policía, la acusación llevada adelante por "nosotros el pueblo" o el Estado –entendido ahora como *nuestro* Estado, sirviéndonos a nosotros y no a él mismo- y no depende de la víctima decidir si el caso avanza o no.

A esta altura, el lector podría desear quejarse de que esta idea de "ilícitos compartidos" parece excluir por completo la posibilidad de que el perpetrador de un delito y en efecto la víctima, no sea "uno de nosotros" en el sentido propuesto anteriormente. Por ejemplo, ellos podrían ser extraños o visitantes de algún tipo y no integrantes de la comunidad afectada. Pero una respuesta a esta crítica, y una que defiendo aquí, es provista por Antony Duff quien sostiene que deberíamos ver a estos visitantes como "invitados" y de este modo deberían "…*serles reconocidos muchos de los derechos y protecciones de la ciudadanía, así como deberíamos esperar de ellos que acepten algunos de sus deberes y responsabilidades. En particular, tendrían que estar obligados y protegidos por las leyes del Estado, incluido el derecho penal*…[18]". Mi impresión es que ser un "invitado" es una idea lo suficiente inclusiva como para capturar el sentido de ser "uno de nosotros" e "ilícitos compartidos" que la acompaña.

De la misma manera, el sentido en que los valores son "valores compartidos" necesita ser más claro que lo que fuera dicho en el texto "Sharing Wrongs" a pesar de que no haré mucho aquí por clarificarlo. Es suficiente para mis propósitos, decir que cuando decimos que los valores son compartidos nos referimos a que son parte de la *estructura* de las instituciones y prácticas que dan forma a la comunidad política y a la naturaleza de la ciudadanía dentro de ella. La caracterización de estos valores como parte de la estructura del Estado es, hasta cierto punto, abstracta. En otras palabras, no dice nada en absoluto acerca de cuáles podrían ser esos valores, cuán amplio es su rango, o que importancia tienen dentro de la estructura.

Todo esto diferirá de una a otra comunidad política. Existirán algunos límites acerca de qué valores pueden formar parte de esta estructura, pero éstos están dados sólo por lo que puede inteligiblemente contar como comunidad política. Se trata de límites conceptuales. Además, de esta concepción de "valores compartidos", no se sigue que no exista espacio para estar en desacuerdo acerca de cómo éstos deben ser interpretados en casos particulares. Supongamos que estamos comprometidos con un Estado liberal en términos generales, con valores comunes de, por ejemplo, libertad e igualdad:

18 R.A. Duff, 2007, *Answering for Crime*, Hart Publishing, p. 54

podemos advertir que hay mucho lugar para el desacuerdo entre las personas acerca de su importancia y como deberían ser contrapuestos. El punto central aquí es que es *porque* existen valores compartidos, en el sentido en que he especificado, que el desacuerdo es absolutamente posible.

Entiendo, entonces, que esta concepción acerca de los "ilícitos compartidos" nos lleva a adoptar una visión del proceso penal donde la participación de la víctima individual, tanto en su papel como testigo del delito como en el de persona que ha padecido un crimen, debería ser pensada como un deber y no sólo, ni principalmente, como una cuestión de derechos individuales. Estos deberes, tales como denunciar un delito, prestar testimonio y entregar pruebas al tribunal, son propios de los ciudadanos y son mejor entendidos como obligaciones asociativas.

La teoría acerca de las "obligaciones asociativas", como producto de una obligación política, ha tenido su punto de partida más reciente en Law's Empire de Ronald Dworkin[19], y ha sido empleado desde entonces por un número de teóricos políticos, incluyendo a Samuel Scheffler y John Horton. Scheffler localiza esta concepción antes que nada en "*la opinión moral corriente*" que, afirma:

> *"…continua viendo a las obligaciones asociativas como un componente central de la experiencia moral. Y al hacerlo, reconoce algunos reclamos, que nos realizan, cuyo origen descansa no en nuestras propias elecciones, ni en las necesidades de otros, sino en la compleja y constante evolución de la constelación social y las relaciones históricas en la que nos adentramos desde el momento de nuestro nacimiento. Porque, después de todo, todos nacemos en familias y circunstancias que no elegimos; y aterrizamos en alguna región que no seleccionamos en un universo social que nos es impuesto. Y, desde el momento de nuestro nacimiento e incluso antes, existen reivindicaciones sobre, para y hacia nosotros… Nuestra historia particular e identidad social, a medida que evoluciona y se desarrolla en el tiempo, continua convocando reclamos que debemos reconocer, que no pueden ser considerados como contractuales sin distorsionar su carácter, y que no se reducen al silencio por consideraciones generales de necesidad[20]"*

John Horton, cuya postura acerca de la obligación política me parece más persuasiva, explica la idea general de esta manera:

> *"Es ésta idea corriente de obligación, que surge de prácticas sociales más que de elecciones voluntarias o de nuestra humanidad común, la que la concepción de deberes u obligaciones asociativas pretende atrapar. Se trata de obligaciones de la familia, compañerismo y comunidad política. Este tipo de obligaciones no son debidas a alguien en particular, sino a otros miembros de un grupo o asociación a la que pertenecemos. Pero a diferencia de las obligaciones especiales que son el producto de elecciones voluntarias o decisiones, tales como aquellas que surgen de las promesas o de la decisión de asociarse a un club, las obligaciones asociativas no pueden ser explicadas en referencia a actos voluntarios. Es esta combinación de su carácter impersonal e*

19 R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana (1986). Hay traducción al español: *El imperio de la Justicia*, Gedisa, 1997.

20 F. Scheffler, *Boundaries and Allegiances: Problems of Justice and Responsibility in Liberal Thought*, OUP, p. 64 (2001).

> *involuntario que las hace diferentes y distintivas; y también, debería destacarse, lo que las convierte en especialmente controversiales para muchos filósofos*[21]*"*

¿Qué más puede ser dicho acerca de los deberes asociativos que poseen las víctimas? Las víctimas deben ser entendidas como miembros de un Estado, como ciudadanos en comunidad con otros. Sus obligaciones provienen de esa membresía, de su relación con todos, como uno de nosotros. Pero, deberíamos recordar, que también lo son los acusados o condenados, por lo que algunas de las obligaciones de las víctimas son tanto con ellos, como con el resto de sus conciudadanos. La ciudadanía, incluyendo las víctimas, tiene el deber de interactuar honestamente entre sí y esto comprende a quiénes atentan contra ellos. Aún mayor, sin embargo, es la importancia de tomar en serio a quién comete un injusto en lugar de, simplemente, ignorarlo. Este tipo de deberes pueden ser agrupados bajo el encabezamiento general del deber de prestar testimonio. Las víctimas lo hacen no simplemente como individuos con motivos para quejarse, sino también como miembros de la comunidad, que comparten el ilícito.

Desde esta perspectiva, las víctimas tienen la responsabilidad frente a sus conciudadanos de apoyar las normas colectivas y, de este modo, un deber de denunciar los delitos que padezcan y de enfrentar al acusado ante los tribunales. Esta manera de presentar la idea parece encajar bastante bien con el hecho de que, en algunas jurisdicciones al menos, existe una obligación legal de denunciar delitos[22]. Sin embargo, el deber de denunciar, en su formulación actual, presenta algunas dificultades y no captura por completo la obligación asociativa que atribuyo a las víctimas. Gran parte de los argumentos empleados para justificar su existencia parten del deber de prevenir el crimen: alguien que toma conocimiento de un crimen planificado tiene la obligación de denunciarlo para impedir que se concrete, o si tomó conocimiento de un delito consumado tiene que notificar a las autoridades para impedir que el autor cometa otro en el futuro. Podemos discutir acerca de cada uno de estas tres obligaciones putativas y de la forma en que violan, o no, la libertad y la dignidad humana o socavan la confianza[23].

---

21 J. Horton, *Political Obligation*, (2nd edition) Palgrave, p.148 (2010).

22 Una extensa discusión acerca del deber de denunciar un delito puede encontrarse en Miriam Gur-Arye, "A Failure to Prevent Crime – Should it be Criminal?" *Crim. Justice Ethics 3, 4-6* (2001).

23 De manera similar, el alcance con que el cumplimiento de cualquiera de estos deberes requiere del ejercicio de discrecionalidad por parte del testigo necesita desarrollo adicional. Podríamos pensar que si cada uno de los delitos fuera denunciado, todo el sistema de administración de justicia penal colapsaría.

Mi argumento no fundaría la obligación de denunciar en la necesidad de prevenir el delito, sino en la importancia de enfrentar los ilícitos públicos y exigir explicaciones a los delincuentes. Pero, en cualquier caso, la condición de víctima es de alguna manera diferente a la de otros testigos. Parecería extraño, por ejemplo, sugerir que el deber de una víctima de violación de denunciar un delito en su contra se funda, simplemente, en la necesidad de prevenir futuros ataques. Esto la haría parecer fundamentalmente de interés instrumental. El deber de prestar testimonio podría ser expresado aquí como algo que las víctimas se deben a sí mismas y a sus conciudadanos, incluyendo al ofensor, por razones de dignidad cívica.

Entonces, regresemos, brevemente, a "Sarah" con quién comencé mi exposición. Mi explicación aquí sugiere que ella infringió su deber de testificar al afirmar falsamente que la violación no había ocurrido, y que no le dispensó el trato debido a su marido, en su carácter de conciudadano, cuyas acciones debían ser confrontadas. Esto es algo que, de hecho, la Cámara de Apelaciones parece haber reconocido al decir que "… *cuando el caso se planteo ante este tribunal, el acusador partió de la base de que las alegaciones de violación y violencia doméstica padecidas por la recurrente eran ciertas. Y nosotros procederemos desde este mismo punto. Sin embargo, es justo hacer constar que el esposo de la impugnante negó sistemáticamente las acusaciones y no ha tenido oportunidad de disputarlas, o refutarlas, públicamente*[24]".

La lectura que he presentado aquí –de una forma muy esquemática- nos brinda sólo un boceto de lo que podrían ser las obligaciones asociativas y políticas de las víctimas. La pregunta es ¿en qué medida este tipo de deberes deberían tener rango legal? ¿Con qué alcance el poder coercitivo del Estado debería ser emplearse para hacerlos cumplir y castigar a aquellos que los infrinjan? ¿Qué tipo de sanciones deberíamos imponerles? Ciertamente, no se sigue de mi exposición que la privación de libertad resulte necesariamente apropiada. Además, uno de los argumentos dirigidos contra el enjuiciamiento de "Sarah" fue que el sistema legal no daba cuenta de la presión ejercida sobre la víctima para que retire su acusación. De haberse contado con pruebas de esta presión, sin embargo, podría haberse solicitado una reducción de pena, o plantear una defensa, aunque esto no hubiera excluido la responsabilidad por violar el deber de denunciar y testificar. A pesar de ello, podemos reconocer que aún cuando en algunas oportunidades requiera de cierto coraje atestiguar sobre un delito, deberíamos esperar que los ciudadanos sean valientes ante la adversidad.

Nos queda entonces una pregunta final que podría formularse el lector. Mi explicación hace hincapié en la importancia de tener en mente el hecho de que los delincuentes, al igual que las víctimas,

24 R v A [2012] EWCA Crim 434.

Publicado en *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal* (J.L.Martí/G.Beade editores), Universidad del Externado: Bogotá (2014 en prensa)

son ciudadanos. Entonces, ¿tienen los delincuentes el deber de denunciar sus propios delitos? ¿Tienen el deber de entregarse? ¿Deben declararse culpables, si de hecho lo son, y el tribunal les exige pronunciarse sobre la acusación? ¿O existe alguna asimetría entre lo que exigimos a las víctimas y lo que pedimos a los delincuentes? Me inclino por la idea de que dicha asimetría no existe y de que, en efecto, el ofensor tiene el deber de confesar, pero dejaré las posibles implicancias de esta postura para su examen ulterior.