

## Reflexión sobre la posición de las víctimas del delito en el Proceso Penal

Julio Andrés Sampredo Arrubla\*

*Resumen.*- El proceso penal requiere de un examen a fondo de sus estructuras y contenidos, para allanar los caminos y acercar la administración de justicia a las víctimas, escucharlas, comprenderlas, atender a sus expectativas y necesidades en forma prioritaria, hacerles participes en el proceso y en la ejecución de la sentencia, llenar de humanidad el proceso impartiendo justicia desde y hacia ellas. En síntesis, humanizar el Proceso Penal. Este examen debe tener como punto de partida el concepto mismo de "víctimas del delito", para diseñar los instrumentos que faciliten la resolución efectiva del conflicto generado por el delito y la reparación a las víctimas evitando la victimación secundaria de quienes participan en el proceso.

### Introducción

Sería pretencioso, en estas pocas notas, examinar a fondo la problemática de las víctimas en el proceso penal. En este trabajo simplemente se pretende contribuir, desde la perspectiva de la victimología, con algunas ideas a la reflexión sobre el modelo de administración de justicia, respecto del Proceso Penal, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Este esquema de Estado, supone, en muchos aspectos, un ideal utópico, no por ello, imposible, porque la utopía es sólo una verdad prematura (Peces-Barba, 1986:65). Es un modelo abierto, en permanente construcción, que ejerce una influencia directa en la totalidad del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en el contenido del Derecho Procesal al cual le impone el abandono de algunas concepciones tradicionales y la creación de nuevos paradigmas que garanticen la dignidad de las personas y el desarrollo integral de la condición

humana en la vida social. En este marco, el Derecho Procesal debe diseñarse como un instrumento para realizar los objetivos máximos de libertad, igualdad, justicia y paz, y el Proceso Penal debe cumplir con él (Borja Jiménez, 1996:163).

Sin embargo, el Estado más preocupado en perseguir y castigar al delincuente no ha realizado estos ideales. Muy al contrario, el conflicto generado por el delito se ha despersonalizado porque el Estado se apropió de él, ha marginado a las víctimas, ha incrementado el daño causado con el delito y ha privado de dimensión humana al Proceso Penal, acentuando la distancia entre el modelo penal y la obtención de una respuesta efectiva y creativa a la delincuencia. Aunque parezca paradójico, en el Estado Social y Democrático de Derecho, las actitudes hacia la víctima del delito oscilan entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación (García-Pablos, 1996:38).

\* Profesor invitado a la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCA.

### Concepto de víctimas del delito

La respuesta a la interrogante ¿quiénes son las víctimas del delito? se encuentra en los elementos que conforman el Estado Social y Democrático de Derecho como modelo para la organización de la sociedad; y en las ideas propuestas desde la victimología, como disciplina que ha ido penetrando en el campo de los derechos humanos y orientando el contenido del Derecho penal y procesal penal. (Desde una perspectiva jurídico-penal, las consecuencias de los estudios victimológicos pueden también considerarse grandes. Al lado del mejor conocimiento de los mecanismos de victimación, la nueva dimensión destaca lo insatisfactorio de un derecho penal tan sólo volcado a la represión, desconocedor de las necesidades de todo orden que afectan a las víctimas (De la Cuesta, 1987:140).

Para estructurar un concepto de "víctimas del delito" es necesario tener en cuenta que el Estado Social y Democrático de Derecho no es una realidad palpable, sino un programa social (Perez Luño, 1991:223-224); fundamentado en unos valores que constituyen un conjunto de propósitos con los que se debe estructurar el ordenamiento jurídico y las conductas de los ciudadanos y de las autoridades. Es, pues, un modelo en permanente construcción, que se impone unos fines específicos que lo legitiman, cuya realización y defensa obliga al Estado a intervenir para garantizar una vida digna de las personas a través del reconocimiento de una serie de derechos básicos e imprescriptibles (Díaz, 1989:145-153).

En este sentido, la persona humana y su dignidad constituyen el principio y fin del Estado Social y Democrático de Derecho. La consideración del ser humano como un individuo de carne y hueso, individual o colectivo, sujeto de derechos y responsable frente a sí mismo y a sus semejantes (Mesutti, 1998:115), es el eje alrededor del cual debe girar todo intento de reelaboración de los conceptos jurídicos fundamentales como este que ocupa nuestra atención. Por ello, la reducción de la persona a un simple objeto o categoría, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, los comportamientos que se muestren indiferentes ante la muerte o las necesidades y expectativas de quienes se encuentran en situación de inferioridad, o produzcan su marginación, son situaciones que desconocen los valores sobre los que se fundamenta este modelo e impiden su desarrollo.

En las definiciones actuales de víctima se distinguen dos corrientes. La primera plantea una definición en sentido amplio que contempla a las víctimas de cualquier acción humana o natural (terremotos, guerras, catástrofes naturales); y la segunda, restringida, con referencia al delito y al derecho penal y procesal penal, que está limitada al Código Penal y que, en muchos casos, no abarca a algunos sectores o grupos de la sociedad. Esta segunda corriente es la que interesa aquí, pues se considera necesario lograr que los Derechos penal y procesal penal superen la actual concepción de la víctima como sujeto totalmente pasivo. Para lograrlo, la victimología necesita influir sobre ellos. La justicia penal no

puede girar exclusivamente en torno a quien ha originado la crisis de convivencia que generó su actuación, sino que ha de prestar mayor atención a quien no ha entrado voluntariamente en el sistema penal de enjuiciamiento de delitos (Martínez Arrieta, 1990:43).

Tradicionalmente, la respuesta social a la criminalidad se ha centrado en el delincuente y, en buena parte determinada por la dogmática jurídico-penal, ha neutralizado a las víctimas reduciéndolas a categorías abstractas limitando su concepto al titular del bien jurídico protegido, y dejando por fuera del proceso penal a quien no abarque esta noción, aunque haya sufrido las consecuencias del delito (Herrero Herrero, 1997:157-159). Gracias a la influencia de la victimología, se ha ido superando el concepto individual de víctima para dar paso a una concepción amplia que comprende no sólo al sujeto pasivo del delito, sino también otras personas naturales o jurídicas que, aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daños a consecuencia de la infracción (Beristain, 1994: 359).

El interés por las víctimas del delito ha ocupado la atención de organismos internacionales que han producido importantes documentos entre los que se encuentra la Declaración de Naciones Unidas sobre los "principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder" (Resolución 40/34 de la Asamblea General), adoptada por unanimidad en Milán en 1985 durante el Congreso sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente. Este documento tiene su origen en la Declaración de Justicia y Asistencia para las Víctimas elaborada

por la Sociedad Internacional de Victimología que fue creada en el III Simposio de Victimología celebrado en Münster (Westfalia) en 1979, y presentada en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas de 1985. Esta Declaración deja en claro que la víctima es la persona (entendiendo por tal a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado o la sociedad en un todo), que haya sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción constitutiva de un delito, crimen internacional, violación a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, o abuso de poder.

El concepto formulado por Naciones Unidas, del que Dünkel afirma que es uno de los éxitos más significativos de la victimología, deja planteadas dos ideas que conviene destacar. La primera considera "víctima" a una persona con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador; y de cuál sea la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. Esta idea es importante si se tiene en cuenta que hay quienes piensan que, de la misma forma que no hay un culpable hasta que la sentencia así lo declare, tampoco es posible afirmar la condición de víctima hasta la misma oportunidad procesal (Dünkel, 1990:161).

La segunda idea incluye a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación, dejando en claro que, además de los perjudicados directos con la comisión del hecho criminal,

existen otros, indirectos, que están cobijados y que también deben ser tenidos en cuenta a la hora de atender sus necesidades y expectativas.

El concepto planteado por Naciones Unidas, que se encuentra dentro de los lineamientos propuestos desde la Victimología, es un paso en la atención plena a las víctimas de los delitos, pues permite considerar a las víctimas del delito como sujetos de derechos y obligaciones que merecen respeto; y examina el proceso penal desde una perspectiva diferente, más humana, para tratar de convertirlo en un instrumento para la garantía y efectividad de la libertad, la igualdad, la justicia, y la obtención y mantenimiento de la paz social.

Desde esta perspectiva surgen algunos rasgos que deben servir como base a la hora de estructurar una noción amplia de víctimas del delito:

- El concepto de víctimas del delito admite varios niveles. Incluye al sujeto pasivo, pero lo supera, permitiendo considerar como tales a los perjudicados directos e indirectos con la infracción. Además, cobija la victimación producida por conductas que afectan a la sociedad en su conjunto, las cuales son clasificadas como "delitos sin víctimas", cuando en realidad son comportamientos ilícitos que, aunque no tienen una víctima personificada, dañan grupos o comunidades en su conjunto.
- Las víctimas no se limitan a las personas naturales o físicas, sino que abarca a las personas jurídicas e incluye otros grupos que pueden ser victimizados, superando, de esta manera, la crítica formulada a la victimología en el sentido que, por su origen positivista, deja por fuera del concepto de víctimas a las personas jurídicas, colectivos y asociaciones (Bustos Ramirez, Larrauri, 1993:12).
- Ser víctima no supone que la persona se sienta como tal. Martínez Arrieta afirma que la condición de víctima puede o no ser conocida por el sujeto pasivo del delito, o aun conociendo su situación, puede no apercibirse de su condición de víctima. En muchos delitos económicos, el sujeto pasivo puede no llegar a tener conciencia del engaño sufrido, lo que exigirá una labor pedagógica de la que no debe excluirse a las resoluciones judiciales y a la actuación judicial (Martínez Arrieta, 1990:45).
- Finalmente, se es víctima del delito por el hecho de sufrir un daño como consecuencia de la comisión de un delito, con independencia de la relación que exista con el victimario y la influencia que su conducta haya tenido en la producción del hecho. Basándose en la interacción que existe entre la víctima y el victimario, hay quienes afirman la corresponsabilidad de la víctima en la generación del delito y afirman que el delito está también determinado por la propia víctima, ya que existen características intrínsecas (antropológicas, psicológicas o sociales) en su comportamiento que la predisponen

a convertirse en víctima. Carrera y Riponti, hacen depender la condición de víctima de que el daño lo sufra "sin su culpa." (Carrera y Riponti, 1990:13).

A partir de estos criterios, se puede incluir en la noción de víctimas del delito a los titulares del bien jurídico protegido con la norma, pero no exclusivamente ellos, pues hay otras personas o grupos que se ven perjudicadas directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos para ser atendidos en sus necesidades y expectativas que quienes han sufrido la agresión directa con independencia de la relación que tenga con su (sus) victimario (s) y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en su contra. En concreto, para efectos procesales, puede entenderse por víctimas del delito al *sujeto pasivo de la infracción*: la persona (s) sobre la cual recae la acción del delincuente; *los perjudicados directos* quienes, sin ser titulares del bien jurídico protegido, reciben directamente los efectos del delito. Por ejemplo, los familiares de la persona asesinada; y *los perjudicados indirectos*: quienes sin ser titulares del bien jurídico ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, tales como los familiares o dependientes inmediatos del sujeto pasivo que sufran daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación.

Una concepción amplia de lo que debe entenderse por víctimas del delito que armonice los valores esenciales del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es el presupuesto indispensable para una reflexión acerca del papel

que desempeñan éstas en el proceso penal.

### **Las víctimas del delito en el Proceso Penal**

En nuestro criterio, el rol de las víctimas del delito en el Proceso Penal gira en torno a dos ideas: la necesidad de su retorno al escenario penal como protagonistas principales del drama criminal, sin que ello signifique merma del papel garantista del derecho (Ferrajoli, 1999:15-35; Kaufmann, 1999:240) en relación con el (los) victimario (s); y por la otra, el diseño de instrumentos formales y alternativos, que posibiliten una solución, del conflicto que genera el delito desde y hacia las víctimas.

En efecto, las víctimas del delito han sido abandonadas por el derecho penal y procesal penal, lo que ha contribuido a la creciente deshumanización de un sistema (Garrido, Stangerland, Redondo, 1999:669), que se ha alejado de la persona por una estructura excesivamente formal, lo que impide que cumpla con las funciones y los objetivos para los que fue creado. En este sentido, García-Pablos afirma que la víctima del delito padece un radical e injusto desprecio por parte del Derecho penal a consecuencia de su vocación punitiva. La víctima se ha convertido en un personaje secundario e intrascendente, fungible: el lógico sujeto de toda conducta delictiva, una abstracción jurídica: el Derecho procesal, con el fin de hacer posible una justicia objetiva y desapasionada, ha procurado distanciar al delincuente de la víctima, escindiendo la unidad natural que ambos protagonistas entrañan en el hecho delictivo (García-Pablos, 1989:193).

Con la proscripción de la persecución privada del delito, el Estado asume el monopolio de castigar, transforma el sistema penal en un instrumento de control directo sobre sus súbditos y funciona sobre el esquema de que los delitos se realizan en contra del Estado y la sociedad como genérico sujeto pasivo, mientras que las personas que directa y personalmente sufren los daños quedan desamparadas. En consecuencia, las víctimas de un delito son perdedoras por partida doble: por una parte, como consecuencia de la conducta del victimario; y, por otra, al acudir en busca de respuesta al Estado, que las excluye de toda participación en su propio conflicto, hasta el extremo de hacer irrelevante cualquier decisión sobre las consecuencias penales del hecho delictivo. El Estado considera que hace justicia, que solucionó el conflicto que el delito generó, cuando castiga al delincuente y lo envía a la cárcel por uno, dos, o cuarenta años: la deuda con la sociedad se ha pagado cuando se ejecuta el castigo. Pero ¿y las víctimas? A ellas se las trata como objetos de prueba o se les reserva un papel insignificante, lamentable: el de efectuar la noticia criminis y, en el mejor de los casos, se les permite asumir el rol de parte solicitando una indemnización, siempre y cuando acrediten su calidad de sujeto pasivo del delito, de titular del bien jurídico protegido con la norma (Eser, 1992: 67).

La teoría del bien jurídico elaborada por el Derecho penal arrebató el conflicto a las víctimas, las objetivó disolviéndolas en el anonimato. El sistema penal se ha dedicado a la protección de abstracciones de hechos reales, reduciendo el proceso a una relación Estado - imputado y

con ello se contribuye a su deshumanización. En esta situación, las víctimas llevan la peor parte, pues no sólo sufren las consecuencias del delito, sino que además, se ven despojadas de cualquier posibilidad de intervención en el tratamiento y eventual solución de su conflicto (Highton, Alvarez y Gregorio, 1998:41). Por otra parte, la sociedad también pierde, porque desperdicia oportunidades para la recreación del orden social perturbado por el delito y para establecer una nueva relación entre las víctimas y el victimario que posibilite la convivencia futura en paz (Beristain, 1998:216).

La exploración de nuevos senderos en el Derecho penal y procesal penal debe dirigirse a su humanización, entendida como el diseño de una nueva estructura capaz de comprender al ser humano de modo que la administración de la justicia llegue a ser una actividad realizada por seres humanos individuales y concretos que conviven, se interrelacionan y tienen conflictos entre sí. Se trata de reorientar el sistema y el proceso penal en función de la persona, lo que supone entregar el conflicto a sus verdaderos protagonistas (víctima, victimario, sociedad) y confiar en su capacidad para, en mutua colaboración, resolverlo creativamente. Se trata de insuflar un nuevo espíritu en la justicia penal de mañana; observarla y recrearla desde otra perspectiva: la de las víctimas como protagonistas de la justicia penal (Beristain, 1994:202).

### **La resolución del conflicto y el Proceso Penal**

En las páginas precedentes, se ha sostenido que el proceso penal debe asumir

una nueva estructura: La de un encuentro triangular entre víctimas, victimario (s) y la sociedad, en el que se supere lo que de oposición supone todo encuentro, mediante la atribución de nuevos papeles a los protagonistas de modo que "los otros" cesan como adversarios para convertirse en complementarios que han de recrear el orden social destrozado por el delito de ayer y construir el orden jurídico-social de mañana.

En este contexto, el mantenimiento de la exclusividad del Estado en la individualización y aplicación de la sanción, estaría matizado por la facultad de las partes para establecer límites a la actividad de jueces y tribunales, mediante la determinación de los hechos y las pretensiones en el proceso e incluso, para solucionar el conflicto subyacente al delito.

Al devolver el conflicto a las víctimas y victimarios como verdaderos protagonistas junto con la sociedad, emerge la necesidad de reflexionar acerca del diseño de instrumentos que allanen los caminos hacia el encuentro creativo para su resolución, desde el proceso mismo mediante la introducción del Principio de Oportunidad, o por fuera de él, mediante los llamados métodos alternativos, especialmente la mediación.

### **Principio de oportunidad como instrumento hacia la humanización del proceso**

En un esquema procesal acusatorio que parte del protagonismo de las víctimas: las partes fijan límites a la actividad decisoria de los funcionarios judiciales,

ya sea porque el juez o tribunal no pueda aplicar una pena por un hecho distinto al aportado por las partes y probado dentro del proceso, ya porque quede obligado por la conformidad de las pretensiones de las partes a no imponer una pena superior a la correspondiente al delito objeto de la acusación. (Gimeno Sendra, 1997:192).

Esta relativa vinculación del tribunal a los hechos y pretensiones de las partes es un componente fundamental del principio acusatorio. Como consecuencia, surge el principio de oportunidad, con el que se trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los que debía haber una acusación por un presunto hecho delictivo (González Alvarez, 1993:67). Con su implantación no se trata de otorgar "carta blanca" al organismo encargado de la persecución penal para negociar la acusación como quiera. Al contrario, se trata de aceptar que existen supuestos que envuelven intereses jurídicos superiores, en los cuales resulta inconveniente el proceso penal y la imposición de la pena.

El criterio de oportunidad es un instrumento que se debe diseñar de acuerdo a la singularidad de cada Estado y a su particular situación política - cultural. En los sistemas que lo han incorporado, opera como excepción al principio de necesidad, en casos concretos y delimitados que han sido recogidos por la doctrina y el derecho comparado. Se consagra sirviendo como estímulo para la reparación del daño ocasionado con el delito a las víctimas.

La inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal constituye un

instrumento que posibilita el traslado del conflicto a sus protagonistas (víctimas, sociedad y victimario), y crea un espacio en el Proceso Penal para acudir a mecanismos alternativos, como la conciliación o la mediación, en busca de una solución real al conflicto que deje a todos satisfechos y con la cual se restablezca el orden social. En su estructura legal asume una doble modalidad: *puro y bajo condición*. La primera se presenta cuando las partes tienen el poder absoluto para poner fin al proceso; la segunda, cuando la terminación del proceso se mantiene en suspenso, condicionada al cumplimiento de una o varias prestaciones. Sin embargo, independientemente de la modalidad que se adopte, el principio de oportunidad constituye la apertura de un camino para la humanización del sistema penal, un instrumento que proporciona el espacio procesal para la reparación a las víctimas, como se ha planteado, por ejemplo, en el "proyecto alternativo alemán", y la resolución consensuada del proceso. De esta manera, mediante el ejercicio del poder discrecional igual en casos iguales y diferente en aquellos que exista justificación objetiva y razonable, se evita que el organismo encargado de la acusación persiga todos los delitos sin importar su gravedad, siempre y a costa de lo que sea, y se asegura que el conflicto permanezca en manos de sus protagonistas para que encuentren en conjunto soluciones equilibradas y ecuanímes (Kaiser, 1983:99).

La inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal facilita la utilización de métodos alternativos para la solución del conflicto generado por el delito; ofrece una oportunidad a las

víctimas para obtener una reparación integral y rápida de los daños ocasionados; y evita el sufrimiento adicional que supone enfrentar un juicio. De este modo, se cumple la misión pacificadora que debe realizar el Derecho penal en un sistema democrático (Dünkel, 1990:140).

Frente a la violencia generada, en muchas ocasiones, por el proceso y la pena, es más importante el diseño de un sistema que aporte una solución clara, real y creativa al problema, de manera que, prescindiendo del uso indiscriminado del aparato formal de administración de justicia, se escuche y atienda a las necesidades e inquietudes de las víctimas. Este objetivo puede lograrse mediante la recepción de instrumentos alternativos, como la mediación (Caballero, 1987:93).

### **La mediación del Conflicto Penal**

Hemos afirmado que el proceso puede ser un factor generador de violencia: las víctimas, al enfrentar el proceso, sufren una victimación adicional en la mayoría de los casos porque son marginadas y no se les atiende. A lo más que se llega es a permitirles participar en calidad de sujeto pasivo del delito, como ocurre en algunas legislaciones.

El daño que se produce con el Proceso Penal puede ser tan traumático como el generado por el delito. Entre otras agresiones, las víctimas han de declarar en presencia de los abogados de la defensa, lo que dificulta su participación, especialmente cuando no se cumple con el principio, básico del derecho penal, de la inmediación y no se controla la pertinencia de las preguntas en el

interrogatorio (Martínez Arrieta, 1989:50). Esta situación se agrava en el juicio, cuando debe enfrentar, además del interrogatorio, la presencia de su agresor y la de su familia.

Este panorama, desolador para las víctimas del delito, impone la necesidad de "inventar" una justicia penal humanitaria, mediadora, reparadora y compensadora, una nueva justicia que propicie un diálogo respetuoso hacia la reconciliación entre las víctimas y el (los) victimarios (Proceso Penal comunicativo) donde puedan expresar sus emociones, los sentimientos de terror que puedan haberse generado; reconocer la parte de responsabilidad (social) que puedan tener; obtener una explicación de lo sucedido y alguna reparación del daño. Y para el (los) victimario (s) puede ser una oportunidad para aceptar su propia responsabilidad; y hacer una revisión de su vida pasada y contribuir en la reparación a las víctimas, incluyendo prestaciones materiales e inmateriales, además de otras que suponen la dedicación de tiempo y trabajo en su favor.

La mediación es un proceso por el que un tercero neutral intenta que las partes confronten sus puntos de vista mediante la organización de intercambios entre ellas, para buscar una solución al conflicto que les enfrenta (San Martín Larrinoa, 1997:31). En el sistema penal, la mediación es recibida sobre dos fundamentos. Por una parte, contribuye a superar los problemas de ineficacia que tiene la pena, en especial la privativa de la libertad, cuando es utilizada como única respuesta al fenómeno criminal. La pluralidad de respuestas legitima la carcelaria, que

tiende a deslegitimarse cuando es la única medida ante el delito. La cárcel no es solución para las víctimas en la medida en que permanecen en el total desamparo; ni para el infractor pues, cuando la única respuesta al delito es la cárcel, se llega a la perpetuación de la vida delictiva, solo interrumpida por períodos de encarcelamiento que sólo son una interrupción forzada y temporal de la vida delictiva (Giménez García, 1995:122).

Por otra parte, la mediación se fundamenta en la necesidad de proporcionar una solución real y efectiva que dé satisfacción a todos los actores del conflicto, además de establecer las condiciones mínimas que garanticen la convivencia futura y el mantenimiento de la paz en la comunidad. El propósito de la mediación es el de proveer un procedimiento de resolución del conflicto que se perciba como justo, tanto por la víctima como por el victimario.

En este sentido, la mediación es un instrumento que propicia el diálogo entre víctimas, sociedad y victimario, facilita la reparación creativa del daño, y permite a los protagonistas del conflicto fijar un nuevo punto de partida en el que participen todos, no desde el sometimiento, sino desde la aceptación de un anhelo de convivencia futura. Por ello, las partes involucradas en la experiencia de la mediación, la ven como un tipo de justicia diferente del que esperaban, y tienen la sensación que ellos mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla.

La mediación supone para el sistema penal una forma efectiva de llegar a una solución real del conflicto subyacente

al delito y un mecanismo que tiene ventajas para cada uno de los actores: Reconoce a las víctimas el papel activo que tradicionalmente se les ha negado en el proceso y en la resolución del conflicto; facilita un cauce para manifestar las emociones que experimenta desde su situación; constituye una oportunidad para, en determinados casos, enfrentar al victimario, y recibir una explicación del hecho realizado; y ayuda a superar los temores generados por el delito.

Para el infractor constituye un espacio que le permite asumir su responsabilidad y enfrentar directamente el hecho y las consecuencias que se han generado para los "otros"; es una ocasión para rectificar, ofrecer una disculpa, explicar su conducta y demostrar su voluntad de colaboración hacia la reparación. Además, se le presenta como una oportunidad para reparar su propia imagen y, dependiendo del caso, evitar la persecución penal, los antecedentes criminales y hasta la privación de la libertad.

Por su parte, la sociedad se beneficia porque se genera un efecto pacificador en las relaciones sociales, un compromiso de la comunidad. Igualmente, disminuye el impacto de la delincuencia permitiendo la reparación de los daños y reduciendo los efectos nocivos sobre la comunidad de las penas privativas de la libertad pues evita que el delincuente se reintegre a la sociedad siendo más delincuente después de su paso por la cárcel.

Hay quienes ven en este modelo una amenaza para las garantías reconocidas al imputado en el proceso penal y

manifiestan temor por la derogación de las garantías de los derechos (Ferrajoli, 1999:26). Sin embargo, este modelo sólo es el reconocimiento de todos los protagonistas del delito y no sólo de uno de ellos, en el drama que han debido enfrentar y la búsqueda de nuevos mecanismos que posibiliten la convivencia pacífica. Con esta propuesta en pro de la implementación en el sistema penal de mecanismos alternativos para la solución de los conflictos y, en especial, de la mediación, no se está buscando la abolición del sistema de control formal del delito. Este continúa presente determinando los límites de lo que socialmente se considera como intolerable y reaccionando mediante la afectación de bienes y derechos de las personas, pero suspende su actuación para facilitar el empleo de otros instrumentos que hagan posible una solución consensuada del proceso y la generación de nuevas formas de convivencia futura.

### **Breve exposición en derecho comparado latinoamericano**

En el derecho comparado, el papel de las víctimas del delito en el Proceso Penal está vinculado a la función que se le asigne a la reparación en el sistema de las consecuencias jurídicas del delito. En este marco, surgen dos modelos: El primero considera la reparación como sanción penal independiente. Este modelo se presenta bajo dos formas:

- 1.- La reparación como pena impuesta en el proceso penal, entra a formar parte del catálogo convencional en la categoría de las penas, con efecto preventivo general. Quienes son partidarios de este criterio sostienen que se trata de algo más que una

indemnización. Es una prestación composicional a las víctimas: Aunque el infractor no esté en condiciones de indemnizar económicamente, puede realizar, en compensación, otras prestaciones resarcitorias.

- 2.- La reparación como una "tercera vía" penal, no constitutiva de pena. De acuerdo con esta posición, la reparación constituye una sanción independiente, y se presenta como una "tercera vía" penal, complementaria o suplementaria, junto a las penas y a las medidas de seguridad, con carácter preventivo general.

El segundo modelo reconoce la reparación como una sanción civil dependiente, de manera que le permite al autor la conversión o arrepentimiento para ganar un privilegio en relación con la pena que le correspondería. Se ofrece la posibilidad de aminorar la pena completa, y el derecho penal opera como una presión sobre el infractor impulsándolo a que se ocupe de reparar a las víctimas.

La mayor parte de los sistemas latinoamericanos se han colocado en el segundo modelo, identificando a las víctimas del delito con su sujeto pasivo y limitando la reparación a un contenido meramente económico. Sin embargo, hoy existe, una tendencia general al diseño de estrategias que fortalezcan la posición de las víctimas del delito en el proceso penal. Esta tendencia ha conducido a que en algunos sistemas penales se estructuren instrumentos como el principio de oportunidad y se

introduzcan mecanismos alternativos para la solución de conflictos para garantizar una real y efectiva solución del conflicto a través de una reparación integral del daño.

Para ilustrar el tema en la realidad actual latinoamericana se expone a continuación cómo algunos países enfrentan estas situaciones.

#### **a) Argentina**

La ley Argentina estructura dos posibilidades limitadas para la intervención de las víctimas en el proceso penal: El querellante particular y el Actor Civil.

En la primera alternativa, la persona "particularmente ofendida" por la comisión de un delito puede constituirse en parte en el proceso y, de manera restringida, participar en él para impulsarlo, proporcionar elementos de convicción y argumentar sobre ellos. Se trata de una figura amplia que supera al sujeto pasivo del delito y le otorga facultad para impedir el sobreesimiento, aunque exista conformidad del fiscal.

El querellante puede constituirse en actor civil para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que se le hayan causado. Para ello debe ejercer la acción civil.

Aunque el Código Procesal Penal de la Nación se estructura sobre un concepto restringido de "víctimas del delito" para permitir la constitución en querellante particular o en actor civil, al consagrar los derechos de las víctimas y los testigos, lo hace sobre una base más amplia que da cabida a otras personas,

también víctimas, pero que superan al sujeto pasivo o al titular del bien jurídico protegido. Los arts. 79 y 80 se refieren expresamente a que las víctimas del delito tienen derecho:

- A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades
- A recibir protección de su integridad física y moral
- A ser informadas sobre el acto procesal en que participen, las facultades que pueden ejercer en el Proceso Penal, sobre el estado de la causa y la situación del imputado
- Tiene derecho a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia cuando se trate de una persona mayor de sesenta años, mujer embarazada o enfermo grave

El sistema penal Argentino se orienta, cada vez más, hacia un mayor protagonismo de las víctimas del delito en el proceso penal, lo que posibilita la inclusión de mecanismos alternativos como la mediación, para la solución de conflictos generados en delitos de acción de ejercicio privado. Además tiene en cuenta la discrecionalidad del titular en cuanto al momento de su promoción, y en cuanto a las posibilidades de suspender el proceso, de renunciar y perdonar.

El Código Penal (en el art. 76 bis) introdujo la llamada *probation*, que consiste en posibilidad de suspender el proceso a prueba para observar el comportamiento del imputado y, a partir de ello, decidir si es conveniente o no someterlo a un juicio penal. El Estado renuncia a la investigación en

aplicación del principio de oportunidad, suspendiéndose el ejercicio de la acción penal.

Esta suspensión, que procede durante el plazo que fija el tribunal y con referencia a determinados delitos, se realiza bajo la condición, para el imputado, de someterse a las instrucciones e imposiciones que determine el órgano judicial, entre las cuales, puede estar la reparación del daño generado con el delito. Se afirma que este mecanismo es el más efectivo con que cuenta el derecho argentino para propiciar la participación de la víctima en el sistema penal.

## b) Colombia

La historia del Derecho Penal y Procesal Penal colombiano es la historia de una progresiva marginación de la figura de las víctimas del delito. Las sucesivas reformas a la legislación consagran conceptos limitados que identifican a las víctimas del delito con el sujeto pasivo o titular del bien jurídico, y las deja fuera del proceso penal y sin ninguna atención a otras personas o grupos que sufren los efectos del delito.

La ley y la jurisprudencia, orientadas por la dogmática tradicional, utilizan expresiones como "sujeto pasivo" o "perjudicado" o incluso "víctima" para referirse al titular del bien jurídico protegido con la norma y limita sus derechos a la simple reparación económica sin tener en cuenta que en la Constitución Política de 1991 se adoptó el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que impone una redefinición del concepto con miras al reconocimiento de derechos que incluyen,

pero superan el contenido patrimonial. Sin embargo, la legislación penal solo permite la entrada de la víctima al sistema mediante la acción civil dentro del Proceso Penal.

La Ley 418 de diciembre 26 de 1997 contiene un concepto de víctima más amplio, pues consagra instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. En su título II, de atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, dice que se entiende por víctimas, "aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros". Sin embargo, esta definición sólo es aplicable para la obtención de las ayudas, bastante limitadas, que reconoce esta ley, otorgando al representante legal de la Red de Solidaridad Social de la Presidencia de la República la facultad de determinar, en caso de duda, quienes pueden acceder al programa.

El sistema procesal colombiano gira en torno, del autor del delito, de su culpabilidad o inculpabilidad, dejando a las víctimas como figuras marginales. Además, se determina por el principio de legalidad y, aunque se ha incluido la posibilidad de conciliar los delitos (bagatela) que proceden por querrela, no se ha desarrollado un programa que implemente el principio de oportunidad y permita la utilización de soluciones alternativas al conflicto penal.

En los últimos años se ha planteado de

manera unánime la necesidad urgente de una reforma, pero no hay acuerdo acerca del sentido en que debe orientarse esa reforma. El 4 de agosto de 1998, el Fiscal General de la Nación presentó al Congreso Nacional un proyecto de reforma integral de la legislación penal (compuesta por un Código Penal, un Código de Procedimiento Penal, y un Código Penitenciario), elaborado por un grupo reducido de personas de la misma institución que, de ser aprobado, alejará aún más a la sociedad colombiana de la posibilidad de estructurar un sistema moderno que contribuya a la paz.

La reforma mantiene a las víctimas en el rol de sujeto pasivo al limitar el ejercicio de la acción civil a los perjudicados directos (art. 94 del proyecto de Código Penal y 44 del proyecto de Código de Procedimiento Penal), y la reducción de sus derechos a un contenido económico. No representa avance frente a la legislación vigente. Al contrario, es una propuesta conservadora, que tiende a mantener el estado actual del modelo de justicia penal, con una tendencia más inquisitiva que acusatoria, y limita, aun más, los derechos de las víctimas del delito cerrando las pocas puertas que se habían abierto para su participación activa en el Proceso Penal.

### c) Costa Rica

El Código Procesal Penal de Costa Rica (Ley N° 7594) sancionado en 1996, pero con vigencia a partir del 1 de enero de 1998, establece expresamente en su Arto. 7 que los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los prin-

cipios contenidos en las leyes, procurando contribuir a restaurar la armonía social. Con el fin de garantizar que este precepto se cumpla, se han estructurado algunas normas que contribuyen a la obtención de la reparación a las víctimas del delito:

En primer lugar, se presenta la posibilidad de convertir la acción pública en privada, establecida por el arto. 20, a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas.

En segundo lugar, introduce el principio de oportunidad, llamado por el arto. 22 "criterios de Oportunidad". Así se rompe con la estructura formal del procedimiento regido por el principio de legalidad, pero manteniéndolo como la regla general. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. Sin embargo, con la autorización previa del superior jerárquico, este podrá, en los casos señalados legalmente, solicitar que se prescinda total o parcialmente, de la persecución penal, es decir, que se limite a una o varias de las infracciones o a una o varias de las personas que participaron en el delito.

Los casos por los que procede el criterio de oportunidad, se dan cuando:

a- Se trata de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés

público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

- b- Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.
- c- El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.
- d- La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse antes de que se formule la acusación por parte del Ministerio Público. Si el tribunal admite la solicitud, se extingue la acción penal respecto del autor o participe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones. En los casos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja, y el imputado colabora eficazmente con la investigación, o cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad, que se mantendrá hasta quince días después de que la sentencia sea firme. En ese momento, el tribunal deberá resolver definitivamente si se prescinde de esa persecución. De todas formas, si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento.

En tercer lugar, se faculta al damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, para ejercer la acción civil, dentro o fuera del proceso penal, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el responsable civil. Igualmente,

la Procuraduría General de la República, puede ejercerla cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

Por otra parte, aunque la víctima no se haya constituido como querellante, tendrá los siguientes derechos, de los cuales debe ser informada cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento:

- a) Intervenir en el procedimiento, conforme se establece en el Código.
- b) Ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido.
- c) Apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

Con todo, el mismo código limita la calidad de víctimas del delito al directamente ofendido por el delito, al cónyuge, que haya tenido más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido, a los socios, asociados o miembros cuando los delitos afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan, y a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

Por último, el código contempla la posibilidad de conciliación en los casos de faltas y contravenciones, en los delitos de acción privada y en los que admitan

la suspensión condicional de la pena. Cuando se produzca la conciliación, el Tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.

#### d) Nicaragua

El Código de Instrucción Criminal, vigente desde 1879, menciona a la "persona agraviada" para referirse al sujeto pasivo del delito como única víctima que tiene cabida en el Proceso Penal.

En efecto, dispone que la persona agraviada tiene la posibilidad de constituirse como parte acusadora, comprometiéndose expresamente a probar el delito o la falta, para la averiguación y castigo del delito o falta. El ejercicio de la acción criminal supone el de la acción civil para la indemnización, salvo que se renuncie expresamente a ella (art. 48).

En la actualidad, Nicaragua se encuentra, al igual que Colombia, en un proce-

so de reforma del Código Penal. El último proyecto establece que la responsabilidad civil derivada del delito comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

En este sentido, aunque el proyecto no tiene una orientación victimológica, la separación entre "reparación" e "indemnización" puede considerarse como un avance. Además, considera que la reparación del daño está constituida por obligaciones de dar, hacer o no hacer que el juez o Tribunal establecerá, en atención a la naturaleza del delito y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, y determinará si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 125), y extender la indemnización no sólo a los daños que se causaron al agraviado, sino también a los de sus familiares o a terceros.

---

#### Bibliografía

- BERISTAIN I. , (1994). *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España).
- BERISTAIN I.(1996). *Criminología, victimología y cárceles*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fé de Bogotá D.C.(Colombia), Tomos I y II, 1996.
- BERISTAIN I. , (1998). *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*. Editorial Dykinson, Madrid.
- BERISTAIN I., (1998). *Criminología y victimología, alternativas re-creadoras al delito*. Grupo Editorial Leyer, Santa Fé de Bogotá, 1998.
- BORJA, E., (1994). "Derecho Penal y Paz Social. Ensayo sobre una aparente contradicción". en *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, año 6, N° 9.
- BUSTOS, J. y LARRAURI, H., (1993). *Victimología: presente y futuro*. Editorial Temis, Segunda Edición, Santa Fé de Bogotá, 1993
- CABALLERO, F. J., (1987). "La justicia alternativa, en las víctimas del delito". Instituto Vasco de Criminología, *Cuadernos de extensión universitaria* 23, Dir. Antonio Beristain, Coordinación José Luis de la Cuesta, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- CORRERA, M. y RIPONTI, D., (1990). *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*. Un approccio criminologico, Casa Editrice Dott, Padova.
- DE LA CUESTA, J. L., (1987). "La reparación de la víctima en el derecho penal español, en las víctimas del delito", Instituto Vasco de Criminología, *Cuadernos de extensión universitaria* 23, Dir. Antonio Beristain, Coordinación José Luis de la Cuesta, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

- DÍAZ, E., (1989). Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia, en *El Fundamento de los Derechos Humanos*. Edición preparada por Gregorio Peces-Barba, Colección Universitaria, editorial Debate, Madrid.
- DÜNKEL, F., (1990). *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado*, en Beristain/De la Cuesta, *Victimología*, Universidad del País Vasco, 1990.
- DÜNKEL, F., (1990). *Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en el derecho penal*, en Beristain/De la Cuesta, *Victimología*. Universidad del País Vasco, 1990.
- ESER, A., (1992). Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en de los delitos y de las víctimas, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L., (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- GARCIA PABLOS, A., (1996). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 3a. edición corregida y aumentada, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 1996.
- GARCIA PABLOS, A., (1993) "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, La victimología, Madrid.
- GARCIA PABLOS, A., (1989). *Resocialización de la víctima : víctima, sistema legal y política criminal*, en libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.
- GIMENEZ GARCIA, J., (1995). "Relaciones entre delincente y víctima". *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, España, N. 8 Extraordinario.
- GARRIDO, V.; STANGELAND, P.; REDONDO, S. (1999). *Principios de Criminología*, Editorial Tirantlo Blanch, Valencia.
- GIMENO SENDRA, J. V.; MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V. (1997). *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Colex, 2ª edición, Madrid.
- GIMENO SENDRA, J. V., (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. Ed. Civitas, Madrid.
- GONZALEZ ALVAREZ. D., (1993). "El Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, N° 7.
- HERRERO HERRERO. C., (1997). *Criminología (Parte General y Especial)*. Editorial Dykinson, Madrid.
- HIGHTON, E. ALVAREZ, G. y GREGORIO, C., (1998). *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- KAISER, G., (1983). *Criminología, Una introducción a sus fundamentos científicos*. Espasa-Calpe, S.A., Madrid.
- KAUFMANN, A., (1999). *Filosofía del derecho*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá D.C.
- MARTINEZ ARRIETA, A., (1993). "La entrada en el proceso de la víctima". En *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, La victimología, Madrid.
- MARTINEZ ARRIETA, A., (1990). "La víctima en el proceso penal (I)", en *Actualidad Penal*, N° 4.
- MARTINEZ ARRIETA, A., (1989). "La víctima en el Proceso Penal (II)", en *Actualidad Penal*, N° 5. Ponencia presentada a la IV Asamblea de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, Barcelona.
- MESSUTI, A., (1998). "El tiempo como pena y otros escritos". Pontificia Universidad Javeriana, *Colección Criminología y Victimología* N° 2, Santa Fé de Bogotá, Colombia.
- PEREZ LUÑO, A. E., (1991). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, 4ª Edición, Madrid.

- PECES-BARBA, G. (1986). *Los valores superiores*. Editorial Tecnos, Madrid.
- SAN MARTIN LARRINOA, M. B. (1997). *La Mediación como respuesta a algunos problemas Jurídico-Criminológicos. (Del Presente Francés al futuro Español)*. edita Euskal Autonomi, Lan eta Gizarte Segurantzza Saila, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, San Sebastián (España).