

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN
BOLÍVAR**

Sede Ecuador

Área de Derecho

**Programa de Maestría
en Derecho Procesal**

**El Proceso Penal
desde las Víctimas**

Dr. Washington Bazantes E.

Tutor: Dr. Ernesto Albán G.

Guaranda

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Dr. Washington Bazantes E.
Quito, junio de 2008*

ABSTRACT

La propuesta que se plantea en este trabajo pretende contribuir a generar un cambio ideológico que se concrete en una estructura procesal alternativa a la tradicional, comprensiva del hombre, que posibilite la introducción de instrumentos que permitan la intervención activa y protagónica de las víctimas, y alcanzar una solución efectiva del conflicto que subyace al delito.

Se formula como los sistemas penales de hoy han despojado de su conflicto a las víctimas del delito siendo usurpada su posición por un Estado vindicativo que dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del delito olvidando que el fenómeno criminal es incomprensible sin la presencia de las víctimas. El Derecho Penal moderno ha estado marcado por el olvido del otro, por los derechos pendientes de los vencidos, por la indiferencia ante el sufrimiento.

Las coordenadas que se formulan desde la Filosofía, el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología, imponen la necesidad de repensar el Proceso Penal en función del ser humano (víctimas y victimarios), de su protección, de sus necesidades y expectativas, como un mecanismo potencial para la transformación de los conflictos.

Al hablar de una nueva dimensión del Proceso Penal se realiza un recorrido por los conceptos básicos sobre el proceso, teniendo como punto de referencia las víctimas del delito, a través de una lectura que permita buscar contenidos que lleven a la construcción del Proceso Penal desde una nueva dimensión, para entenderlo como un escenario en el que se desarrolla un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, entre las víctimas, la sociedad por y con sus representantes y los victimarios, el cual se orienta a la recreación de nuevas formas de convivencia futura.

Referente al Proceso Penal desde y hacia las víctimas, donde se concreta la propuesta de esta investigación, se trata de una invitación a un cambio de la estructura procesal penal, con el fin de establecer un enfoque alternativo tradicional, determinado por tres características fundamentales: comunicativo, resolutivo y re-creador. De igual manera se hace posible la introducción de un instrumento humanizador como es el principio de oportunidad, que garantice la intervención activa de las víctimas en orden a la humanización del proceso, constituyendo un espacio procesal adecuado para la reparación a las víctimas y la resolución consensuada del conflicto.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPITULO I.....	5
LAS VICTIMAS, ¿OLVIDADAS O PROTAGONISTAS EN EL PROCESO PENAL?	5
1.1 Sujeto Pasivo y víctimas del delito.....	5
1.1.1 Las Víctimas del Delito, según el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología.....	9
1.2.- El olvido de las víctimas del delito	14
1.3.- Coordinadas para la Reformulación del Proceso Penal.....	18
1.3.1.- Coordinadas desde la Filosofía.....	18
1.3.2.- Coordinadas desde la Criminología y la Victimología.....	23
CAPITULO II.....	26
HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL PROCESO PENAL.....	26
2.1.- La crisis del modelo tradicional del Proceso Penal como consecuencia de su deshumanización	26
2.2.- El proceso Penal hacia una nueva dimensión: Un encuentro interhumano, afectante y conflictivo.	27
2.2.1.- El Objeto del Proceso Penal.....	31
2.2.2.- El Fundamento del Proceso.....	35
2.2.3.- Los Principios Fundamentales	35
2.2.4.- Los Principios del Proceso	36
2.2.4.1.- Principios Inherentes a la Estructura del Proceso	36
2.2.4.2.- Principios Relativos a la Pretensión.....	40
2.2.4.3.- Principios Relativos a la Formación del Material Fáctico en el Proceso.....	41
2.2.5.- Los Principios del Procedimiento	42
2.2.6.- Los Fines del Proceso.....	44
2.2.7.- Las Funciones del Proceso Penal	45
2.2.7.1.- La Protección del Derecho a la Libertad.....	46
2.2.7.2.- La Tutela de los Derechos de las Víctimas	47
2.2.7.3.- La Resocialización del Imputado y de las Víctimas	48
2.2.8.-Victimario Víctima del Propio Delito.....	49
2.2.8.1.- Derecho Penal Mínimo o Mínima Intervención Penal.....	58
CAPITULO III	63
EL PROCESO PENAL DESDE Y HACIA LAS VÍCTIMAS	63
3.1. Modelos de Respuesta al Delito	63
3.1.1.- El Modelo Disuasorio	64
3.1.2.- El Modelo Resocializador.....	66
3.1.3.- El Modelo Integrador	67
3.1.4.- Modelo Alternativo: La Justicia Penal Re-creativa.....	69
3.2.- Características del Nuevo Modelo Procesal.....	75
3.2.1. El Proceso Penal Comunicativo	76
3.2.2.- El Proceso Penal Resolutivo	78
3.2.3.- El Proceso Penal Re-creador	79
3.3.- La Estructura del Proceso.....	81
3.3.1.- La Dinámica del Proceso en Conviction y Sentencing	83
3.3.2. La Resolución del Conflicto, y el Proceso Penal.....	85
3.3.3.-Principio de Oportunidad como Instrumento hacia la Humanización del Proceso	88

CAPITULO I

LAS VICTIMAS, ¿OLVIDADAS O PROTAGONISTAS EN EL PROCESO PENAL?

1.1 Sujeto Pasivo y víctimas del delito

Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito.

Correlativamente a la antigua distinción entre un bien jurídico inmediato y otro mediato se ha planteado la de un sujeto pasivo inmediato y otro mediato. Según este criterio, en toda suerte de delitos habría un sujeto pasivo mediato constituido por la comunidad o, para algunos, por el Estado, cuyos intereses genéricos resultan, en última instancia, afectados por cualquier clase de infracción. La admisibilidad del bien jurídico mediato y del llamado sujeto pasivo mediato pudiera ser discutible y, en cualquier caso, ambos conceptos resultan dogmáticamente poco útiles, pues por su carácter excesivamente genérico y abstracto no desempeñan ninguna función a la hora de precisar la concreta estructura de la infracción punible. En los delitos económicos puede ser imprescindible.

Es preciso distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción, aunque normalmente coincidan ambos. Sin embargo, es indispensable trazar la frontera entre el sujeto cuyos bienes o intereses resultan lesionados por el delito y la persona sobre la que, eventualmente, recae la acción punible. La propiedad de una persona puede resultar quebrantada si se le sustraen los bienes que se encuentran en posesión de un tercero, aunque pueda ser éste el sujeto sobre el que recae la acción. Sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo.

Como consecuencia de lo expuesto ha de afirmarse, sin lugar a dudas, que pueden ser sujetos pasivos todas las personas físicas o jurídicas que ostenten la condición de titulares de derechos o intereses.

Sujeto pasivo puede ser una persona física, como sucede en el homicidio; o jurídica, si se trata de un hurto, que también pueden afectar a una persona física, o al mismo Estado. Incluso puede ser el mismo conglomerado social, como acaece en diversas figuras típicas en materia de orden económico, social; o una agrupación de personas unidas por un interés común, como cuando se realiza una estafa colectiva. Hablaríamos entonces del llamado sujeto pasivo masa, figura que surge en el ámbito de los fraudes que afectan a una multitud de personas y que comporta la ficción de considerarlas como un sujeto unitario.

Cabe advertir que el sujeto pasivo no debe confundirse con el perjudicado, es decir, la persona que recibe el perjuicio o menoscabo directo como consecuencia de la conducta desplegada por el agente, aunque muchas veces las dos cualidades coinciden. Prueba de ello es que en el homicidio el sujeto pasivo es el otro, la víctima, mientras que los perjudicados son los familiares inmediatos que dependían de él; en el hurto puede resultar perjudicada la persona poseedora de la cosa por encargo del dueño, verdadero sujeto pasivo.

En la parte conducente señalamos que no puede equipararse el sujeto pasivo del delito con la víctima, este concepto es notablemente más amplio que el primero, y podría ser peligroso para el Derecho Penal adoptarlo, principalmente porque podría hacer de protección pública todos los bienes jurídicos, y sabemos que el Derecho Penal debe tutelar tan sólo bienes de la más alta jerarquía y absolutamente necesarios para la adecuada convivencia social.

Se han hecho varias distinciones desde el punto de vista jurídico, así Carnelutti marca la diferencia entre perjudicado, paciente y ofendido.¹

Perjudicado es la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito, en tanto que paciente es el hombre que constituye la materia del delito. Por su parte, ofendido es el perjudicado en cuanto la ley encomienda a su juicio la disposición o el goce del bien agredido; en palabras más simples, en cuanto depende de su juicio el desarrollo del interés lesionado.

Una persona es ofendida por el delito en cuanto se le reconozca poder jurídico sobre el bien que constituye la materia de él.

Zaffaroni, dice que, en cuanto al sujeto pasivo, cabe consignar que es, en general, el titular del bien jurídico, pero puede darse el caso de que el sujeto pasivo encuentre indeterminado, lo que nada obsta a la tipicidad del delito, salvo que se requieran en él determinadas calidades, pero al no darse su individualización, no pueden ser probadas; ello obedece que hay bienes jurídicos que en ciertos momentos pueden hallarse sin sujeto, como acontece con la herencia yacente, cuando el heredero no es conocido.²

Sostenemos que el sujeto pasivo puede ser el hombre, una persona natural, las personas jurídicas, una colectividad o el Estado, es decir, siempre un ente capaz de tener derechos a sufrir un ataque a los bienes jurídicos protegidos por la ley, como la vida, honor, etcétera.

Hay que distinguir entre el damnificado o perjudicado por el delito y el sujeto pasivo.

¹ Hans Von, Hentig, *El Delito*, Vol. II, Espasa Calpe, Madrid, España, 1972, p. 409

² Eugenio, Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial de Palma, Argentina, 1986, p. 283

El primero (damnificado o perjudicado) es la persona (individual o jurídica) a la cual el delito le produce un daño de carácter civil, que debe ser reparado. En ocasiones éste coincide con el sujeto pasivo, pero en ocasiones no ocurre.

No se puede pensar en un delito sin sujeto pasivo, pero sí se puede pensar en un delito que carezca de damnificado o perjudicado.

Son directamente damnificados por el delito sus víctimas, esto es, los entes físicos o colectivos sobre cuyas personas, cosas o derechos recae directamente el delito (daño material), o cuya puridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas, el delito ataca directamente (daño moral).

Cabe pues concluir, recapitulando lo señalado por la doctrina, que ofendido es toda persona a la que resulta un perjuicio económico o moral con motivo de la comisión de un delito, lo que fundamenta su derecho al pago de la reparación del daño.

El ofendido en el delito no se identifica entonces, sólo con el sujeto pasivo del delito, sino que adquiere una connotación mayor si se considera que no siempre es la víctima la que sufre el daño, sino además sus causahabientes o derechohabientes. De donde todo ofendido no es necesariamente la víctima, y sí, la víctima resulta siempre ser ofendido, de no agotarse materialmente con el delito; siendo siempre víctima y ofendido a la vez.

Considero que tanto el sujeto pasivo como el ofendido, damnificado o perjudicado son víctimas del delito.

Por víctima del delito, entendemos toda persona natural que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente protegido.

Ofendido será aquel que sufra un perjuicio por la comisión del delito, pero que no lograría que el daño le sea reparado, aunque no tuviese mayor culpa ni participación en el ilícito.

La respuesta a la pregunta ¿quiénes son las víctimas del delito? se puede encontrar, por una parte, en el modelo de Estado Social de Derecho como fórmula programática para la organización de la sociedad, y, por la otra, 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, la criminología y el Derecho Procesal Penal.

El concepto de delitos sin víctimas debe ser objeto de reflexión, es una realidad que el uso de marihuana, la intoxicación pública, no implica a una víctima, y por esta razón es absurdo y equivocado convertir semejantes conductas en violaciones penales, que traen consigo pesadas penalidades y provocan arrestos innecesarios. Algunos victimólogos consideran la imposibilidad de hablar de delitos sin víctima ya que sin ellas no se puede contribuir a la repersonalización del delincuente. (Dolor por el mismo motivo)

1.1.1.- Las víctimas del delito según el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología

El Derecho Penal opera con un concepto limitado de víctimas del delito, entendiendo que la víctima es el titular del bien jurídico protegido o sujeto pasivo de la infracción; a su lado se encuentran los perjudicados con el delito, es decir, aquellos que se ven directa e indirectamente afectados por el delito, pero que no son sujetos pasivos. El concepto de sujeto pasivo del delito ocupa el otro extremo de la relación delictiva. No hay que confundir, no obstante, las categorías de sujeto pasivo y de perjudicado, aunque con frecuencia ambas pueden resumirse en una misma persona. Sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico ofendido. Perjudicado es quien sufre económica y moralmente las consecuencias del delito.

Esta distinción entre víctima y perjudicado tiene una especial importancia para la dogmática jurídico -penal que se concreta, por un lado, en que le permite al legislador establecer la gravedad del ilícito en la medida en que la esencialidad del bien y la intensidad de la sanción se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, la existencia de una víctima legalmente capaz de actuar impide a los perjudicados obrar en ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

Por su parte, la Victimología busca estructurar un concepto más amplio de víctimas, el cual, respetando los postulados básicos del Estado Social de Derecho, garantice la atención integral de todos los protagonistas del suceso criminal y, sin desconocer los derechos fundamentales de los victimarios, permita adoptar una opción preferencial por las víctimas, especialmente en el proceso penal, como afirma G. P. Fletcher,³ el cual, se ha convertido en el más significativo símbolo de las agresiones que puede infligir una comunidad.

El punto de partida de la actual Victimología se sitúa en el I Symposium Internacional celebrado en Jerusalén en 1973; allí fue definida como el estudio científico de las víctimas. Sin embargo, hoy su objeto de estudio se ha ampliado y se puede afirmar que estudia, también, su conducta, aislada y en relación con la conducta criminal (cuando la hay) así como el fenómeno victimal general y en conjunto, con las características que lo conforman. Persigue, como lo señala A. GARCÍA-PABLOS,⁴ una redefinición del estatus de víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, y los poderes públicos, y además, como lo hemos señalado, penetrar en el campo de los derechos humanos para dar respuestas eficaces y válidas a todas las víctimas.

Etimológicamente se sostiene que la palabra víctima viene, por una parte, del latín *vincire* que significa persona o animal destinados a un sacrificio religioso; y por la otra, del verbo *vincere* que hace referencia al sujeto, desarmado e inerme, de frente al vencedor. Sin embargo, la sola

³ George, P. Fletcher, *Las víctimas ante el jurado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 323 y ss

⁴ Antonio, García-Pablos de Molina, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tercera Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 41

consideración etimológica no es suficiente para lograr una comprensión integral del concepto; por ello, es preciso acudir a los desarrollos científicos del mismo, en el marco de los cuales se han generado dos corrientes principales en relación con la definición de víctimas del delito.

La primera, que plantea un concepto en sentido amplio, en el cual se incluye 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 resulta limitada en función de un Código Penal, en muchos casos insuficiente para abarcar determinados sectores o grupos de la sociedad. Nuestro interés se centra en la segunda tendencia y especialmente en la superación de la identificación de las víctimas del delito con el sujeto pasivo del mismo, preocupación que ha ocupado la atención de numerosos victimólogos y pone de presente la influencia que la Victimología ejerce sobre el derecho penal y procesal penal, pues como lo afirma A. MARTÍNEZ ARRIETA⁵, la justicia penal ya no puede girar exclusivamente en torno a la persona que ha originado la crisis de convivencia que ha hecho necesaria su actuación, sino que ha de procurar una mayor atención a quien no ha entrado voluntariamente en el sistema penal de enjuiciamiento de delitos.

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 al reducirlas a categorías abstractas, y limitar su concepto al titular del bien jurídico protegido, dejando por fuera del proceso penal a todo aquel que no abarque esta noción así haya tenido que sufrir las consecuencias del delito. Gracias a la influencia de la Victimología, se ha ido superando el concepto individual de víctima, para dar paso a una concepción amplia, comprensiva no sólo del sujeto pasivo del delito, sino de otras personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daños como consecuencia de la infracción.

⁵ Andrés, Martínez Arrieta, *La víctima en el proceso penal, en actualidad penal*, No. 4, enero de 1990, p. 43

En este contexto, resulta de particular importancia la *Declaración de Justicia y Asistencia para las Víctimas* elaborada por la Sociedad Internacional de Victimología⁶ y presentada en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas de 1985, documento en el cual se deja claro que la víctima es la persona (entendiendo por tal 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 que sea constitutiva de un delito, crimen internacional, violación a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, o abuso de poder.

Los lineamientos planteados en la definición anterior han marcado un camino que, en términos generales, siguen diferentes autores, aunque matizado por algunas diferencias; veamos a manera de ejemplo algunas definiciones:

A. Beristain⁷ se declara partidario de un concepto amplio de víctimas del delito que incluya al sujeto pasivo, pero lo supere. Así, dice que por víctima debe entenderse a las personas naturales o jurídicas que directa y/o indirectamente sufren un daño notable, no cualquier daño, como consecuencia de la infracción.

En el mismo sentido se pronuncia F. dünkkel, quien afirma que el concepto de víctima alude a la persona, grupo u organización que sufre daños realizables, no necesariamente producidos, causados por la acción punible de uno o más autores. Sostiene que no es aconsejable seguir un concepto amplio de víctima del delito en el orden jurídico, porque perdería fuerza, sin embargo, recomienda que, en ese concepto estricto, se incluyan las victimaciones estructurales como las causadas por abuso de poder.

Por su parte L. RODRÍGUEZ MANZANERA entiende por víctima del delito toda persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable. Aunque adopta

⁶ La Sociedad Internacional de Victimología fue creada en el III Simposio de Victimología, celebrada en Munster (Westfalia) en el año 1979

⁷ Antonio, Beristain, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p.359

un concepto amplio, sostiene que hay que distinguir entre sujeto pasivo como titular del bien jurídico protegido; ofendido, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito y tiene derecho a la reparación del daño; y damnificado, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito, pero que no lograría que el daño le sea reparado, aunque no tuviese mayor culpa ni participación en el ilícito. Si bien es cierto todos hacen parte del concepto de víctima, advierte que un concepto tan amplio no puede ser adoptado por el derecho penal, principalmente porque tendría que extender su campo de tutela y es bien sabido que este sólo tutela bienes de la más alta jerarquía y absolutamente necesarios para la adecuada convivencia. Recomienda, con acierto, que la definición jurídica de las víctimas del delito sea dinámica ya que las legislaciones cambian y requieren un proceso de adaptación del derecho para incluir nuevas formas de victimación⁸

Los conceptos comentados nos permiten poner de presente algunos criterios que consideramos esenciales para precisar quiénes son las víctimas del delito: En primer lugar, en la noción de víctimas del delito se admiten varios niveles: incluye al sujeto pasivo, pero lo supera al permitir considerar como tales a los perjudicados, directos e indirectos, con la infracción. Igualmente abarca la victimación producida por conductas que afectan a la sociedad en su conjunto, que 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, cuyos autores, por diversas razones, probablemente nunca serán juzgados.

En segundo lugar, se debe resaltar que el concepto de víctimas no se limita a las personas naturales o físicas, sino que abarca a las personas jurídicas e incluye otros grupos que pueden ser victimizados, y supera, de esta manera, la crítica formulada a la victimología en el sentido de que, por su origen positivista, deja por fuera del concepto de víctimas a las personas jurídicas, colectivos y asociaciones.

⁸ Luis, Rodríguez Manzanera, *Victimología, Estudio de la Víctima*, Editorial Porrúa, México, 1989 p.60

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que para ser víctima no es necesario que la persona se sienta como tal, como sucede en muchos delitos económicos en los cuales el sujeto puede no tener conciencia del engaño sufrido.

En cuarto lugar, es preciso poner de presente que la víctima del delito es toda persona que sufre un daño como consecuencia de la comisión de un delito, con independencia de la relación que exista con el victimario y de la influencia que su conducta haya tenido en la producción del hecho, pues hay quienes sostienen, basándose en la interacción que existe entre la víctima y el victimario, 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.

De lo expuesto, cabe afirmar que una concepción amplia de las víctimas del delito que armonice los valores esenciales del modelo de Estado social de derecho, constituye el presupuesto indispensable para una reformulación del modelo tradicional del proceso penal, tarea que, como se ha dejado planteado, debe emprenderse desde la Victimología y orientar e influir cada día con más fuerza la dirección y el contenido del derecho penal y procesal penal, así como de la política criminal, tanto en el ámbito de las regulaciones internacionales como en el de las legislaciones nacionales.

1.2.- El olvido de las víctimas del delito

Emprender el estudio de la humanización del proceso penal y buscar reformular sus conceptos fundamentales desde la victimología es un sendero que tiene como referencia obligada el olvido y la marginación a que tradicionalmente se ha sometido a las víctimas del delito; es un hecho que nadie quiere identificarse con los perdedores del drama criminal, con los vencidos, pues, además de tener que sufrir el impacto del delito, deben enfrentar la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la ausencia de solidaridad en la comunidad. El derecho Penal, como sostiene A. GARCIA-PABLOS, parece hallarse sesgado y unilateralmente dirigido a la persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal: al ámbito de la

prevención social y del derecho civil sustantivo y procesal. El sistema legal, por ejemplo, define con toda precisión el estatus del inculpado, sin que dicho garantismo a favor del presunto responsable tenga como lógico correlato una preocupación semejante por los derechos de las víctimas⁹

En tiempos pretéritos se otorgó a las víctimas del delito un papel principal en el proceso penal, a tal extremo, que incluso se llegó a dejar en sus manos la facultad para administrar justicia y la determinación de las consecuencias penales por la comisión del delito, y justificar de esta manera, la venganza privada que por la ausencia de límites alcanzó una crueldad excesiva. El hombre primitivo no rigió su conducta de acuerdo con los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución se vinculó a la magia y a la psicología colectiva del clan, y le otorgó un carácter eminentemente religioso; la pena se presentó como "sacrificio a la divinidad" orientado a la purificación del ambiente contaminado con el maleficio o daño. Se hace responsable a los objetos inanimados, a los animales y hasta a los cadáveres, como sucedió en el llamado "Sínodo Horrendo" o con el bando del 28 de enero de 1586 promulgado por el Papa Sixto V, que consagró la horca para los muertos; la responsabilidad superó lo individual y se constituyó en una práctica colectiva, tal como sucedió con la llamada "Ley de Lynch", o en la antigua China, donde eran decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición.

Con el fortalecimiento del Estado y la comprobación de que la venganza de sangre y las formas primitivas de represión perturban la paz social, se hacen manifiestas la neutralización del poder de las víctimas y la desprivatización del derecho penal. Surge así la pena pública con una función esencialmente retributiva e intimidatorio; y a las situaciones de conflicto penal se les da un tratamiento procesal que va evolucionando desde la posibilidad de autorepresentación de la víctima, de tal manera que puede por sí misma conducir el conflicto de la forma más favorable a

⁹ Antoni, García-Pablos de Molina, *El redescubrimiento de la víctima en cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, p. 306

sus intereses, hasta la imposición de la profesionalización de las formas procesales, cuando se exige para su representación un experto en cuestiones jurídicas y oratorias.

A medida que la humanidad avanza, surgen nuevas ideas para superar la arbitrariedad ejercida por quienes sustentan el poder. Aparece la dogmática penal ilustrada, que plantea una visión abstracta, con pretensiones de universalización y por tanto deshumanizada de la figura victimal: "todas las víctimas son ya la misma víctima: la sociedad; y todas las victimizaciones típicas conculcan fundamental y prioritariamente el orden penal del Estado"¹⁰. Los protagonistas en el drama criminal son despojados del conflicto y el proceso penal pasa a ser un escenario en el que sólo tienen cabida el victimario y el Estado. Los conflictos que ocurren en la sociedad entre personas o grupos, como afirma L. HOULSMAN, son definidos en el sistema de justicia penal no en términos de las partes implicadas, sino más bien en términos de las regulaciones (legislación penal) y los requerimientos organizacionales del sistema mismo. Las partes directamente comprometidas en un conflicto pueden ejercer escasa influencia en el curso posterior de los eventos una vez que una materia ha sido definida como criminal y que ella, como tal, ha sido tomada por el sistema.

En este orden de ideas, el delito se entiende como una vulneración a un bien (abstracción) protegido por el Estado; el conflicto que subyace al delito se disuelve, y las víctimas, marginadas, pierden por partida doble: primero, frente al delincuente, y segundo, al serles denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. Las víctimas han perdido su caso en manos del Estado. Son particularmente ilustrativas las palabras de A. ESER:

"Al concebirse la vida o la propiedad de la víctima concreta tan sólo como objeto de acción, entendiendo el bien jurídico vida o propiedad de modo meramente abstraído e institucionalizado respecto de la víctima concreta, el bien jurídico ya no era algo que pudiera corresponder al individuo. Se convirtió en un principio global, que conjuntaba los distintos bienes

¹⁰ Mirian, Herrera Moreno, *La hora de la víctima, compendio de victimología*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 65

jurídicos considerados como valiosos de los individuos en una mera abstracción transindividual. Con la correspondiente espiritualización del concepto de injusto, partiendo de una lesión individual y llegando a una lesión institucional, defendida en la manualística más moderna sin tan siquiera un atisbo de conciencia de su carácter problemático, en efecto, se ha llegado en la relación entre bien jurídico y víctima a una exaltación de aquél a costa de ésta”¹¹

Paradójicamente, los sistemas penales que buscan su desarrollo en el marco de la democracia, que como hemos dicho, se deben basar en el respeto absoluto por la dignidad humana, han fijado su atención más en la persona del victimario que en la de las víctimas y, preocupados por asegurar sus derechos a través de la implementación del llamado garantismo penal, han marginado a las víctimas, desconociendo que su presencia es fundamental para comprender integralmente el fenómeno social del delito. Podemos afirmar que el desarrollo del derecho penal y procesal penal moderno ha estado marcado por el olvido del ser, por los derechos pendientes de los "vencidos"; así lo advierte M. Benedetti: "*¿Acaso no sabés que la democracia no llegó a los cementerios? Sólo los vencedores tienen tumbas*"¹²

En este contexto, hay que pensar en lo impensado, a tomar en cuenta puntos de vista que tradicionalmente han sido negados; se trata de una oportunidad trascendental para la revisión crítica de situaciones deplorables sucedidas en la última centuria, actos oprobiosos ejecutados por seres humanos que niegan la dignidad de los otros mediante el no ejercicio de la propia, situaciones entre las cuales ocupa un papel principal el olvido al que se ha sometido a las víctimas del delito. El camino debe iniciarse buscando las coordenadas fundamentales que nos guíen en nuestro propósito de reformular el proceso penal.

¹¹ Albin, Eser, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1998, p.38

¹² Mario, Benedetti, *Buzón del Tiempo*, Editorial Alfaguara, México, 1999, p. 100

1.3.- Coordinadas para la Reformulación del Proceso Penal

El planteamiento acerca de la reformulación del proceso penal desde la perspectiva de las víctimas surge como uno de los desafíos que nos impone el nuevo siglo en el empeño por superar la "barbarie" en la que nos sumió la modernidad. En la búsqueda de este propósito se requiere una reflexión que rescate el punto de vista de las víctimas, que se fundamente en el respeto del otro, que escuche la voz de los vencidos y marque las líneas de referencia para la actuación de los particulares (víctimas y victimario), la Sociedad y el Estado frente al conflicto subyacente al delito. Se trata, en otras palabras, de impregnar de humanidad el sistema penal y en concreto al proceso, mediante el reconocimiento del papel principal que las víctimas tienen en el suceso criminal.

Examinemos las coordenadas fundamentales desde las cuales se puede proponer la reformulación del Proceso, advirtiéndole que, aunque se analicen por separado, mantienen una estrecha relación entre sí.

1.3.1.- Coordinadas desde la Filosofía

Podemos afirmar que la filosofía ha pensado mucho, pero es más lo que no ha pensado porque lo ha olvidado; por ello, el desafío que nos presenta consiste esencialmente en pensar lo impensado. Para encararlo, para captar esa zona oscura, esto es, el olvido del ser en todo conocimiento del ente, propone como estrategia la construcción de una teoría del conocimiento que se fundamente en la memoria, entendida como conocimiento, en el que lo determinante sea el pasado, pero no cualquier pasado, sino aquel que no está presente: el pasado de los vencidos.

En efecto, la ausencia del pasado, el olvido del ser, hacen insuficiente el presente e impiden la construcción de un futuro diferente, novedoso, que no sea la simple repetición del presente. Como sostiene J. C. MELICH, ante los acontecimientos del pasado y del presente no se puede seguir como si nada hubiera sucedido. La filosofía ni puede ni debe legitimarlos, está obligada a decir "no", a "negar", a "criticar". Toda filosofía, toda acción pedagógica, política o social está comprometida con los acontecimientos del presente, con los acontecimientos de

barbarie y está obligada a la transformación social, a la solidaridad y a la responsabilidad con los marginados, los humillados, los vencidos.¹³

R. MATE formula un nuevo concepto de responsabilidad, que explica de la siguiente forma: "La razón moderna ha desarrollado la tesis de que cada uno es responsable de sus actos. Pero también somos responsables de los actos que no hemos cometido. Las desigualdades existentes son productos del hombre, y este mundo lo hicieron nuestros abuelos y nosotros lo heredamos. Decía Walter Benjamín: "No nacemos inocentes". No es que nazcamos culpables, la culpabilidad es personal e intransferible, pero la responsabilidad puede heredarse. Si mi abuelo ha sido un ladrón y heredo su riqueza, no heredo la culpabilidad de mi abuelo pero sí su responsabilidad. Visto desde esta perspectiva política, la justicia consiste en responder a la injusticia del mundo. Esta idea de injusticia no se enseña en las facultades de derecho, pero no hay que olvidar que las teorías de la justicia son cosa de vencedores. Y lo primero que éstos hacen es olvidar el pasado para no responsabilizarse de él. Por eso la justicia mundial ha creado una figura peligrosa: hay que pasar la página.

Esa es la teoría del vencedor. El vencido no se deja engañar con este malabarismo, pues aunque no haya ido a la escuela, sabe, gracias a la memoria, que las desigualdades del presente responden a injusticias pasadas. Este planteamiento considera la responsabilidad como proyecto y como una tarea asignada. Como un proyecto, si se tiene en cuenta el hecho de que si el hombre tiene la posibilidad de destruir la humanidad, de igual forma tiene la obligación de evitarlo. En este sentido, la responsabilidad no se deriva del acto realizado sino del poder hacer; si hemos llegado a un punto del desarrollo tecnológico en el que la acción del hombre puede acabar con el planeta, hay que calcular ya los riesgos de cada acción, que formen parte de la cadena tecnológica.

¹³ Joan, Carles, Melich, *Totalitarismo y profundidad. La filosofía frente a Auschwitz*. Editorial Anthropos, Barcelona, 1998, p. 93

La responsabilidad, como se ha dicho, también puede ser pensada como una tarea asignada, es decir, como una carga de la que tenemos que dar cuenta, aun sin que hayamos realizado un acto en relación con ella. Aquí se hace necesario aclarar la diferencia entre el "dar cuenta" propio de la imputación jurídica, y el "dar cuenta" al que nos estamos refiriendo. El primero hace referencia a la responsabilidad por mera atribuibilidad, por la realización de un acto antijurídico, que en el terreno propio del derecho penal hace acreedora a la persona a una pena; el segundo se refiere a un ámbito diferente: el autor debe dar cuenta de una acción porque ésta afecta a otro; el fundamento de la responsabilidad no se busca en la libertad, sino en el otro, en la alteridad.

De este planteamiento surge, en primer lugar, la pregunta: ¿quién es el otro? R. MATE responde diciendo que "el otro que nos ocupa es un otro que se da en mí, pero no hasta el punto de disolverse en mi conciencia, por muy informada que ésta quede por él. Es otro que se da a mí o, dicho de otra manera, soy yo en cuanto haciéndome cargo del otro". Para explicar esto, acude, a la figura del rostro, tomada de Levinas, que habla para expresar la relación originaria que constituye a cada individuo en ser humano. La primera expresión de esa relación es una palabra: no matarás. Lo decisivo aquí es el otro que, ante el escándalo de la muerte, reacciona con una demanda.

Siguiendo a R. MATE, el no matarás debe entenderse como la resistencia a la barbarie; es la voz que exige no reducirás mi identidad diferente a tu mismidad, no alimentarás tu voraz conciencia con mi desvalida desnudez, no me convertirás en objeto de tu conocimiento.

Hay un segundo sentido de que dar al no matarás: la autoridad del sufrimiento. En éste, la relación que el rostro establece conmigo es a la vez mandato y súplica. Mandato, por cuanto se pone de presente su jerarquía, me exige que le escuche, que le atienda, establece una primacía sobre mí mismo, pues la libertad del otro es anterior a la mía y sólo descubro la mía como

escucha del otro. También es una súplica, en cuanto que demanda ayuda. El rostro del otro, del que sufre, pone en evidencia su menesterosidad, expresa su abandono.

El rostro del otro es el de las viudas, el de los huérfanos, el de los desplazados, el de las víctimas, que me invita a la aproximación, a romper las barreras que nos separan, a transformar la otredad en projimidad.

De lo dicho surge una pregunta: ¿cómo el que mata debe ser ayudado?, ¿cómo lograr esta aproximación?, ¿cómo se transforma la otredad en projimidad? R. MATE plantea dos posibles respuestas: una, la del poder del rostro que es el "semblante", y la otra, la autoridad del sufrimiento.¹⁴

En cuanto a la primera, nos dice que el rostro del otro se presenta desnudo, sin ninguna mediación. El rostro entonces tiene el poder de Dios que me manda. La alteridad se convierte en este caso en diferencia ontológica y la diferencia, en garantía de paz. Todo lo que sea unidad del ser es "ontología de la guerra", es decir, vocación totalitaria, deseo de aniquilación de lo que uno no es.

En cuanto a la segunda, lo que la autoridad del sufrimiento quiere decir es que el rostro en cuestión es el de las víctimas. Su mandato no puede ser entendido como orden de ser obedecido sino como señalización del camino a seguir por quien quiera llegar a sí mismo. La autoridad del sufrimiento es el poder documentado que tiene el otro para presentarnos la factura que tenemos pendiente y que debemos cancelar para ser justos.

Las consecuencias para la responsabilidad son claras. Con el poder del rostro me hago responsable del otro, inclusive cuando el otro comete un delito. La responsabilidad es incondicional. Con la autoridad del sufrimiento la responsabilidad queda fundada en las huellas que una historia común ha dejado en el otro que lo convierte en desplazado, en viuda, en huérfano, es decir, en víctima. Con este último planteamiento se supera el radicalismo del primero, en el cual no sólo se corre el

¹⁴ Cfr. Mate, Reyes, *Memoria de occidente. Actualidad de los pensadores judíos olvidados*, Ob. cit. p. 273 y ss

riesgo de terminar siendo exculpabilidad general, sino que se conjura el peligro, por una parte, de divinizar al otro, como si siempre tuviera la razón, y por la otra, de pensar que el otro es un sujeto físico, sociológicamente determinado (el desplazado, el proletario, el indio, el secuestrado). Pero ni el otro tiene siempre la razón, ni siempre es el mismo. El otro es otro ahí, es decir, es una relación: la que establecen las víctimas con el victimario. Esta relación es flexible; uno puede ser, según el contexto, víctima en unos casos, y victimario en otros.

De acuerdo con lo expuesto por R. MATE, la autoridad del sufrimiento del otro sobre nosotros mismos fundamenta la responsabilidad y abre el camino a la conquista de la subjetividad moral. Por ello, en el comienzo del nuevo siglo se nos impone la responsabilidad de repensar el proceso penal ahogado en la masificación que le imprimen conceptos como los de "bien jurídico" o de "sujeto pasivo". Hoy la voz de las víctimas nos reclama, debemos responder a su llamada con una filosofía y una pedagogía que se basen en la importancia del otro, que comiencen en su voz, en su llamada. En consecuencia, emprender la tarea de repensar el Proceso Penal para que sea expresión de una política criminal democrática que recupere el punto de vista del otro, de los torturados, de los ofendidos, se nos presenta como la única salida para enfrentar los retos que para la administración de justicia supone entrar en el tercer milenio¹⁸. Este propósito debe tener como punto de partida la realización de un examen a fondo de las estructuras procesales, de sus conceptos básicos, repensar su esencia para que sirva de fundamento a un modelo de justicia penal humanizado, basado en las víctimas, en los otros, en los "vencidos".

En pocas palabras, se trata de promover una nueva dimensión del proceso penal, que se constituya en la puerta grande para las víctimas del delito, que aporte soluciones satisfactorias y reales a los conflictos, que garantice y desarrolle eficazmente los derechos fundamentales a todos los protagonistas de drama criminal, especialmente a las víctimas, quienes deben ser rescatadas del olvido en que han estado sumidas, y contribuya con la creación, el mantenimiento y desarrollo de una paz justa en la sociedad.

1.3.2.- Coordinadas desde la Criminología y la Victimología.

La propuesta victimológica para la reformulación del proceso penal supone una revisión integral del esquema procesal, en el que se asuman nuevos roles, se busquen objetivos diferentes y se abran espacios que permitan la entrada a las víctimas del delito como protagonistas principales que son en el devenir criminal. Así, ante la pregunta ¿qué programa formula la victimología?, A. BERISTAIN, responde: "Asume las bases más fundamentales del derecho penal y de la criminología, pero los transforma radicalmente. Sigue hablando de delito y de pena, como el derecho penal; pero en ambos vocablos introduce dos realidades muy distintas, casi totalmente otras. Mantiene algunas nociones que ha recibido de la criminología, como la urgencia de conocer al delincuente y resocializarlo; pero las supera en sus puntos claves, pues las observa desde otra perspectiva.

La victimología da vuelta de campana, sobre todo, al concepto de crimen (heredado del derecho penal tradicional) y al de sujeto pasivo del delito (tal como lo recibe de la criminología)". En efecto, la victimología invita a abandonar de una vez por todas la visión limitada de las víctimas, identificadas con el sujeto pasivo, a superar la idea conservadora, según la cual, a las víctimas se les atiende en el proceso penal mediante la cancelación de una suma de dinero a título de indemnización, y a diseñar instrumentos procesales que respeten y desarrollen sus derechos humanos, además de hacer posible una completa asistencia en lo psicológico, sociológico, médico, económico, etc.

En efecto, las coordenadas fundamentales en el terreno de la victimología se pueden resumir en el llamado "*Decálogo victimológico teórico-práctico*"¹⁵ elaborado por A. Beristain el cual ha orientado nuestra tarea del presente trabajo. Veamos:

1. Los operadores de la justicia deben ocuparse más de las víctimas (y de los denunciados) que de los victimarios-delincuentes. Respetar y desarrollar más sus derechos

¹⁵ Cfr. Antonio, Beristain, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 166/167

humanos. Los jueces en supuestos graves, pedirán informes criminológicos acerca de la personalidad de las víctimas, para mejor colaborar a su repersonalización.

2. No sólo los sujetos pasivos de todos los delitos, también sus más numerosas víctimas deben recibir completa asistencia psicológica, sociológica, médica, económica, etc.

3. En cuanto a los sujetos activos del proceso penal correspondiente, las víctimas deben tomar parte eficaz en la instrucción y desarrollo del proceso (juicio) que conviene se divida en dos fases (Conviction y Sentencing).

4. Los medios de comunicación cuidarán de cooperar activa (y no negativamente) en la prevención primaria, secundaria y terciaria de la victimación, y colaborarán generosamente con las instituciones internacionales, como Amnistía Internacional, Cruz Roja, Justicia y Paz, etc.

5. Todos los ciudadanos deben participar activamente en la denuncia de la victimación y así colaborar eficazmente en la construcción social de las respuestas a la criminalidad.

6. Las víctimas pueden y deben intervenir en la selección y ejecución de las sanciones privativas de libertad y en sus alternativas: conciliación, reconciliación, trabajo en servicio de la comunidad, etc.

7. Ha de evitarse que las víctimas actúen excesivamente y se tomen la justicia por su mano.

8. Ha de evitarse que las víctimas sufran victimaciones secundarias antes, durante y después del proceso penal. En casos particulares (especialmente de niños y adolescentes) se arbitrarán los medios oportunos para evitar la comparecencia simultánea con los victimarios.

9. A las víctimas de macrovictimación por desempleo, narcotráfico, terrorismo, emigración, etc., ha de prestarse atenciones más urgentes y amplias.

10. Es mejor ser víctima que delincuente.

El Derecho Procesal Penal no puede ignorar los parámetros planteados desde la criminología y la victimología so pena de perder el rumbo de ser un instrumento para la

consecución y mantenimiento de una paz justa en la sociedad y, en consecuencia, sufrir una deshumanización. Se debe tener en cuenta que al que se juzga es a un ser humano y que las víctimas, al igual que los victimarios, son actores principales en el delito y en el proceso. El fenómeno criminal, como escribe E. Neuman no puede explicarse sin la presencia de las víctimas. *"Será preciso su análisis e investigación, que revelan en múltiples delitos, cada vez más tangible interacción con el delincuente, a punto tal que sin ella no puede comprenderse debidamente la conducta de éste"*.¹⁶

En efecto, el Derecho Procesal Penal debe mantener una íntima relación con la victimología, que facilite la comprensión integral del fenómeno criminal y el respeto a los derechos humanos de todos los intervinientes, especialmente de las víctimas y la prevención de los delitos y de la victimación en busca de la reformulación del proceso penal en el marco de una efectiva y humana política criminal. La Victimología invita a un "redescubrimiento" de las víctimas, y deja claro que este planteamiento no supone revivir etapas pasadas en las que brilló la venganza privada; por el contrario, se trata, como lo sostiene A. GARCÍA-PABLOS, de revisar y redefinir el "rol" de éstas en la comprensión científica; y de replantear sobre nuevas bases, de forma más armónica y equilibrada, las relaciones de las víctimas con los restantes protagonistas y operadores del sistema legal, a la luz de los conocimientos científicos de nuestro tiempo.¹⁷

¹⁶ Elías, Neuman, *Victimología el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales* Primera Reimpresión, Editorial Cárdenas, México 1992, p. 43

¹⁷ Antonio, García-Pablos, *La resocialización de la víctima*, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 175

CAPITULO II

HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL PROCESO PENAL

2.1.- La crisis del modelo tradicional del Proceso Penal como consecuencia de su deshumanización

Resalta, de lo dicho en los apartados anteriores, que el derecho procesal penal y su objeto, el proceso penal hace parte fundamental en el sistema penal como complemento del derecho sustancial en la prevención y sanción de la criminalidad, es decir, como instrumento de control social del delito. Además, asumiendo que la idea de Estado social y democrático de derecho obliga a poner el derecho al servicio de la persona, cabe preguntarse si en la actualidad el modelo del proceso penal está cumpliendo adecuadamente con la finalidad para la que fue diseñado si realmente otorga mecanismos de acceso y atiende en condiciones de igualdad a las personas (víctimas y victimarios) que son protagonistas del drama criminal o si satisface las pretensiones formuladas por quienes intervienen.

El Proceso Penal como mecanismo destinado a la satisfacción de pretensiones formuladas por personas que se encuentran en una situación conflictiva, ha logrado menos éxitos de los deseados; hoy se cuestiona, no sin razón, capacidad para dar respuesta adecuada a los problemas que debe resolver, como su finalidad última de contribuir a la creación y mantenimiento de una paz justa en la sociedad.

Hemos visto cómo, tradicionalmente, el proceso penal gira alrededor del delincuente como exclusivo protagonista del delito, situación que contribuye a la reivindicación de la respuesta carcelaria como la principal, cuando no la única, frente al delito. En ella el victimario se convierte vulnerador de un bien jurídico protegido por la ley y la pena tiende a reparar el daño ocasionado al Estado que se apropió del rol de víctima, al establecer en el proceso una relación bilateral con el delincuente que margina a las víctimas y crea, en cierto sentido, más problemas de los que pretende resolver.

La supuesta solución que aporta el sistema penal llega a los protagonistas del drama criminal a través de mecanismos vetustos mediante los cuales se ha institucionalizado la venganza en contra del infractor a costa de los derechos de las víctimas, quienes deben cargar, además del daño generado por el delito, con un sufrimiento adicional, producto de la frustración que deben soportar al encontrarse inermes, sumidas en un proceso en el que son verdaderos convidados de piedra, en el cual no entienden nada, carentes de una respuesta que atienda a sus necesidades y expectativas.

En efecto, la actuación selectiva del sistema pena del cual, como hemos visto, hace parte el proceso penal como objeto que es del derecho procesal penal, y su incapacidad para atender a las dispares situaciones de los clientes que entran en su rueda, obligan a un replanteamiento sobre su funciones como instrumento jurídico de pacificación. Para pensar en una nueva dimensión, es necesario partir de la esencia misma del hombre, considerado como tal y en cuanto que convive con los demás, lo cual sugiere un examen de sus conceptos básicos para, desde allí, diseñar las bases que sirvan de fundamento a un modelo procesal humanizado que permita el acceso en condiciones de igualdad a los protagonistas del drama criminal, aporte soluciones satisfactorias e integrales a los conflictos, y contribuya con la creación, el mantenimiento y el desarrollo de una paz justa en la sociedad.

2.2.- El proceso Penal hacia una nueva dimensión: Un encuentro interhumano, afectante y conflictivo.

El concepto de proceso, está directamente influido por el modelo político de organización que adopte el Estado; de esta manera, un esquema de Estado Social y Democrático de derecho impone al derecho procesal la construcción de un sistema que se fundamente en el respeto a la dignidad humana y la garantía efectiva y real de valores superiores como igualdad, libertad, justicia y paz. Con él se pretende conjurar los peligros que genera la autotutela como medio de resolver los conflictos; así, el Estado asume el monopolio de la justicia, al estructurar fórmulas

heterocompositivas, con las que se prohíbe expresamente a las personas hacer justicia por propia mano y se encomienda a un tercero, situado supra partes, la solución pacífica de los conflictos que se generen en la sociedad. Esta vinculación entre justicia y paz hace que el proceso aparezca, en principio, como la mejor alternativa, al excluir la autotutela, en la construcción y mantenimiento de la paz social, pero no una paz vacía, la paz por la paz, sino una paz basada en la justicia, como veremos más adelante al estudiar las funciones del proceso.

Para un mejor entendimiento, desde una nueva perspectiva, más humana, que facilite la comprensión integral del fenómeno procesal en general, y en particular, en el ámbito penal, es necesario indagar por su dimensión sociológica-antropológica. Desde esta óptica el proceso penal se revela como el escenario de encuentro afectante y conflictivo entre las víctimas, la sociedad y los victimarios, el cual se inicia con el delito, continúa durante el proceso y, por recreación, prepara y aboca la fase posterior: la sanción.¹⁸

La palabra encuentro expresa una idea mitad pesimista, mitad optimista de la relación interhumana. Etimológicamente supone el hecho de topar con otro hombre de un modo más o menos hostil; cuando un hombre se encuentra con otro, alcanza efectivamente su plenitud como ser humano, sin perder su propia configuración, comparte con los demás una situación de convivencia en la cual los demás están implicados en él, intervienen en su situación con su propia situación, y son los demás hombres los que, en una o en otra forma, se han entereverado, y han intervenido, en su vida.

El encuentro interhumano no se produce siempre de la misma manera, el acto de encontrarse un hombre con otro puede tipificarse de diversos modos, según como se mire. En primer lugar, por la intensidad de la relación que entre uno y otro se establece, el encuentro interhumano puede ser: no afectante, cuando no conmueve a quienes participan en él (indiferencia afectiva), y rápida y definitivamente se olvida (fugacidad de la huella anémica) o afectante, cuando

¹⁸ Cfr. Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Editorial Leyer, Santafé de Bogotá, 1999, p. 214

hace que quienes se encuentran participen en la situación vital creada y deja en sus participantes una huella mnémica más o menos duradera.

En segundo lugar, por el sentido vital que tiene el encuentro para quienes se encuentran; puede ser dilectivo, si es grato y se realiza en el ámbito de lo que genéricamente se conoce como amor, o conflictivo, si, por el contrario, no es grato, y se hace realidad en el marco de aversión o el odio.

En tercer lugar, por lo que el ser humano con el que se encuentra signifique. Así, puede considerarse al otro como un objeto, y hace caso omiso de su condición de persona; como persona cognoscible, si lo que se pretende es sólo saber quién es; y como persona amada, cuando no basta sólo con saber quién es, sino que es necesario darse al «otro» por el mero hecho de ser hombre. Es preciso advertir que el proceso penal, como lo hemos dicho, se presenta como el escenario de encuentro, iniciado con la comisión del delito, entre las víctimas, la sociedad con y por sus representantes, y el (los) victimario(s), afectante, por cuanto influye en el curso de la existencia de sus protagonistas, afecta sus intereses vitales y llega a perdurar por mucho tiempo, quizá toda la vida, como una experiencia, en muchas ocasiones, desagradable.

Con fundamento en lo dicho, la consideración del proceso penal desde una nueva dimensión encuentra su punto de partida en la esencia misma del hombre, considerado como tal y en cuanto ser que convive con los demás, y que influye en ellos y es ineludiblemente influido por ellos. Para ser plenamente él mismo, necesita de los demás y sólo en virtud de esta circunstancia alcanza su plenitud como ser humano. Por ser persona, el hombre está y no puede estar solo, y, también por ser persona, el hombre está constitutivamente abierto "a lo otro" y a "los otros"; de esta manera, el ser humano se presenta a la vez deficiente e indigente y es a partir de esta revelación que es posible observar una actitud social básica: la reclamación o protesta que el hombre está dispuesto a formular frente a los demás. Esta actitud puede llegar a generar verdaderos conflictos que

obligan a pensar en el diseño de un mecanismo de atención social que se ocupe de su satisfacción y la supere al buscar nuevas formas de convivencia: el proceso (judicial y extra-judicial).

En este sentido, el proceso en general y concretamente el penal debe entenderse como un escenario en el que se desarrolla un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, orientado a la re-creación de nuevas formas de convivencia futura. Se presenta como un espacio en el que se debe procurar un encuentro creativo entre los protagonistas del suceso criminal, que constituya el punto de partida para la reconstrucción del tejido social quebrantado por el delito. Un encuentro en el que las víctimas, a diferencia de lo que ocurre en los modelos tradicionales, puedan desempeñar el rol central que les corresponde; que la sociedad con y sus representantes asuman una nueva actitud orientada por criterios constructivos que les permita, como afirma A. BERISTAIN,¹⁹ aprehender el hecho delictivo y transformarlo en justicia; y el (los) victimario(s) como responsable(s) principal(es) del delito, colabore(n) en las respuestas a las víctimas como sujetos que se restauran.

Como queda dicho, con el delito se inicia un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, que tiene su natural continuación en el proceso, en el que se genera un nexo, como consecuencia de la aproximación entre los diversos protagonistas del suceso criminal, el cual está destinado a generar efectos en el mundo del derecho.

En este sentido, el Proceso Penal es una relación jurídica, entendida como el vínculo que se establece entre las víctimas, la sociedad por y con sus representantes, y los victimarios, considerado en función del derecho que califica y regula el comportamiento recíproco y correlativo de los mismos. La relación jurídica es la síntesis dialéctica de acto y de norma, pues nace del acto como fuente empírica, y de la norma como fuente ideal.

¹⁹ Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 214/215

Cuando un sujeto actúa e interfiere en el ámbito de acción de otro (encuentro afectante), se genera una relación jurídica que no es más que una relación social en función del derecho, acto y relación son sociológicamente nada más que dos aspectos de un mismo fenómeno, de los cuales el primero es el aspecto dinámico y el segundo, el aspecto estático.

La noción del proceso como el escenario de encuentro interhumano es genérica y por tanto abarca todas las manifestaciones que existen. Constituye un concepto básico que puede predicarse de todo tipo de proceso; sin embargo, en la realidad estas manifestaciones no se presentan idénticas; por el contrario, existen diferentes encuentros que originan diversas relaciones que dan lugar a la formulación de pretensiones de contenido heterogéneo, las cuales deben satisfacerse en espacios procesales que, aunque comparten unos fundamentos generales, poseen características particulares y exigen una conducta divergente de quienes intervienen, y desembocan en el diseño de diferentes esquemas de proceso; por ello, cuando se habla de proceso penal, civil o laboral, se está haciendo referencia a un mismo fenómeno, un espacio jurídico que posibilita el encuentro interhumano, afectivo y conflictivo, en el marco del cual la comunidad humana se propone, como afirma J. GUASP, resolver los problemas del individuo que exceden las fuerzas de cada uno de sus miembros, y en la medida que ello sea posible, de tal manera que tan pronto el hombre exterioriza su insatisfacción obliga a pensar en la necesidad de atenderla.

2.2.1.- El Objeto del Proceso Penal.

En el apartado anterior hemos dicho que el proceso penal se presenta como un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, orientado a la re-creación de nuevas formas de convivencia futura, dentro del cual se canaliza la insatisfacción del ser humano, originada en el delito, en relación con los demás. Esa actitud de protesta es tomada por el derecho que intenta reflejarla en el establecimiento de instituciones artificiales con las cuales opera, y es allí donde surge el concepto de pretensión jurídica como objeto del proceso, entendiendo por tal la declaración de

voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida. En torno a ella gira la totalidad de actividades que se desarrollan en el terreno procesal; es el núcleo central sobre el cual recae el complejo de elementos que lo integran, sirve de apoyo a los sujetos que intervienen en él, y fija los límites de su contenido. Siguiendo a J. GUASP, en toda pretensión aparecen tres elementos fundamentales: *uno subjetivo, uno objetivo y otro modificativo de la realidad.*²⁰

El elemento subjetivo lo integran unos entes personales que figuran como titulares de las conductas humanas que conlleva toda pretensión. Teniendo en cuenta que la base social de la pretensión se halla en la existencia de una actitud de protesta o queja del ser humano generada en el encuentro que inevitablemente se tiene con los otros, se comprende cómo esta actitud debe tener un destinatario específico, dirigirse en concreto en contra de alguien, pues de lo contrario no pasaría de ser una simple lamentación sin ninguna significación social ni jurídica.

Por su parte, el elemento objetivo de la pretensión está determinado por un bien de la vida que, como dice J. GUASP, es una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o expectativas objetivamente determinables por los sujetos. Puede ser una cosa o una conducta sobre la cual recae la actividad de cada persona actuante dentro del proceso. Para una mejor comprensión del mismo es preciso advertir que, como ya se dijo, la pretensión es una declaración de voluntad en su sentido más amplio, cuya característica es contener una petición que finalmente es la que va a establecer los límites de la congruencia judicial, de tal manera que, en su sentencia, el funcionario judicial no podrá otorgar más de lo pedido por el actor y resistido por el demandado o acusado, ni algo distinto de lo planteado por ambas partes en sus peticiones. Sin embargo, no todas las peticiones que se formulan dentro de un proceso corresponden al concepto de pretensión; tan solo aquellas peticiones que constituyen el fundamento objetivo del proceso, ostentan tal calidad. Como afirma J. GUASP, la pretensión se refiere autónoma y directamente a un bien de la vida, mientras que las simples peticiones sólo se refieren a este

²⁰ Jaime, Guasp Delgado, *La pretensión procesal*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Madrid, 1985, p. 68/69

bien de manera subordinada e indirecta, precisamente a través de la influencia que ejercen sobre la pretensión procesal.

Con todo, la pretensión procesal supone un tercer elemento, el ser modificativo de la realidad. Los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto, determinan con su conducta una modificación de la realidad. En este sentido, la petición jurídica que constituye una pretensión debe estar orientada a desempeñar un papel en el mundo del derecho y para ello es preciso que se trate de una petición fundada, es decir, que contenga una sustentación fáctica que sirva para delimitar la realidad a que se refiere y no para justificar su existencia. El fundamento de la petición básica de un proceso, no es lo que permite al juez, en caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la petición, sino lo que le permite previamente conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse.

En un Proceso Penal que tienda a la humanización, la participación de las víctimas del delito requiere nuevos espacios que permitan su intervención activa y trascendental, dirigida a la formulación de pretensiones como expresión de sus necesidades y expectativas. Como es obvio, desde una perspectiva exclusivamente jurídica no toda las peticiones que pudieran formular las víctimas del delito en desarrollo del proceso penal tienen la misma categoría; sin embargo, sí deben concurrir en el proceso y tener la posibilidad de ser actuadas. Algunas de ellas constituirán verdaderas pretensiones procesales que deberán ser tratadas de modo concurrente con otras peticiones presentadas por otras víctimas e incluso por el mismo imputado; otras, simplemente añadirán solicitudes instrumentales, es decir, meras peticiones que deben ser atendidas, pero que tendrán efectos discretos en el desarrollo del proceso.

Tradicionalmente se ha entendido que el proceso penal tiene un doble objeto: por una parte, la pretensión punitiva, formulada por el Estado a través del órgano que lo representa en la función persecutoria de los delitos (investigación y acusación), el cual se considera que tiene carácter principal; y por la otra, un objeto secundario, constituido por la pretensión civil formulada, por regla

general y siempre que el ordenamiento jurídico lo permita, por el sujeto pasivo del delito, cuando ejerce la acción civil para la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito.

El entendimiento del proceso penal desde una nueva dimensión impone la necesidad de reflexionar acerca de su objeto, teniendo en cuenta que no debe limitarse a los hechos, sin tener en cuenta a quien(es) los sufren y a quien(es) los realizan; como afirma A. BERISTAÍN, tanto la persona como la personalidad del autor y de las víctimas deben tomarse mucho más en consideración durante todo el proceso penal, y no menos cuando se decide la determinación de las penas concretas.²¹ Resulta lamentable la ausencia absoluta de las víctimas del delito en la concepción del objeto principal del proceso penal. Como se ha dejado planteado, éstas sólo se tienen en cuenta para estructurar un objeto eventual o secundario, cuyo contenido se limita a lo económico, y en el que sólo se atiende al sujeto pasivo del delito, y se margina a otras personas o grupos que se ven perjudicadas directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos de quienes han sufrido la agresión directa para ser atendidos en sus necesidades y expectativas con independencia de la relación que tenga con sus victimarios y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en su contra.

Hoy se impone la necesidad de actualizar las estructuras del proceso penal, de introducir cambios drásticos que permitan superar la visión tradicional en torno exclusivamente al victimario, para redefinir su objeto, ampliarlo, e incluir en él las expectativas y necesidades de las víctimas. En este sentido, el objeto del proceso debe estar integrado por el conflicto humano que subyace al delito, que se concreta en las pretensiones que formulan quienes intervienen en él, las víctimas, los victimarios y la sociedad por sus representantes, dirigidas al órgano jurisdiccional y fundamentadas en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica. De esta manera, el proceso penal dirige principalmente su atención no sólo a la pretensión presentada por el ente

²¹ Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 177

estatal que tiene a su cargo la función persecutoria del delito (Ministerio Público) y que busca la condena del presunto autor del delito, sino además a las expectativas y necesidades de las víctimas que dan contenido a las pretensiones que éstas formulen, tengan o no un contenido económico, pues sólo así será posible llegar a una atención integral y humana a las víctimas; en otras palabras, a un proceso penal recreativo.

2.2.2.- El Fundamento del Proceso

Establecido qué es el proceso y a qué dirige su atención, corresponde abordar el tema del porqué de su existencia, es decir, dónde está su fundamento. La respuesta a este interrogante se obtiene al establecer los principios a los que obedece y los fines a que tiende.

2.2.3.- Los Principios Fundamentales

La Teoría General del Proceso nos remite a unas líneas de referencia comunes dentro de las que se establecen los contenidos y límites de todo proceso, y, sin las cuales se haría imposible cualquier construcción que se pretenda en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Los principios, son origen y fundamento de aquello a lo que se refieren, son el mejor punto de partida, pero de ninguna manera representan un punto de llegada. Para derivar conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados; esto, en el terreno jurídico, significa que deben ser puestos en relación de sentido y armonía con las normas a las que se refieren y a las que inspiran.

De esta manera, cualquiera que sea la postura adoptada frente al proceso, es forzoso reconocer la necesidad, sin que por ello se hable de modernidad, de la sistematización de unos principios de general aceptación, contenidos todos en el llamado Principio del Debido Proceso, que operan como base fundamental para el diseño y reformulación del proceso penal desde y hacia las víctimas.

En este sentido, siguiendo, para efectos pedagógicos, la clasificación realizadas por la doctrina, es preciso hacer una breve referencia a algunos de ellos en busca de nuevos contenidos que desarrollen un sistema re-creativo de proceso penal. Así, podemos hablar de principios del proceso y principios del procedimiento.

2.2.4.- Los Principios del Proceso

A este grupo pertenece una serie de principios, comunes a todos los procesos que hacen referencia al comportamiento e intervención de las partes en el proceso, pero que, en la tarea de pensar diferente al proceso penal, requieren una reformulación de sus contenidos. Estos pueden agruparse en las siguientes categorías:

2.2.4.1.- Principios Inherentes a la Estructura del Proceso

En esta categoría se incluyen dos principios: Contradicción e Igualdad. El primero supone la existencia de dos posiciones opuestas. Sólo mediante la oposición de dos tesis contrapuestas puede lograrse, en el proceso moderno, la obtención de la evidencia, presupuesto fundamental para la sentencia. En materia penal, este principio adquiere una especial relevancia si se tiene en cuenta que resulta de general aceptación la máxima que impide de condena del imputado sin que previamente sea oído.

El principio de contradicción debe reformularse a partir de las víctimas del delito, en busca de una atención integral a sus necesidades. Recordemos cómo, al hablar del concepto de proceso, hacíamos referencia a que el mismo se estructura como un encuentro afectante y conflictivo, planteamiento que expresa una idea pesimista de la relación interhumana, pero que resulta insuficiente para explicar el proceso penal desde una nueva dimensión.

En efecto, este algo de contrario, propio de todo encuentro, se supera mediante la atribución de nuevos roles a las víctimas, la sociedad y el delincuente, en los cuales, como lo sostiene A. BERISTAIN, "los otros", los distintos, cesan como adversarios para convertirse en complementarios

que han de recrear el orden social destrozado por el delito de ayer, para construir el orden jurídico-social de mañana²²

El contenido del principio de contradicción debe ir más allá y extenderse a las víctimas del delito en busca del establecimiento de una relación comunicativa triangular (víctimas, sociedad, delincuente) que permita la generación de espacios procesales, en los cuales no sólo se imponga la obligación de escuchar al imputado, sino principalmente a las víctimas, de informarles sobre el proceso, sus alternativas de participación en el mismo y el ejercicio de sus derechos, de tal manera que puedan ser atendidas en sus necesidades con miras a obtener una verdadera, efectiva e integral solución al conflicto que subyace al delito.

Volver a pensar sobre este principio resulta de fundamental importancia para la reformulación del modelo tradicional del proceso penal, pues la marginación que sufren las víctimas en el campo procesal se genera, en buena parte, por el reconocimiento del principio de contradicción exclusivamente para el victimario-delincuente.

Así por ejemplo, en el sistema ecuatoriano acusatorio oral adversarial, el principio de contradicción se garantiza sólo para el imputado. Desde su consagración constitucional se ha marginado a las víctimas, sólo el imputado o presunto infractor es mencionado por la Constitución para el reconocimiento del derecho de defensa y el principio de contradicción. La situación no es mejor en la legislación procesal; basta simplemente con mencionar que a las víctimas que deciden presentar una denuncia ni siquiera se les entrega una copia o se les informa de sus derechos, todo basándose en que es necesario proteger la reserva que debe orientar la investigación. Igualmente, si el imputado carece de abogado para su defensa, la ley reconoce el derecho que tiene a que se le nombre un defensor de oficio que puede intervenir activamente en el proceso, mientras que a las víctimas del delito no, sólo se les limita su intervención, recordemos como sólo el sujeto pasivo

²² Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 215

del delito puede hacerse parte, sino que ni siquiera cuando carecen de recursos económicos se les garantiza una mínima atención profesional para la defensa de sus intereses.

En efecto, en muchas ocasiones las víctimas tienen dificultades económicas para contratar un abogado y se ven impedidas para ejercer sus derechos de contradicción en el proceso penal; por ello, es necesario pensar en la creación de la figura del abogado de oficio para las víctimas o explorar otras alternativas, como la implementación de una póliza de seguro que cubra los honorarios de los abogados que representen a las víctimas. Las víctimas deben intervenir en todas las fases de la actuación procesal, por ejemplo solicitar al fiscal, en cualquier momento de la actuación, medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra de sus familiares. (Reglamento Sustitutivo del Programa de Protección y Asistencia a las Víctimas, Testigos y demás Participantes en el Proceso Penal) R O. Nro. 150- 17 08-2007.

El principio de igualdad, segundo en esta categoría, puede observarse desde dos dimensiones diferentes, las cuales tienen una influencia trascendental en el fundamento del proceso penal: La primera, *la igualdad en la ley* que funciona como un límite al trabajo legislativo de creación de la ley. Opera frente al legislador impide que se puedan configurar supuesto de hecho de la norma, de modo tal que se otorgue un trato distinto a las personas que se encuentren en la misma situación, *la igualdad en la ley* impide que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

La segunda dimensión en la apreciación del Principio de Igualdad es *la Igualdad en la aplicación de la ley*. Ésta se presenta como un límite a los órganos judiciales en su tarea de interpretación y aplicación del derecho. La ley debe ser aplicada efectivamente y de igual modo a todas las personas que se encuentren en la misma situación, sin que sea posible establecer diferencia alguna que no sea establecida por la norma. Este aspecto del Principio de Igualdad

incluye dos aspectos: por una parte, la exigencia de una interpretación no discriminatoria que supone la evaluación de la actuación del órgano en sí misma sin referirla a otras actuaciones o criterios anteriores o posteriores. Por otra parte, la igualdad ante la ley propiamente dicha o regla del precedente, la cual implica la prohibición al órgano judicial de modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, aun cuando ninguno de esos criterios resulte en sí mismo discriminatorio.

En este sentido, la influencia que ejerce el Principio de Igualdad en el proceso penal es determinante, pues supone que, tanto en el trabajo legislativo como en el judicial de interpretación y aplicación de las leyes, el trato dado a las víctimas como a los victimarios-delincuentes no sea discriminatorio, sino que tienda, con las diferencias obvias producto de sus diferentes situaciones, al mantenimiento de un equilibrio garantista, con el cual sin vulnerar los derechos fundamentales del imputado o sindicado, se escuche y atienda integralmente a las víctimas del delito a través del diseño de instrumentos que posibiliten el acceso de las víctimas al sistema penal de administración de justicia, y una vez adentro, se les permita intervenir activamente como protagonistas principales que son en el delito.

Lastimosamente, lo hemos dicho reiterativamente en este trabajo, en el diseño y estructura de los sistemas procesales tradicionales no se ha reflejado este equilibrio. Acudiendo nuevamente, a manera de ejemplo, al sistema ecuatoriano, podemos decir que la consagración constitucional y legal del Principio de Igualdad no tiene objeción, pero su desarrollo, particularmente en el procedimiento penal, deja muchas inquietudes.

En efecto, cuando se analiza la investigación previa en el proceso penal ecuatoriano, vemos cómo, a las víctimas de delito, que tienen la posibilidad de dar la noticia del crimen, se les otorga la posibilidad de intervenir limitadamente ejerciendo el derecho de petición de información sin que puedan participar activamente, como si lo puede hacer el victimario-delincuente quien, en determinados eventos, puede salir exonerado por el hecho denunciado sin que sus víctimas puedan

controvertir las pruebas que se practiquen. Aunque debemos aceptar que, de acuerdo con el diseño procesal ecuatoriano, esta etapa no es formalmente proceso, en la realidad sí lo es y la verdad es que se practica de espaldas de las víctimas.

La posición de las víctimas del delito es de indefensión durante el proceso penal ecuatoriano. Además de una marginación evidente, no tienen derecho a obtener una copia de la denuncia que presentan y tampoco pueden acceder, en caso de falta de recursos económicos, a una adecuada representación profesional, como sí lo puede hacer el victimario-delincente, mediante un defensor público o de oficio. ¿Por qué la víctima no puede contar con un defensor de oficio?, se defenderá los derechos de igualdad de contradicción y el debido proceso dentro de la prueba, a las víctimas hay de dotarles de un protagonismo en lo procedimental, penitenciario y en la ejecución de las diversas penas y medidas de seguridad.

2.2.4.2.- Principios Relativos a la Pretensión

En esta categoría se agrupan los principios Dispositivo y Acusatorio, los cuales hacen referencia a las facultades de las partes, la pretensión y el derecho material subjetivo. El Principio Dispositivo, orientador del Proceso Civil, se manifiesta en el poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Su estudio detallado excede el objeto del presente trabajo; sin embargo, veamos brevemente sus características:

En primer lugar, los intereses jurídicos que pueden discutirse son de dominio exclusivo de los particulares, quienes tienen la posibilidad de decidir si acuden o no a la jurisdicción en busca de tutela para su derecho, de tal manera que el juez o tribunal no puede por sí mismo entablar un proceso entre las partes; en segundo lugar, es preciso advertir que este poder de disposición de las partes no se limita exclusivamente al ejercicio de la acción o a la instauración del proceso, sino a la disposición del proceso mismo mediante unos actos que con fuerza de cosa juzgada producen la terminación anormal del mismo; y en tercer lugar, se presenta una vinculación del tribunal o juez con las pretensiones de las partes. El Tribunal no puede en su decisión final otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo

resistido por el demandado, otorgar cosa distinta a la pedida por ambos o en un recurso gravar más de lo que ya estaba el recurrente. Sólo le está permitido al tribunal decidir sobre la pretensión y resistencia.

2.2.4.3.- Principios Relativos a la Formación del Material Fáctico en el Proceso.

En esta categoría se incluyen los principios de aportación e investigación. El primero supone el dominio de las partes sobre el material procesal que es aportado como fundamento para la decisión del Juez o Tribunal, se coloca las siguientes:

- a. A las partes les corresponde la introducción de los hechos en el proceso. El Juez o Tribunal sólo puede fundar su decisión en los hechos afirmados por las partes.
- b. El Juez o Tribunal no considera los hechos que las partes previamente no le han aportado.
- c. Corresponde a las partes la prueba de los hechos alegados.

Por su parte, el principio de investigación implica que es el Ministerio Público quien está obligado a aportar los hechos y procurar la práctica de las pruebas con independencia de la voluntad de las partes.

Tradicionalmente se ha sostenido, en relación con el procedimiento penal, que la investigación está orientada, aunque no exclusivamente, por el principio de instrucción, mientras que el juicio se determina por el de aportación. Si bien pensamos que al reflexionar sobre la reformulación del proceso penal desde y hacia las víctimas estos principios deben mantener su vigencia, creemos oportuno recomendar la implementación de mecanismos que, en el marco del principio de investigación, garanticen la protección a las víctimas del delito, quienes, en no pocos casos, son objeto de malos tratos y amenazas. Es importante que el funcionario encargado de la investigación, sin preocuparse tanto por el castigo del infractor, sea investido de facultades que le permitan adoptar oficiosamente medidas de protección inmediata para evitar que el hecho vuelva a ocurrir y asegurar la reparación integral de los daños.

Por otra parte, en el marco del principio de aportación, es preciso ampliar los espacios de intervención de las víctimas, de tal manera que se les permita la intervención

activa en todas las fases del procedimiento, en atención a sus necesidades y expectativas. La reparación del daño a las víctimas, debe configurarse como una finalidad propia del derecho penal y no como una cuestión privada que sólo atañe a los damnificados por el hecho criminal lo que permite que el operador judicial pueda adecuar su resolución a la realidad del daño producido.

2.2.5.- Los Principios del Procedimiento

Hasta el momento hemos hecho referencia a algunos de los principios que orientan la actuación de las partes al formular sus pretensiones y resistencias, sus facultades y cargas dentro del proceso, principios que en buena parte requieren una nueva lectura para reformular sus contenidos al diseño de un proceso penal desde y hacia las víctimas del delito.

Corresponde ahora hacer una breve referencia a los principios que orientan la forma de actuación procesal, la relación entre las partes y el órgano judicial, de aquellas entre sí y de todos ellos con la sociedad. Estos principios obedecen fundamentalmente a la forma de los actos procesales, y a la relación entre el Ministerio Público, Juez, Tribunal y el material fáctico. Entre ellos se encuentran los de: escritura, oralidad, inmediación, concentración/celeridad y publicidad.

Si bien es cierto que se impone el diseño de esquemas procesales que estén orientados por el principio de oralidad, se hace necesaria la presencia del principio de escritura. El optar por uno o por otro es producto de una reflexión que nos lleva a inclinarnos por el predominio de la oralidad.

Se pueden señalar como ventajas principales de la oralidad las siguientes:

a. En lo que se refiere a la búsqueda de la verdad material, el proceso oral es de gran ayuda al órgano judicial. El contacto directo entre el funcionario y las partes contribuye a un mejor esclarecimiento de los hechos, es decir, aporta mecanismos para la averiguación de la verdad.

b. La oralidad requiere de la inmediación del órgano judicial que se ve impedido para delegar funciones como la de practicar las pruebas. La presencia del juez en la práctica de las pruebas ofrece garantías para una mejor y mas adecuada decisión.

c. El proceso oral es por esencia público, tanto para las partes (víctimas-victimario) como para la sociedad.

Con todo, actualmente no es posible hablar de un proceso penal cuyo diseño obedezca en forma absoluta a un principio absoluto de oralidad o de escritura; antes que contraponer estos dos principios, es conveniente la delimitación de los mismos en referencia a actuaciones específicas que se surtan en su desarrollo. La doctrina se inclina por la oralidad, sin perjuicio de la protocolización de este material a efectos del ejercicio de los recursos, para las fases del proceso cuyo objeto esté constituido por la aportación del material de hecho y la prueba del mismo. El principio de la oralidad facilita la implementación de los principios de inmediación, concentración y publicidad, y permite una mayor eficacia en el proceso penal además de facilitar un control público sobre el mismo.

En relación con la forma escrita, se recomienda que estén orientados por ella los actos procesales en los que se deduzcan la pretensión y la resistencia, la prueba documental, las sentencias, y los medios de impugnación.

Estos principios determinan el proceso como un instrumento al servicio de la jurisdicción, el cual hace posible, mediante las garantías que consagra la legislación procesal, la obtención de una efectiva tutela judicial de todas aquellas personas (víctimas y victimarios) que intervienen en el mismo. Sin embargo, el solo estudio de los principios que orientan el proceso no es suficiente para determinar su fundamento; como lo hemos planteado, es necesario además acudir a los fines que se persiguen con el proceso.

2.2.6.- Los Fines del Proceso

Al fijar nuestra atención en todas y cada una de las actividades que se realizan dentro de un proceso, encontramos que existen múltiples intereses en juego, pero que la finalidad propia del proceso no se identifica con ninguno en especial, ni siquiera con la unión de todos ellos. Pues bien, partiendo de lo dicho hasta el momento, podemos afirmar que el proceso, en términos generales, al ser una creación del hombre obedece a la ejecución de un proyecto: alcanzar la convivencia pacífica y justa en la sociedad.

Por el hecho de la convivencia, se imponen al proceso dos principios esenciales: la armonía y la economía procesal.

En efecto, lo primero que tiene que ser un ordenamiento jurídico. Armonía es la correspondencia de unas cosas con otras, ajustamiento y correcta combinación. En el proceso se manifiesta en la exigencia de evitar resultados procesales contradictorios. Con la economía procesal se exige la obtención del máximo resultado procesal con el mínimo esfuerzo; en otras palabras, el proceso debe ser barato, rápido y sencillo.

Sin embargo, la sola convivencia no es suficiente para determinar el fin del proceso; es necesario agregar que ésta se dé en forma pacífica, de tal manera que el proceso surja como un instrumento que contribuya con el mantenimiento de la paz social. Así lo explica J. Guasp: *“Si el proceso no existiera, esto es, si el Estado no garantizara a sus súbditos que las pretensiones que ellos formulan frente a otros, serán recogidas, examinadas y actuadas en su caso, no podría prohibir, como lo hace, que la inmensa mayoría de las veces se actúen pretensiones privadas, o sea, pretensiones hechas valer directa e inmediatamente contra el particular. Ahora bien, si la actuación de pretensiones privadas está prohibida con carácter general o casi general, ello se debe a la perturbación que un criterio contrario introduciría en la paz jurídica social puesto que, al depender la actuación de la fuerza o del poder de cada uno, resultaría en numerosas ocasiones que pretensiones fundadas quedarían sin actuar por la*

impotencia de su titular y, a la inversa, que pretensiones infundadas serían realizadas por una imposición meramente de hecho. El Estado suprime, salvo excepciones, la justicia privada y abre al mismo tiempo la vía indispensable: la creación de una institución destinada a actuar las pretensiones que se dirijan a los órganos del Estado; el fin del proceso es, pues, el mismo que inspira la supresión de la justicia privada: la represión de las perturbaciones jurídicas en el seno de la comunidad o, dicho con otras palabras, el mantenimiento de la paz.”²³

Con todo, en la comprensión integral del fin del proceso es necesario trascender este planteamiento y buscar algo más: la justicia. Un proceso cuyo fin sea exclusivamente el mantenimiento de la paz abriría la posibilidad de actuación en el proceso de cualquier clase de pretensiones, cuando su fin es que el órgano judicial sólo actúe las pretensiones fundadas. Lo dicho no significa que las decisiones adoptadas en un proceso puedan contradecir lo establecido por la ley, simplemente puede ser distinto, pues lo necesario para que se estructure el fin del proceso no es llegar a una paz conforme al derecho positivo, sino a una paz conforme a la justicia

Para los efectos del presente trabajo, la idea general del proceso como un *instrumento para alcanzar una convivencia pacífica y justa en la sociedad*, es necesario complementarla con las diversas funciones que se le asignan al proceso penal.

2.2.7.- Las Funciones del Proceso Penal

En la reformulación del proceso penal desde y hacia las víctimas, éste asume una multiplicidad de funciones que, junto a la actuación del *ius Puniendi* del Estado, determinan el porqué de su existencia en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Estas funciones se concretan en la protección del derecho a la libertad, del derecho a la tutela de las víctimas, protección y asistencia y la resocialización del imputado y de las víctimas, todas

²³ Jaime, Guaps, *Concepto y método de Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 42

orientadas a la re-creación del tejido social roto por el delito. A ellas haremos una breve referencia.

2.2.7.1.- La Protección del Derecho a la Libertad

A diferencia de los regímenes autocráticos, en un Estado de derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del "*ius puniendi*", y ello, por la sencilla razón de que también tiene como objetivo declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente. La persona que se ve vinculada a un proceso en calidad de imputado o acusado puede esperar la sentencia en uno de dos modos diferentes: o en libertad o privada de ella.

Poco importa a la persona que se encuentra vinculada como posible autor de un delito la forma como se denomine la privación de su libertad, aprehensión, captura, detención preventiva, etc., lo realmente sustancial para ella es estar en libertad, los nombres con que se denomine esta situación resultan accesorios frente a su verdadero problema: estar privado de su libertad.

De acuerdo con lo expuesto, la libertad, así sea garantizada por una caución, será siempre libertad. Esta aspiración humana a permanecer en libertad no es simplemente un deseo; tanto los documentos internacionales como las constituciones democráticas se ocupan del tema al garantizar este derecho y establecer su limitación, durante el proceso penal, como una excepción frente a la situación ordinaria de permanecer en libertad. Esta construcción le da base a lo que podría denominarse "*un derecho fundamental a la excarcelación*", propio de sociedades que aspiren a la construcción de un Estado social y democrático de derecho, y cuya garantía debe gozar de amparo constitucional y legal durante el proceso penal.

En efecto, en este marco, el respeto por la libertad durante el proceso penal se presenta como un derecho que sólo puede restringirse en la medida en que ello sea estrictamente indispensable; la privación de la misma debe limitarse exclusivamente a aquellos casos en los que no pueda ser sustituida por medidas diferentes que garanticen los fines del proceso, por ejemplo, la

comparecencia al mismo, y los derechos de las víctimas, pues el proceso debe aparejar sólo las molestias mínimas para las personas y su reputación.

2.2.7.2.- La Tutela de los Derechos de las Víctimas

Hemos sostenido la necesidad de crear espacios en el proceso penal, que permitan a las víctimas del delito una intervención activa en el mismo, ámbitos en los cuales, no solo puedan plantear sus necesidades y expectativas, sino fundamentalmente, sean reparadas integralmente como una forma para alcanzar la reconciliación.

Con la sola posibilidad de intervención limitada, que se otorga al sujeto pasivo del delito en los sistemas que han secundado el modelo francés de acumulación de la acción civil a la penal, no es suficiente para garantizar una atención integral a las víctimas; es preciso, como lo hemos sostenido, que se diseñen instrumentos procesales que les permitan a todas las víctimas la intervención activa en el proceso, no necesariamente y en todos los casos para formular una pretensión indemnizatoria. Los objetivos del sistema de justicia penal se expresan tradicionalmente y ante todo, en términos de relación entre el Estado y el delincuente e incrementan, en muchas ocasiones, los problemas de las víctimas.

Pues bien, con la reformulación del proceso penal hacia su humanización se pretende algo más y distinto que indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales. Como lo dice A. BERISTAIN, urge repensar el modelo tradicional para añadir normas que desarrollen las nuevas prestaciones, "cada día más utilizadas y de mayor alcance alternativo en el ámbito comparado: la mediación, la reconciliación, las prestaciones inmateriales, las disculpas, el trabajo de utilidad común, etcétera".²⁴

²⁴ Antonio, Beristain Ipiña, *De los delitos y las penas desde el país Vasco*, Editorial Dykinson, Madrid. 1998, p. 225

2.2.7.3.- La Resocialización del Imputado y de las Víctimas

No podemos olvidar que cuando se realiza un delito, la atención se centra en la persona del delincuente y el Estado canaliza todos sus esfuerzos en la garantía efectiva de sus derechos y en la implementación de mecanismos que buscan su resocialización, y dejan a un lado a las víctimas, al tratar como objetos o como pretexto para una rutinaria investigación, con lo cual, al daño sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo, se añaden otros efectos colaterales que se traducen en un severo impacto psicológico al que hace referencia A. GARCÍA-PABLOS: *"La vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa. La impotencia ante el mal y el temor a que se repita producen ansiedad, angustia, depresiones, procesos neuróticos. Al abatimiento se añaden, no pocas veces, otras reacciones psicológicas, producto de la necesidad de explicar el hecho traumático: la propia atribución de responsabilidad o autoculpabilización, los complejos. La sociedad misma, por otra parte, estigmatiza a la víctima. No responde con solidaridad y justicia, tratando de neutralizar el mal padecido, sino con mera compasión, e incluso con desconfianza y recelo. El entorno próximo de la víctima la señala, la etiqueta despreciativamente como persona «tocada», como «perdedor». La victimización produce aislamiento social y, en último término, marginación.*

*Todo ello suele traducirse en una modificación de los hábitos y estilos de vida, con frecuentes trastornos de las relaciones interpersonales. La actuación de las instancias del control penal formal (policía, jueces, etc.) multiplica y agrava el mal que ocasiona el delito mismo. En parte porque estas agencias, altamente burocratizadas, parecen olvidar los perjuicios y experimentados por la víctima, la psicología de ésta, su especial sensibilización y legítimas expectativas, necesidades, etc."*²⁵

En este orden de ideas, un proceso penal que tienda hacia la humanización, debe ofrecer a todos: al acusado, a la sociedad y especialmente a las víctimas, una serie de garantías que les

²⁵ Antonio, García-Pablos, *La resocialización de la víctima, Sistema Legal y Política Criminal*, Ob. cit. p. 197

permitan tener la certeza de no repetición del hecho de atención a sus necesidades y de una integral reparación. En pocas palabras, cuando hablamos de la resocialización de las víctimas como una de las funciones del proceso penal, nos estamos refiriendo a que este debe constituirse en un instrumento en busca de la superación de la victimación, no sólo de la que se produce como consecuencia del delito, sino de la secundaria, muchas veces más grave que la primaria.

2.2.8. Victimario Víctima del Propio Delito

Tanto interesa a la Criminología la perspectiva dinámica del delito, como la definición de las conductas calificadas como criminales, ya que siempre son conductas humanas.

Desde sus inicios, una de las labores primordiales de la Criminología ha sido explorar:

- a) ¿Quién es el delincuente?
- b) ¿Cómo se le reconoce?
- c) ¿Cómo se le combate?
- d) ¿Cómo se le trata adecuadamente?
- e) ¿Cómo se le puede conducir o reconducir en sociedad?

No el delito, si no el delincuente, no el concepto, si no el hombre. La pregunta de quién es el delincuente se mantiene vigente. Algunas explicaciones:

La perspectiva biosocial: La disposición hacia determinados comportamientos sociales pudiera en parte estar condicionada genéticamente. Síndrome XYY (cromosoma del asesino, doble Y=masculino). Debilidad, la relación causal en comparación con hombres XY (todos los hombres). No se explica la conducta femenina (XX). Determinismo. El comportamiento social, es todavía menos predeterminado (procesos de aprendizaje y socialización).

Dimensiones de la personalidad: Algunas características de la personalidad, en el sentido de cualidades generales, favorecen la comisión de hechos punibles. Los delincuentes presentan rasgos muy marcados en el ámbito de la labilidad emocional (neurotismo) afán de notoriedad, impulsividad, agresividad espontánea y reactiva, espíritu aventurero, intransigencia, predisposición al riesgo, autovaloración negativa, poco control de los impulsos e inclinación a atribuir lo ocurrido a causas externas. Una caracterización de esta clase de personalidades alcanza a un número reducido de personas, tanto delincuentes como quienes no lo son.

Perfiles sociales: Tiene relevancia su elaboración para la explicación del delito. Las características (personales-sociales) sólo pueden asegurarse con rasgos limitados.

Edad y Criminalidad: La criminalidad no está distribuida en forma regular en relación con todas las edades, sino que aparece en concentraciones variables. Crece en vertical hasta los 20 años, para empezar a caer progresivamente primero y después con mayor fuerza a partir de los 35 años, con incremento parcial de los 60 años en adelante.

Uno de los aspectos a considerar es el del delincuente que se ve revictimizado por la maquinaria de la justicia penal, y esto puede suceder a varios niveles:

a) Legislativo cada vez estamos más lejos de aquel derecho protector de los criminales, las leyes penales son cada vez más abundantes, más complicadas, más represivas, y victimizan a mayor número de personas.

Vivimos una inflación penal sin precedente y no cabe duda que el legislador es diligente en penalizar y aumentar punibilidades y muy parco en descriminalizar. No debe olvidarse que el derecho penal debe ser el último y desesperado recurso de la política criminológica, en mucho por su capacidad victimizante.

b) Judicial, independientemente de los casos de error judicial, producto en mucho de la natural fabilidad humana, tenemos problemas de lentitud, costo, desigualdad e

inconsecuencia. En la victimización judicial interviene el Ministerio Público o fiscal en su afán de probar la acusación, el abogado defensor, que busca justificar sus honorarios, a veces perjudicando al mismo cliente, y desde luego el juez, sobrecargado de trabajo y de responsabilidad, que coopera con fiscal y defensor a hacer juicios largos y complicados.

En muchas ocasiones el victimario es una persona que, a su vez, fue previamente victimizado. La administración de justicia puede ser tan severa que su excesiva dureza convierte al victimario en víctima. Aunque la pena impuesta por el juez sea justa, los órganos encargados de la ejecución de la pena victimicen al sentenciado, por la carencia de instituciones adecuadas, de personal preparado, y de medios en general, debemos recordar que pena sin tratamiento no es justicia, es venganza

La revictimización, o el convertir a la persona de nuevo en una víctima, en el sistema judicial ocurre cuando se le exige que se someta a múltiples interrogatorios y exámenes que afectan su dignidad y su sentido de privacidad. Esto es frecuente en los procesos penales, en el que las autoridades, incluyendo la policía y la fiscalía quieren estar seguros de que podrán procesar exitosamente al acusado, y someten a la víctima a un cuestionamiento extenso y repetitivo para asegurarse que mantenga su historia y tenga credibilidad. El proceso de revictimización es no intencional, pero sí es perjudicial cada crimen que se comete denuncia que una parte del tejido social se ha roto, y nos llama a reconstruirlo. Para ello, necesitamos primordialmente de la verdad: saber qué ha ocurrido, quién ha hecho qué, y por qué razones. Del mismo modo, necesitamos que la persona que ha cometido un crimen reconozca que no tiene buenas razones para repetirlo, como necesitamos que todos los demás igualmente situados tampoco encuentren razones apropiadas para realizar actos semejantes.

c) Ejecutivo, la atención se centra en la prisión, ejemplo supremo de victimización para la mayoría de los Estados. La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular

enloquece, con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente, y sin trabajo destroza moralmente.

El proceso penal actualmente existente, en cambio, contradice brutalmente tales propósitos. Por un lado, él obstaculiza hasta directamente contradecir el objetivo de lograr que el victimario nos diga qué es lo que ha hecho cuál ha sido su conducta y por qué lo ha hecho. El actual proceso penal alienta al victimario a callarse o a mentir: cada cosa que él diga en su contra servirá para imputarlo su confesión nos servirá para condenarlo definitivamente.

En la actualidad nadie defiende seriamente la pena privativa de libertad como una solución para el condenado. Además, lo cierto es que en América Latina en general existen pocos condenados, porque nuestras cárceles están llenas de procesados. Hoy no es posible soñar con suprimir el encierro, sea preventivo o penal propiamente dicho. Es posible que dentro de pocos años la cárcel tenga una aplicación mucho más reducida que la actual, pero esto no debe ser materia de alegría para nadie, porque la perspectiva más cercana es que sea reemplazada por controles electrónicos de conducta, que serían más baratos y, por ende, podrían aplicarse a un número indefinido de personas, lo que permitiría una sociedad mucho más represiva que la actual.

Lo cierto es que la existencia y persistencia de la cárcel nos plantea el problema de cómo tratar al preso, o sea, a la masa de personas que se hallan privadas de libertad, al título que fuere. Esa es la realidad presente y la tarea que tenemos que enfrentar aquí y ahora, sin perjuicio de todas las disquisiciones que podamos hacer sobre utopías o infiernos futuros.

La cárcel es un sistema en equilibrio precario. El número de personas que forma el equipo penitenciario es siempre mucho menor que el de presos. El preso sufre un proceso de regresión inevitable, porque se le priva de todo lo que hacía libremente como adulto y

se lo retrotrae a una etapa infantil o adolescente superada, donde pierde incluso el derecho a la privacidad y hasta al espacio mínimo de no contacto físico con los otros, que conservamos en la vida de relación corriente.

Las ideologías “re” (resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc.), propulsadas en general por el positivismo criminológico, respondían más o menos a la idea de que el preso es una suerte de aparato descompuesto o incompleto que debía repararse. La lógica final de esas ideologías es que, cuando se llegase a la conclusión de que una persona no tenía arreglo posible, era lo indicado eliminarla. Nadie puede aprender a vivir libremente privado de libertad. Sin embargo, la ideología “re” puede tener algún sentido, en la medida en que se la adopte con criterio realista.

Una reinterpretación de las ideologías “re” más compatible con los derechos humanos y, además, idónea para no provocar una anomia en el propio personal penitenciario (que la sufre en la medida en que se le propone discursivamente una misión imposible), es entender que cualquier propósito “re” debe interpretarse como el ofrecimiento de la posibilidad de que el preso eleve su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo.

En primer lugar, debemos tener presente que la cárcel aloja a una cantidad de personas con características muy heterogéneas, pero que fundamentalmente pueden distinguirse entre quienes tienen algún padecimiento psíquico que es anterior al encierro y que éste suele agravar, y quienes no tienen esa característica pero su salud mental entra en crisis por efecto de neurosis condicionadas por el propio encierro, como parte del proceso de deterioro o prisionización en sentido subjetivo.

No puede olvidarse de que la cárcel es un ámbito cerrado, una institución total, en la cual se establecen jerarquías entre los mismos presos, fijándose roles. Quien no responde a los requerimientos de rol, en cualquier lugar, provoca reacciones violentas por parte de

los requirentes, porque éstos no saben cómo sigue el libreto, dado que siempre nos manejamos con roles y demandas conforme a roles en la sociedad. El preso que no responde al rol asignado es víctima de violencia, mucho más en un medio esencialmente violento como es la cárcel. De este modo, la cárcel se convierte en una máquina de fijar roles, generalmente desviados, y por ello suele condicionar desviaciones secundarias más graves que las que determinaron la prisión, o sea que, en lugar de prevenir suele reproducir conductas desviadas.

¿Qué es lo que humanamente y realmente puede hacer la cárcel en estos casos? ¿Su puede intentar algo “re”? Si, claro. Si sabemos que lo que lo conduce a la cárcel es su vulnerabilidad condicionada por su estereotipo externo e internalizado, lo que puede hacerse es ofrecerle no imponerle la posibilidad de salir del estereotipo y aumentar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal. No se trata de aconsejarle no seas malo, sé bueno, como en la “re” clásica o positivista, porque la respuesta espontánea de la persona será: ¿por qué a mi, si hay otros mucho peores y no están presos? Se trata de decirle no seas tonto, no te regales con esas groserías el poder punitivo, no te prestes a ser carne de cárcel, no te sientas más hombre ni más valiente por ser más tonto, etc. Se trata de entender la función “re” como un esfuerzo por ofrecerle a la persona la posibilidad de cambiar su autopercepción, de desintroyectar o desinternalizar su estereotipo.

A veces se hace de modo poco planificado, pero positivo: quien entra a la cárcel semianalfabeta y egresa como ingeniero electrónico, naturalmente que ha subido su nivel de invulnerabilidad y tiene otra autopercepción de sí mismo. No es porque lo hayan “arreglado” como a una artefacto del hogar descompuesto o que le faltaba una pieza, sino porque le han subido su nivel de invulnerabilidad quitándole el estereotipo introyectado. Una razonable y conciente planificación de esta acción “re” es lo que llamamos tratamiento de la vulnerabilidad.

Esta es la tarea que humanamente puede cumplir la cárcel, como institución que no fabrica santos, sino que puede ofrecerle a algunas personas la posibilidad de ser como somos los que andamos sueltos, con todos nuestros defectos y vicios y con todas nuestras virtudes (a veces muy pocas), pero no tan vulnerables a un poder punitivo que siempre es altamente selectivo.

Debemos ser conscientes de que la cárcel, por mejor que sea, aún siendo una jaula de oro, siempre es una jaula y como institución total tiende a condicionar neurosis y a reproducir conductas desviadas, provoca graves depresiones que inciden sobre la salud física de los presos, especialmente en padecimientos que la depresión agrava y que pueden llevar a la muerte y, en general, por su inevitable régimen de seguridad, provoca regresión siempre deteriorante. La prevención y el tratamiento de estos efectos, la reducción de estos males, su minimización, su remoción cuando se alzan como obstáculos para remover el estereotipo, también es tarea en que la orientación debe estar a cargo de profesionales de la salud mental en estrecha cooperación con el personal con experiencia penitenciaria

Eugenio Raúl Zaffaroni²⁶, afirma que la panorámica general de las cárceles latinoamericanas, es que no se ha invertido en el sistema penal. Estima que entre el 70 y el 80% de los presidiarios de la región están siendo procesados, pero no han sido condenados. Zaffaroni define como grave el sistema penal. No estamos aplicando las penas del Código Penal, estamos aplicando la prisión por las dudas, por si acaso. Lamenta que ninguno de los países de la región tiene menos del 50% de presos preventivos. El remedio que nos ofrece comparativamente es peor que la enfermedad. Reafirma su convicción de minimizar el concepto de personalidad peligrosa como causal del delito, para considerar que en esta materia el eje del problema es el sistema penal.

²⁶ Eugenio Raúl, Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, 775

Se mantiene fiel a la doctrina criminológica sociológica que postula tratar la vulnerabilidad de las personas al delito, exacerbadas por las características del sistema penal según su opinión, desplazando como causales a los factores de peligrosidad que podrían adjudicarse a sus personalidades y antecedentes, que deben darse los elementos para que no se criminalice de acuerdo al estereotipo de las personas que son vulnerables al sistema penal por sus características socioculturales y personales, hay que sacar de adentro estos estereotipos para reducir el nivel de vulnerabilidad al sistema penal que, de acuerdo a sus postulados, sufre un segmento de las personas en cualquier sociedad.

Estos estereotipos existen y hacen vulnerables a algunas personas más que a otras al sistema penal y su posterior criminalización. Argumenta sus definiciones criminológicas enderezadas a trabajar en el mejoramiento de la situación social y en las fragilidades del sistema penal para reducir la criminalidad.

Hoy domina la criminología de cuño más sociológico y a nivel individual no podemos hablar de causas sino de consecuencias de la criminalidad sostiene Zaffaroni, para argumentar en contra de la tradicional criminología positivista que plantea la necesidad de actuar sobre las causas del delito, es decir sobre la personalidad y costumbres del delincuente.

Agrega que todo lo que toca el sistema penal corre el riesgo de ser deteriorado, acentuando sus reservas para con la administración de justicia. Como magistrado, desprendió su rechazo a los tratamientos criminológico y penitenciario tal como se aplican y exalta que resocializar y todos los re de los que se habla, surgidos de la criminología positivista para arreglar a las personas, son imposibles de realizar y se constituyen en un autoritarismo increíble.

Un hombre en el patio de la cárcel, rodeado de su soledad y por gente que se siente mal en la cárcel, lógicamente es afectado mentalmente e insta a psiquiatras y criminólogos a revisar sus posturas individualistas en la problemática del tratamiento de la criminalidad.

Roxin²⁷, considera: La primera tesis nos habla de que las penas no son un medio adecuado para luchar contra la criminalidad. La mayoría de la sociedad que una forma de intimidar a la delincuencia es haciendo que el Estado castigue los delitos de una forma mas severa, pero con el transcurso de los años y mediante el ejemplo de varios Estados vemos que es una falacia. Una verdad absoluta que dice Roxin es que siempre habrá delincuencia así como hay enfermedades pero agravar las penas no ayuda a bajar los índices de criminalidad.

La segunda tesis nos habla de que las penas privativas de libertad son o resultan ser problemáticas en la lucha contra la criminalidad. Nos demuestra esto diciéndonos que las penas privativas de libertad en vez de tener un efecto resocializador tienen un efecto disocializador ya que el delincuente es separado de su medio o círculos sociales como son la familia y los amigos y es insertado a un régimen social completamente violento que inculca actitudes negativas que empeoran y crean un enojo del delincuente hacia la sociedad. La tercera tesis afirma que la prevención es más efectiva que la pena.

Roxin nos ofrece medidas preventivas o políticas preventivas que debe ejecutar el Estado para la prevención de delitos. Como son la creación de mas oportunidades de trabajo o como aumentar el numero de efectivos policiales, pero no en oficinas, sino en las calles. Así vemos como Roxin hace un estudio que se inclina más hacia la sociología jurídica ya que hace más un estudio del hombre y la realidad que lo rodea.

Pienso que la finalidad de la pena en la sociedad debe alentarse a buscar una respuesta superadora y en el contexto actual ni la prisión (por las deficiencias del régimen

²⁷ Claus, Roxin, *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 200 y 201

penitenciario) ni la expiación ni mucho menos la retribución en un sentido kantiano pueden resolver los problemas actuales.

El delincuente con su delito comunica algo y creo que en su mayoría de casos son las necesidades de las que fueron privados por un sistema capitalista actual que además los hace ver insulsos ante el poderío económico de la población y las necesidades artificiales que se crean, antes de buscar la verdad en el delincuente hay que buscar la verdad en lo que expresa el crimen cometido. Sobre la base de lo expuesto, me permito proponer un Derecho Penal Mínimo o reducción del *ius piniendi* en el cual se considera:

2.2.8.1 Derecho Penal Mínimo o Mínima Intervención Penal

Hablar de Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del *ius piniendi* podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas.

El Derecho Penal no es el único medio de control social. Entonces porque hacer un uso extensivo de este. Los bienes jurídicos tienen en el Derecho Penal un instrumento para su protección, pero no el único. Este derecho no interviene en las primeras fases del delito sino una vez que este se ha manifestado.

Dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones. El Estado dejaría de ser de derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, la inseguridad en vez de la seguridad y el Estado en vez de ser un Estado de derecho se convierte así, de esta manera en un Estado policía.

El Derecho Penal Mínimo, se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las clases subalternas son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición para unos de la

cárcel y para otros del sistema penal total, pero deberá transitar por un período en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo.

Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

Según el principio de subsidiariedad el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentarios del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

El principio de *intervención mínima*, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida

La definición de un Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la realidad los debates sobre los medios para limitar el poder de sancionar, con nuevos formulamientos. El Derecho Penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la

base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales.

En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria.)

Cuando se afirma que el Derecho Penal, tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que éste solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves.

Cuando se afirma que el Derecho Penal, es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena) solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación.

Se trata de identificar las causas del delito desde dos aspectos fundamentales: de una parte del conocimiento de los procesos de criminalización y por otra parte la identificación de los comportamientos socialmente negativos. Señalan la importancia y la necesidad de la interdisciplinariedad interna (propio de la sociología jurídico-penal) y de la interdisciplinariedad externa es decir, del tratamiento de lo penal desde otras disciplinas.

Evidentemente, la puesta en práctica, con seriedad, del principio de intervención mínima del Derecho Penal (en sus dos facetas), resulta en muchos casos extraordinariamente difícil. Sin embargo, el legislador debería tener presente:

Que el carácter fragmentario del Derecho Penal exige la puesta en práctica de un amplio proceso de despenalización de comportamientos considerados en la actualidad como delictivos (sobre todo en materia de delitos contra la propiedad, que es donde se deja sentir con más intensidad la falta de respeto al mencionado principio).

Que dicho carácter fragmentario, sin embargo, no puede ser utilizado como excusa para no acometer la penalización de otros hechos socialmente dañosos que en la actualidad escapan a la esfera penal y que, por su carácter lesivo para bienes jurídicos colectivos (con trascendencia individual) han de ser prevenidos por un Derecho Penal que asuma plenamente la función promocional que le corresponde en un Estado que se proclama social y democrático de derecho.

La intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. Como diría Antonio Pablos García a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena.

Los sistemas penales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad con la pena privativa de libertad. Ningún sistema sancionador garantiza su función protectora sobre la base de eliminar todas las infracciones normativas.

De ello se desprende que la intervención estatal ha de ser mínima y sometida a límites eficaces: una intervención selectiva, subsidiaria, porque el derecho penal significa *ultima ratio*, no la respuesta natural y primaria al delito. Buscando en la persona del infractor una real resocialización, y no una persona que masculla sus odios sobre un sistema que al sancionarlo lo estigmatiza.

Cuando el fenómeno de la resocialización se nos presenta en la práctica como inquietud ante las condiciones sociales de la delincuencia, la sociología enfoca más que

nada las causas de la misma como actitud desviada, pero en su análisis aflora el qué, el cómo y el de qué forma llegar a ella.

Las críticas a la resocialización del delincuente no solo se dirigen contra la resocialización como tal sino también contra el medio o sistema empleado para conseguirla: el tratamiento penitenciario. La privación de libertad no solo es un obstáculo para un tratamiento resocializador, sino que tiene además, efectos negativos contrarios a la resocialización.

Las bases para una reducción del ámbito penal podríamos tenerlas en cuanto al objeto de protección (en este caso nos estaríamos refiriendo a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal) y en cuanto a los sujetos del ilícito penal.

Descriminalizar no puede ser sino excluir una conducta del ámbito de la pena criminal, sin perjuicio de integrarla en otras esferas del derecho punitivo; mientras que despenalizar es erradicarla totalmente de éste.

La despenalización implica la renuncia, por parte del Estado, a toda potestad y, por consiguiente, a toda competencia sancionadora, sin embargo, la problemática del cambio de competencia puede subsistir si subsisten consecuencias jurídicas no penales de la conducta despenalizada.

Despenalizar y concepción del Derecho Penal como *extrema ratio* son perspectivas estrechamente unidas entre sí, contribuyendo a reducir el área del ilícito penal. En una óptica más reciente que trata de anclar a premisas de orden constitucional la calificación del Derecho Penal como *extrema ratio* de tutela, delimita el objeto de la intervención sancionadora penal a bienes o intereses de específica relevancia constitucional.

CAPITULO III

EL PROCESO PENAL DESDE Y HACIA LAS VÍCTIMAS

3.1. Modelos de Respuesta al Delito

La evaluación de los modelos de respuesta al delito desde una perspectiva criminológica-victimológica tienen como punto de partida el reconocimiento de dos postulados: En primer lugar, la comprensión del delito como un problema social-comunitario, la cual obliga a valorar los méritos de un sistema no solo en función de la erradicación del delito o el exterminio del infractor, sino de otros parámetros en busca de un control razonable del conflicto, con el menor costo posible; y en segundo lugar, la pluralidad de expectativas, individuales y sociales, antagónicas, que genera el delito. Estos postulados llevan al entendimiento del mismo como un conflicto, es decir, un proceso interactivo, una construcción social y una creación humana que aporta una oportunidad para superar lo negativo de la situación y conseguir formas de convivencia futura en paz. Las situaciones conflictivas, son depositarias de oportunidades positivas en la medida que la situación del conflicto sea el detonante de procesos de conciencia, participación e implicación que transformen una situación inicial negativa en otra con mayor carga positiva.

Esto obliga a dejar atrás la idea tradicional de asignar como finalidad propia del proceso penal la realización de la pretensión punitiva del Estado, para considerar preferencialmente la atención a las expectativas y necesidades de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad, para trabajar en el diseño de un modelo que permita, más que castigar, aportar respuestas creativas y humanas al fenómeno social delito, un modelo que, teniendo como principal preocupación el ser humano (víctimas y victimarios), esté en capacidad de generar, desde el conflicto mismo, nuevas formas de respuesta al fenómeno social delito, que permitan tratarlo, no para regresar y permanecer en él, sino para reconocerlo y a partir de allí visualizar el futuro.

En este orden, es conveniente repasar las formas de repuesta al delito, la cuales han dado lugar a tres modelos, cada uno de los cuales hace énfasis en diferentes finalidades asignadas al sistema penal y en concreto al proceso: el disuasorio, el resocializador y el integrador.

3.1.1.- El Modelo Disuasorio

Este modelo centra su atención en el justo y necesario castigo del delincuente, objetivo que genera un efecto disuasorio y preventivo. Como principales postulados de este modelo se mencionan, por una parte, que la cobertura de la norma es completa con una orientación directa a la intimidación; por la otra, que el andamiaje de administración de justicia se pretende bien dotado, implacable y eficaz en su funcionamiento para una aplicación rigurosa y pronta de las penas.

Este modelo, cuyo objetivo principal es la prevención de la criminalidad a través de la disuasión, relega a una posición secundaria otros aspectos, a que hemos hecho referencia en el presente trabajo, como la atención a las víctimas, la reparación de los daños ocasionados con el delito y su propia resocialización, así como la del mismo delincuente, los cuales ocupan una posición marginal en el sistema penal y más concretamente en el proceso.

Son múltiples las críticas que se le han formulado a este modelo y que A. GARCÍA-PABLOS²⁸ resume en las siguientes:

a. Se opera con una concepción simplista del mecanismo disuasorio y preventivo, desconociendo que el impacto psicológico de la pena no es de una magnitud uniforme, sino circunstancial, diferenciada y no susceptible de juicios ni pronósticos generalizadores.

b. Estos sistemas tienen el riesgo de pervertirse y caer en fórmulas de rigor desmedido, que confunden el efecto "disuasorio" y "preventivo" con el puramente "intimidatorio" de la pena.

²⁸ Cfr. Antonio, García-Pablos, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 270/271

c. Las investigaciones actuales han demostrado que la severidad del castigo es sólo una de las variables que intervienen en el mecanismo disuasorio, pero no la única ni la principal

d. La prevención tiene un importante contenido social y por tanto no puede circunscribirse simplemente a un mensaje intimidatorio y negativo. La prevención, que mira más al futuro, debe trascender los límites del derecho penal represivo, dirigir su atención a la modificación de factores críticos de delincuencia, no sólo en el ámbito jurídico, sino social y económico, sin olvidar a las víctimas, que con una atención integral se puede impedir que sufran nuevas victimaciones.

e. Este modelo tiene una visión simplista del hecho delictivo. El delito no es más que un enfrentamiento entre el Estado y el delincuente, que margina a las víctimas y reduce a la sociedad a una mera abstracción.

Recordemos como, sostuvo A. Beristain, que el proceso penal, como elemento esencial que es en los modelos de respuesta al delito, se debe concebir como un espacio que posibilite el encuentro creativo entre los verdaderos protagonistas del suceso delictivo, es decir, entre las víctimas, la sociedad, y el victimario-delincuente, y supere de esta manera la polarización generada por el modelo disuasorio clásico entre la persona del delincuente y la pretensión punitiva del Estado, que como hemos dicho margina a otros implicados en el delito.

En concreto, una respuesta represiva al fenómeno criminal adolece de serias limitaciones, es de una eficacia reducida, no responde uniformemente a las expectativas de la sociedad, además de ser costosa en la medida en que termina consumiendo un alto porcentaje de los presupuestos del Estado.

3.1.2.- El Modelo Resocializador

Este modelo se acerca más al ser humano y fija su atención, aunque no de forma exclusiva, en la reinserción social del infractor. Sus fundamentos teóricos se concretan en los siguientes:

a. Tiene una orientación esencialmente humanista, lo cual hace que el centro de gravedad pase de la prevención-disuasión al impacto positivo y bienhechor en la persona del delincuente. Así, el hombre, y no el sistema, es el objeto fundamental de reflexión, de tal forma que lo importante es orientar la sanción a un beneficio o utilidad, para el infractor.

b. Este sistema se caracteriza por su realismo, implica, un giro hacia lo concreto, lo real, lo histórico, lo empírico, en el momento de evaluar la efectividad del sistema y la calidad de intervención de éste en el problema criminal. Ello, desde pretensiones más utilitarias que dogmáticas, más realistas que doctrinarias:

c. Asume la naturaleza social del problema criminal. El principio de corresponsabilidad y solidaridad social, propio de un Estado social y democrático de derecho, opera como fundamento para la intervención positiva en el infractor, de tal manera que la sanción le resulte útil.

Conviene aclarar que este modelo no tiene pretensiones de obtener cambios milagrosos de los infractores, ni manipular su personalidad; se trata de un intento por ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal, lo cual ha de suponer la aceptación del infractor, que no ha de ser tratado como un simple objeto de la acción resocializadora del Estado, sino como un sujeto privado de su dignidad, con el cual se dialoga.

El paradigma de la resocialización ha generado diversas posturas entre la doctrina; quienes se manifiestan en su favor argumentan en su defensa que con él se ha generado una tendencia humanizadora de la función penal; es una teoría que mantiene mayor coherencia con el

intervencionismo del Estado social, y plantea una posición realista que reconoce en la sanción un instrumento necesario orientado a fines humanos y necesarios de interés para el infractor y en general para la sociedad.

Quienes se apartan de la tesis de la resocialización del delincuente como meta fundamental del sistema penal, argumentan, entre otras razones que, en lugar de limitar la intervención punitiva del Estado, la potencializa. Desde los fines de la pena, un análisis histórico y sociológico demuestra que aquella no se justifica por razones o móviles resocializadores, sino de control. Una función penal exclusiva o prioritariamente orientada a la resocialización del infractor comprometería las exigencias de la prevención general, pues la defensa del orden social obliga a reparar no sólo en los infractores necesitados de resocialización, sino también en los que no la necesitan, (delitos económicos), así como en los delincuentes potenciales. Absolutizar la meta resocializadora conduciría a un inseguro derecho penal de medidas e implica un desconocimiento de la realidad.

Por otra parte, al tener como centro de atención la protección de los intereses del victimario, y dejar de lado los de las víctimas y la sociedad, en la realidad no menos legítimos que los del infractor, como lo hemos planteado a lo largo del presente trabajo, carece de elementos, que le permitan armonizar con coherencia dos principios antagónicos: la naturaleza de la pena (la pena, en cuanto a retribución del hecho culpable, es un mal) y la incidencia positiva de ésta en el delincuente (la pena como bien que se prescribe en interés del infractor).

3.1.3.- El Modelo Integrador

Este modelo, en el marco del cual se puede ubicar la propuesta de este trabajo, pretende integrar al sistema de respuesta al delito la atención de otras necesidades sociales, entre las que se incluye la solución restaurativa del conflicto subyacente al delito, la reparación integral del daño causado a las víctimas y la pacificación de las relaciones sociales. Con este modelo se

busca la integración, con armonía y equilibrio, de las expectativas y las necesidades de todos los protagonistas del delito, víctimas, sociedad y victimarios, con una dimensión restaurativa.

Sobre este modelo afirma A. GARCÍA-PABLOS: *"El modelo integrador parece, sin duda, más ambicioso en cuanto a sus objetivos últimos. Por otra parte, exhibe una clara vocación de flexibilidad en el orden a los procedimientos que arbitra para alcanzarlos, al propugnar vías alternativas al sistema legal y soluciones informales, desestitucionalizadas, comunitarias. Late, pues, la convicción de que el crimen es un conflicto interpersonal y que su solución efectiva, pacificadora, debe encontrarse por los propios implicados en el mismo, desde dentro, en lugar de imponerse por el sistema legal con criterios formalistas y elevado coste social"*²⁹

En efecto, un modelo integrador de respuesta al delito exige el diseño de sanciones que superen la sola respuesta carcelaria (reparación, trabajo comunitario a favor de las víctimas, etc.), y de mecanismos procesales y extraprocesales o alternativos al proceso formal que ofrezcan la posibilidad de atender integralmente a las expectativas y necesidades de las víctimas, la compensación de los daños sufridos y la reconciliación en busca de una convivencia digna y pacífica.

En este marco de referencia se ubican las ideas que hemos planteado acerca de la humanización del proceso penal en busca de la reformulación del modelo tradicional desde la victimología. Se trata, en esencia, de llegar a las ideas fundamentales para alcanzar una construcción del proceso penal, que tenga como punto de partida una opción preferencial por las víctimas, con la cual se intente superar, la violencia muchas veces generada por el sistema tradicional. Como lo sostiene A. BERISTAIN, para convivir dignamente, para vivir felices y hacer felices a los demás, no basta la sanción justa al delincuente, ni basta la compensación generosa a las víctimas; tenemos que dar un paso más allá de la justicia y ascender hasta la cumbre de la reconciliación. Con este objetivo elabora un modelo, al que llama de Justicia Penal Re-

²⁹ Antonio, García-Pablos, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Ob. cit. p. 318

Creativa, el cual tendremos como referencia para el planteamiento de una nueva estructura para el proceso penal.

3.1.4.- Un Modelo Alternativo: La Justicia Penal Re-creativa

Con esta nueva cosmovisión de la justicia penal pretende A. BERISTAIN contribuir a mermar el talante vindicativo, expiacionista y estático de la tradicional justicia penal. Igualmente, se busca que se mire menos al pasado, a la retribución y a la restauración conservadora, para dirigir la atención más al futuro dinámico y re creador.³⁰

En este orden de ideas, antes de plantear los rasgos fundamentales del modelo re-creativo, A. beristain hace una advertencia: "La mayor parte de nuestras consideraciones no se dirigen (o se dirigen sólo en parte) a los delitos y delincuentes graves. Da pie a notables errores el olvidar que más del 90 % de quienes malviven en nuestras cárceles son "pobres diablos, en terminología de López Rey, delincuentes de "bagatela Víctimas de nuestras estructuras sociales injustas más que criminales".

Así pues, como preámbulo para abordar los principales aspectos del nuevo modelo, plantea cómo la criminología avanza por dos autopistas con diversos carriles dentro de ellas: La justicia penal retributiva, que comienza su iter en la culpabilidad y tiene como meta la pena, en cuanto sufrimiento estigmatizante contra el delincuente; y la justicia penal restaurativa, la que dirige sus pasos principalmente hacia el análisis de los daños que la criminalidad causa en el sujeto pasivo de los delitos (la víctima) para otorgarle su justa reparación.

Teniendo en cuenta que el modelo de justicia penal re-creativa mantiene elementos y suprime otros de los modelos mencionados, A. BERISTAIN, bosqueja las líneas que, según sus palabras, inteligentemente desarrolladas, pueden contribuir a una convivencia más justa, más pacífica y más solidaria.

³⁰ Cfr. Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 203

Como comenté en el XI Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest el año 1993 (del 22 al 27 de agosto), los rasgos fundamentales del Derecho Penal tradicional fomentan la sanción vindicativa y el continuo enfrentamiento de la autoridad contra el delincuente. Urge superar ese paradigma e innovar otro, creativo e integrador, que fomente el diálogo, la conciliación e incluso la reconciliación.

Los dos paradigmas – el vindicativo (V) y el recreativo (R) -pueden resumirse en el esquema siguiente:

PARADIGMA VINDICATIVO		PARADIGMA RECREATIVO
El delito <i>es</i> la infracción de la norma penal del Estado	1	El delito es el comportamiento (del delincuente y también de sus circunstancias) que causa daño a personas concretas y/o a la sociedad
La justicia vindicativa se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo.	2	La justicia recreativa se centra, más que en la reacción de la pena (<i>malum passionis propter malum actionis</i>), en la comprensión (comprender todo es perdonar todo) y en la creación de un nuevo orden, de una nueva relación entre el (los) victimario(s) y las víctimas.

<p>Se reconoce una relación de contrarios, de adversarios, que vencen y someten al enemigo, en un proceso normativo, legal.</p>	<p>3</p>	<p>Se otorga a las víctimas el protagonismo en el <i>iter</i> procesal del encuentro dialogal para planificar, proyectar (determinación de la sanción, <i>sentencing</i>) una reconstrucción (recreación) social de la realidad perturbada por el delito.</p>
<p>El castigo es la consecuencia (natural) dolorosa que también conlleva (<i>castigando se defenderé</i>) o pretende la prevención general y la especial</p>	<p>4</p>	<p>La sanción no es una consecuencia ontológica natural. Es una construcción social, una creación no de la nada sino desde la "cosa dañada", desde la herida se crea una cicatriz de valor positivo, mirando al futuro.</p>
<p>La Administración de justicia se define como un proceso "debido", según las normas legales.</p>	<p>5</p>	<p>La Administración de justicia brota -se crea- como resultado de los deberes cumplidos.</p>
<p>El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado. Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva.</p>	<p>6</p>	<p>El delito es la cabeza del iceberg de una situación injusta, a la que el delincuente añade el último tramo (paso al acto, de los especialistas franceses), por su acto "libre".</p>
<p>El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con (reclama) otro daño al delincuente.</p>	<p>7</p>	<p>Se considera como tema principal la creación, la recreación del orden social futuro, desde el daño pretérito (no desde la nada; no "contra" el delincuente).</p>

<p>Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se la ubica abstractamente en el Estado.</p>	<p>8</p>	<p>La comunidad (que incluye también al delincuente) como catalizador de un proceso recreativo desde (motivado e incluso favorecido por) el delito pretérito.</p>
<p>Se promueve, se fomenta, el talante competitivo, los valores individuales.</p>	<p>9</p>	<p>Se mira al delincuente, al "adversario", como el complementario</p>
<p>La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. Se ignora a la víctima, y el delincuente. Se ignora a la víctima, y el delincuente permanece pasivo.</p>	<p>10</p>	<p>Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima, pero también sus deberes, y sus posibles responsabilidades e incluso sus posibles coculpabilidades. Se procura que el delincuente se haga cargo de sus responsabilidades, pero también se reconocen sus derechos, algunos quizás <i>versas</i>, mejor dicho en relación con, la víctima.</p>
<p>El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena.</p>	<p>11</p>	<p>El deber del delincuente, pero también de la víctima y de la sociedad es reconocer el daño causado por su acción (de todos y de cada uno) y comprometerse a recrear la convivencia futura, entre los tres coautores (unos más que otros, pero todos coautores y correcreadores).</p>

<p>El delincuente no tiene responsabilidad ni arte ni parte) en la solución del problema (del delito).</p>	<p>12</p>	<p>El delincuente tiene responsabilidad en la solución, pero también la víctima y la sociedad. Más que de solucionar un problema (delito) pasado, se trata de crear o recrear una convivencia futura.</p>
<p>Se denuncia al delincuente.</p>	<p>13</p>	<p>Se observa, se constata el acto (no se juzga nada) sus consecuencias y el autor (triple: delincuente, víctima y sociedad). Como no se juzga, tampoco se denuncia, pues esta palabra conlleva un prejuicio peyorativo.</p>
<p>El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.</p>	<p>14</p>	<p>El delito se explica y comprende (comprensión a -la luz de las modernas ciencias del conocimiento) integrado en el ritmo del crecimiento., de la historia recreadora, que implica superar (¿y romper?) el sistema moral, social, económico y político anterior.</p>
<p>El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto.</p>	<p>15</p>	<p>Todos los hombres y todas las mujeres somos corresponsables (más o menos) de cada delito; y también somos, por y en eso mismo, cocreadores del futuro.</p>
<p>El castigo considera la acción pretérita del delincuente.</p>	<p>16</p>	<p>La respuesta mira, busca (desde el delito y sus circunstancias situacionales) recrear la convivencia futura desde esa situación.</p>

El estigma del delito es imborrable.	17	El estigma del delito es temporal, como todo lo humano. Desaparece con el tiempo. La recreación futura, positiva, ocupa su hueco, su lugar.
No se fomenta el arrepentimiento y el perdón	18	Se procura, antes y más que la sanción, el arrepentimiento y el perdón, e incluso la reconciliación que supera los límites de lo jurídico.
La justicia penal está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales.	19	La justicia (incluso la penal) emana del pueblo. Ella necesita la colaboración también de especialistas en Criminología y en las ciencias Ínter y pluridisciplinarias.

Dicho brevemente, este innovador sistema recreativo proclama que dentro de la dogmática penal se debe a las víctimas por estricta justicia, y no sólo por caridad una completa atención recreadora, una reconciliación entre la víctima y el victimario. Mi opinión de que el Derecho penal debe pretender no sólo la reparación completa de los daños y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, sino también (aunque sea difícil y, a veces, imposible) la conciliación y la reconciliación de las víctimas con los delincuentes.

En el marco delimitado por estos rasgos, el proceso penal adquiere una importancia especial como control dinamizador de las fases sucesivas de un fenómeno, es decir, del delito que todavía no ha alcanzado su meta, su solución, su resultado creativo. Recordemos cómo el proceso se debe entender como un encuentro afectante y conflictivo, pues influye en el curso de la existencia de sus protagonistas, afecta sus intereses vitales y llega a perdurar por mucho tiempo, quizá toda la vida, como una experiencia, en muchas ocasiones, desagradable.

En este sentido, el proceso penal adquiere una dimensión personal que supera lo físico, la cual cobra realidad con el conocimiento del otro, no como objeto, ni como persona cognoscible, sino como persona amada, es decir, por amor constante o de entrega, punto en el cual aparece la proximidad, porque, cuando el otro me es objeto, la principal forma dilectiva de mi relación con él, es el amor de contemplación o distante. Cuando el otro es para mí, persona, mi primaria vinculación con él es el amor de coejecución o instante. Cuando para el otro yo soy prójimo, el vínculo que con él me une es el amor constante, no en el sentido permanente y perdurable, sino en el sentido etimológico o primario de la palabra: constar, con-stare, que significa ser cierta y manifiesta una cosa. Para que el amor entre dos personas sea constante, debe estar basado en un mutuo creerse.

De esta manera, ya lo hemos planteado, el proceso penal se concibe como un espacio de encuentro triangular de los coautores del delito, pero en un nuevo orden de prelación: las víctimas para desarrollar su rol central; la sociedad, con y por sus representantes; y el victimario-delincuente, responsable principal del comportamiento inicial del delito. Esta forma de observación del proceso penal genera unas características particulares en las cuales es preciso detenernos brevemente.

3.2.- Características del Nuevo Modelo Procesal

Frente a la deshumanización, el proceso penal requiere un cambio ideológico orientado desde la victimología que debe concretarse en una nueva estructura, comprensiva del hombre (víctimas y victimarios), la cual sólo será posible mediante la implementación, por una parte, de instrumentos que otorguen espacios a las víctimas, que permitan el uso, dentro y fuera del proceso, de métodos de justicia restaurativa, especialmente la mediación; y por la otra, a través de la atribución de nuevos roles a los protagonistas del drama criminal y la intervención de profesionales interdisciplinarios, tales como criminólogos, victimólogos, psicólogos, médicos, trabajadores sociales, etc., se pueda superar su condición de adversarios para convertirse en complementarios, que como

indica A. BERISTAIN, han de recrear el orden destrozado por el delito de ayer, han de construir el orden jurídico-social de mañana.

Como queda planteado, con el presente trabajo pretendemos formular las ideas básicas que puedan fundamentar el diseño de una nueva estructura para el proceso penal, que fije su atención en la dimensión social y humana del conflicto que subyace al delito, sin que por ello merme su gravedad, en el que la solución pueda encontrarse por sus propios protagonistas, desde el conflicto mismo, y permita orientar el proceso como un instrumento transformador en busca de la reconciliación y la paz.

Para obtener los objetivos mencionados el proceso penal debe obedecer a tres características: comunicativo, resolutivo y re-creador.

3.2.1. El Proceso Penal Comunicativo

Comunicativo, porque es necesario el diseño de espacios procesales en los cuales se propicie un diálogo constructivo que facilite el acercamiento, con la ayuda de profesionales de diversas disciplinas, hacia la reconciliación. Se trata de una estrategia, surgida desde el proceso mismo, para el establecimiento de la verdad, hacer justicia y, a través del perdón, crear las condiciones necesarias para la reconciliación, de tal manera que sea posible garantizar una futura convivencia en paz.

De acuerdo con lo dicho, este diálogo se debe promover, en primer lugar, entre las víctimas y el victimario-delincuente, el cual permitirá a aquellas expresar sus emociones frente al suceso criminal, los sentimientos de temor que se hayan generado, reconocer su participación y obtener una explicación; para el victimario-delincuente puede ser una oportunidad para aceptar su propia responsabilidad, hacer una revisión de su vida pasada y contribuir a la obtención de la reparación integral del daño ocasionado con el delito.

La característica de comunicativo que debe tener el proceso penal implica, como en diferentes ocasiones lo hemos dicho, la creación de instrumentos que, por una parte, permitan a

las víctimas intervenir legítimamente en el proceso al expresar sus sentimientos y necesidades sin necesidad de asumir el carácter de actor civil; y por la otra, que allanen el camino para que el victimario-delincuente repare el daño causado.

En segundo lugar, el diálogo debe fomentarse entre las víctimas y la sociedad, con el objetivo de reconocer los derechos a las víctimas y que éstas puedan exigir un trato respetuoso y digno. Para lograr este propósito no se puede perder de vista que quien sufre como consecuencia de un delito debe ser considerado como un sujeto privado de una dignidad que le pertenece, su rostro despierta un sentimiento de compasión, pero con exigencias de dignidad exige la solidaridad de todos, de la sociedad.

El diálogo permite constituir una relación de cada uno de nosotros, como parte que somos de la sociedad, con los que sufren, con los vencidos, relación en la que nos encontramos privados de nuestra propia dignidad, la que sólo podremos recuperar en la medida en que nos aproximemos (sociedad) a las víctimas, y las reconozcamos como nuestro prójimo.

Finalmente, el diálogo debe propiciarse entre el victimario-delincuente y la sociedad, en el cual el victimario, como sujeto de derechos, pueda realizar una revisión autocrítica de conductas pasadas con miras al arrepentimiento e iniciar el camino de la resocialización. En tanto que a la sociedad se le otorga un espacio para el reconocimiento de su responsabilidad en las causas (marginación, desempleo, pobreza, falta de oportunidades) que generaron el comportamiento delictual. De esta forma se aportan elementos fundamentales para la elaboración de políticas socio-jurídicas orientadas a la prevención de la criminalidad mediante la identificación de factores criminógenos y el diseño de estrategias vinculadas tanto con la delincuencia como con la victimación.

Prevenir, actuando tempranamente sobre los factores de riesgo desencadenantes del delito, supone la no repetición del hecho victimizante; hacerlo eficaz y responsablemente representa enormes beneficios sociales y económicos, una mejor calidad de vida para todos (víctimas, victimarios y sociedad).

3.2.2.- El Proceso Penal Resolutivo

El nuevo modelo procesal, en segundo lugar, debe ser resolutivo. Esto quiere decir que la actuación penal debe producir una efectiva mejora para las víctimas como para el infractor. El proceso se debe constituir como un instrumento efectivo para obtener una verdadera solución al conflicto que subyace al delito, de tal manera que la respuesta obtenida a través del proceso supere la idea de castigo al victimario. Mediante la asignación de nuevos roles para las víctimas, la sociedad y el infractor, se busca dejar atrás ese algo pesimista que supone todo encuentro interhumano para que las víctimas y los victimarios, se conviertan en complementarios.

Que el proceso penal sea resolutivo deslegitima la cárcel como única respuesta al delito, pone de presente que ésta, no es una solución ni para las víctimas, ni para la sociedad, ni para el infractor. Así lo sostiene J. JIMÉNEZ GARCÍA: *"No es solución para la víctima en la medida en que permanezca en el más absoluto de los desamparos, no es solución para el infractor porque sólo va a consolidar su actividad delictiva y no solución para la sociedad que contempla el continuado costo de los servicios carcelarios, siempre inspirados en políticas represivas y de desencuentro con los internos, que sólo propician una radicalización de posiciones y una espiral de la violencia, y que, además, ahonda en el divorcio entre el discurso penológico, plagado de buenas intenciones, y la práctica penológica, cada vez más marginadora y retroalimentada por el discurso de la seguridad y el orden"*³¹

La pluralidad de respuestas a la delincuencia exige la creación de espacios procesales que garanticen una respuesta satisfactoria para quienes intervienen en el suceso criminal, lo cual lleva a repensar los modelos tradicionales del proceso penal para afirmar que el conflicto subyacente al delito debe volver a manos de sus verdaderos protagonistas. En este contexto, proclamar que el Estado mantiene la exclusividad en la individualización y aplicación de la sanción constituye una

³¹ Joaquín, Jiménez García, *Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, No. 8, 1995, p. 122

aseveración matizada por la facultad de las partes para establecer límites a la actividad de los jueces y tribunales, mediante la determinación de los hechos y las pretensiones en el proceso.

Las partes deben reencontrarse en un diálogo propiciado, bien en el proceso o por fuera de este marco, como escribe E. NEUMAN, estimulando, dando la oportunidad para que puedan convenir de modo consensual antes de mover la maquinaria judicial o ya dentro de ella.³² Por ello la introducción de instrumentos que allanen los caminos hacia el encuentro creativo para la resolución del mismo, bien sea desde el proceso mismo a través de la introducción del principio de oportunidad, o por fuera de él, mediante los llamados métodos alternativos, especialmente la mediación, aparece como una imperiosa necesidad para garantizar una verdadera solución al conflicto.

3.2.3.- El Proceso Penal Re-creador

Por último, el proceso debe ser re-creador, es decir, un proceso al que se otorgue un mayor contenido humano, mediante un protagonismo controlado a las víctimas, y se abran caminos a la reconciliación. El proceso surge como la continuación del encuentro producido con el delito, es su fase siguiente, como plantea A. Beristain. Así como en el delito se encuentran tres agentes (víctimas, sociedad y victimarios), en el proceso siguen encontrándose los mismos, pero en un nuevo orden de prelación:

1. Las víctimas, no como en los actuales modelos procesales, sino para desarrollar su rol central, en nada secundario, muy diverso que el del "convidado de piedra". Se dan casos (pues las personas no son tan egoístas como algunos creen) en que las víctimas, impresionadas por las sinceras expresiones de arrepentimiento reparador del victimario, desean contribuir eficazmente a su repersonalización y llegan hasta renunciar a algunas de sus debidas compensaciones e incluso se brindan a darle trabajo al delincuente.

³² Elías, Neuman, *Mediación y conciliación penal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 244

2. La sociedad, con y por sus representantes: las comunidades urbanas, los jueces, etc., pero estos últimos con una misión nueva, no para medir y pesar en la balanza para castigar y restaurar, sino con criterios constructivos, para recibir, conocer, aprehender el hecho delictivo, y transformarlo en derecho, en justicia..

3. El infractor (imputado, acusado), como responsable principal del comportamiento inicial, del delito, la omisión de la acción debida, y como colaborador de las construcciones secuenciales, de las respuestas asistenciales a las víctimas, en cuanto sujetos, no como a objetos que se restauran.

Con este nuevo orden se busca trascender el conflicto, lo cual supone construir nuevas relaciones entre las víctimas y los victimarios, pues si lo negativo ha estado presente en la base del conflicto, las nuevas relaciones estarán en la base de la solución. Se trata de regresar al pasado para reconocerlo y de allí mirar más al futuro dinámico y recreador en busca de nuevas formas de convivencia pacífica. Para lograr este objetivo, afirma A. Beristain,³³ es preciso recorrer tres etapas:

En primer lugar, todos hemos de reconciliarnos con nosotros mismos. Aceptar nuestras deficiencias, nuestra menesterosidad, nuestras limitaciones y responsabilidades. "Sabido que no basta cumplir las leyes, que hemos de exigirnos más que lo justo, hemos de ascender hasta el perdón y la reconciliación.

En segundo lugar, todos, incluidas las víctimas, debemos reconciliarnos con los victimarios-delincuentes, aun en los delitos más graves, sin olvidar que la justicia es un paso previo para la reconciliación. Reconcilia eficazmente quien dialoga desde su herida ya perdonada. Para reconciliar ayuda haber sufrido, física y/o psicológicamente, ayuda ponerse en el lugar del delincuente, cayendo en la cuenta de su dignidad, y sufriendo con él, sintonizando con él entrañablemente.

³³ Antonio, Beristain Ipiña, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito*, Ob. cit. p. 214/215

En tercer lugar, los victimarios-delincuentes han de reconciliarse con la sociedad, para lo cual es necesario que reconozcan haber cometido un delito y estar arrepentidos. En cierto sentido, han de admitir la sanción. La sanción dista mucho de la venganza, pero implica, exige, reparar el mal causado.

De acuerdo con lo planteado, la fórmula fundamental del nuevo modelo procesal está en el encuentro interhumano, afectante y conflictivo, comunicativo, resolutorio y re-creador, entre las víctimas, la sociedad y los victimarios. Por ello el proceso penal debe constituirse como un espacio que ofrezca los mecanismos para la superación del conflicto desde el conflicto mismo, para transformar las vivencias y subjetividades de sus protagonistas, especialmente el odio y el rencor, no para ignorarlas u olvidarlas, sino para superarlas mediante la verdad, la justicia y el perdón, y dar visibilidad al dolor y una oportunidad a la reconciliación.

3.3.- La Estructura del Proceso

Establecidas las características que debe cumplir el proceso penal en el marco de un modelo de justicia re-creativa, corresponde ocuparnos de su estructura. Para garantizar la participación activa de las víctimas en el proceso, éste debe limitarse a la etapa del juicio y dividirse en dos fases: la primera, dedicada, a que el Tribunal Penal o Juez, previa la presentación de una acusación por parte del fiscal, decida si el autor de la conducta que se considera como delito es o no culpable; la segunda, para que el Tribunal Penal o el Juez determine cuál es la respuesta concreta (reparadora) que debe imponer al autor del delito.

Como paso previo al desarrollo de cada una de las fases mencionadas, es preciso detenernos brevemente en el tema de la instrucción y del por qué es una actividad que no debe ser incluida como una fase propia del proceso penal. advertimos cómo, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, la instrucción tiene naturaleza administrativa, por ello, no hace parte de lo que formalmente se denomina proceso, y por tanto el funcionario encargado de la actividad persecutoria del delito debe estar separado del ejercicio de funciones judiciales; dos

aspectos que de no tener un adecuado tratamiento pueden constituir un verdadero obstáculo para la reformulación del proceso desde las víctimas.

En efecto, en un Estado democrático de derecho, la función de persecución del delito (actividad investigadora y ejercicio de la acción penal) debe estar estrictamente separada de la función de juzgamiento. La persecución del delito se atribuye a un órgano que la ejerce en representación de la sociedad (Ministerio Público), sin que ello impida que en casos determinados se otorguen a los particulares funciones de acusación, orientadas fundamentalmente a perfeccionar la noticia del delito, determinar si existen presunciones de su realización, descubrir a los culpables y garantizar integralmente los derechos de las víctimas, (etapa instrucción fiscal) con lo que queda el órgano judicial (juez penal) limitado a ejercer un papel garantista en el sentido de adoptar las medidas preventivas de restricción de los derechos fundamentales que, por solicitud del órgano perseguidor del delito, se consideren necesarias para garantizar los fines propios del procedimiento, o, como ocurre en algunos sistemas, como el alemán, efectuar un control de procedibilidad sobre la acusación.

Durante la investigación, tanto a las víctimas como al infractor se les debe garantizar su intervención plena y activa en defensa de sus intereses, mientras un juez actúa como un árbitro entre las partes (víctimas, sociedad y victimario) y garante de los derechos en la medida en que es a él a quien debe acudir el fiscal para solicitar las medidas preventivas que considere necesarias; los actos realizados por el fiscal son de mera instrucción y no constituyen actos judiciales de prueba, sino de aportación, de fuentes de prueba para el proceso en la etapa del juicio.

Una vez que se complete la investigación, el fiscal debe valorar los resultados, si hay lugar formular acusación y remitir el escrito de acusación fiscal al juez para que, previa la celebración de una audiencia preliminar con las partes, decida sobre la procedencia de la acusación. Con la

elevación de la acusación se concreta la pretensión (objeto del proceso) y se inicia formalmente el proceso penal que se debe dividir en dos fases.

3.3.1.- La Dinámica del Proceso en Conviction y Sentencing

La división del proceso penal en dos fases, denominadas por A. BERISTAIN *Conviction y Sentencing*, facilita la creación de espacios en los cuales las víctimas puedan intervenir activamente³⁶. Tanto en una como en otra es necesario que el Tribunal o juez, para cumplir con dignidad su tarea y garantizar la efectividad de los postulados básicos del Estado social y democrático de derecho, escuche a las víctimas y les conceda el protagonismo del que tradicionalmente han estado marginadas. En desarrollo de este esquema, el funcionario judicial se cuestiona, con una nueva perspectiva, qué responder a las víctimas y qué responder al delincuente, también en cuanto víctima, respuestas que deben formularse con la intervención, además de los jueces, de profesionales de diversas formaciones (trabajadores sociales, criminólogos, victimólogos, psicólogos, médicos, etc.), quienes tienen mucho que aportar para la solución integral del conflicto que subyace al delito.

En la *Conviction*, primera fase del proceso penal, el Tribunal o juez discutirá y decidirá si el acusado es autor o culpable del hecho tipificado como delito. En el desarrollo de esta fase la participación de las víctimas es fundamental en orden a lograr una verdadera y eficaz solución al conflicto que subyace al delito. Ya hemos dicho cómo en el modelo de justicia recreativa, el proceso adquiere una mayor significación que en los modelos tradicionales como punto de encuentro comunicativo entre los protagonistas del suceso criminal; sin la presencia de las víctimas no es posible comprender y mucho menos solucionar el conflicto que se genera con el delito.

En este orden de ideas, es preciso superar, como sostiene A. BERISTAIN, el dogma tradicional del *In dubio pro reo* y sustituirlo (no siempre, pero sí con frecuencia) por el de *In dubio pro victima*. Este planteamiento no supone el desconocimiento de los derechos

fundamentales del acusado durante el proceso; por el contrario, sin desconocer las garantías a que tiene derecho el autor del delito, el Tribunal o el juez debe tomar una opción preferencial por las víctimas, otorgarles un protagonismo controlado y asumir que con el delito se atenta contra personas concretas y sólo en segundo lugar contra la sociedad.³⁴

En efecto, durante esta primera fase, el Tribunal o el juez debe cuidar que las víctimas puedan ejercer plenamente su derecho de acceso al proceso, no exclusivamente en demanda de una indemnización de perjuicios, sino de una reparación integral. Las víctimas deben ser tratadas como sujetos de derechos y no como meros instrumentos de presentación de una denuncia; por ello, el funcionario judicial debe informar, de la manera más sencilla posible, tanto de los procedimientos a seguir en su caso, como de las posibilidades que tienen de intervención, así como de las medidas preventivas que puede solicitar para su protección y aseguramiento de sus pretensiones, a fin de entregarle herramientas concretas para el ejercicio pleno de sus derechos.

En este empeño surge con particular importancia el papel que los legisladores puedan desempeñar en la elaboración de normas que permitan la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas, en la inclusión en el proceso penal de mecanismos como el principio de oportunidad que supere el esquema procesal tradicional determinado por la necesidad de elevar la acusación siempre y a toda costa, sin que exista la posibilidad de llegar a una solución del conflicto, a través de la mediación o de la conciliación, sin que se tenga forzosamente que esperar hasta la sentencia.

La *sentencing*, segunda fase del proceso penal, constituye la oportunidad en la que el Tribunal o juez determina cuál es la respuesta concreta que, desde una perspectiva reparadora, debe formular e imponer al autor del delito. Hemos planteado como el funcionario judicial debe tomar una opción preferencial por las víctimas y garantizar su intervención activa durante la totalidad de la actuación; pues bien, en esta fase, no menos que en la anterior, la

³⁴ Antonio, Beristain Ipiña, *Nuevo Proceso Penal desde las víctimas, en administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Ob. cit. p. 17

presencia de las víctimas del delito debe ser activa y actuante para lograr los objetivos a los que se orienta el proceso. Durante la *sentencing* se busca una aproximación de los magistrados y jueces, con la intervención de profesionales de diversas disciplinas, criminólogos, victimólogos, sicólogos, médicos, etc., a las víctimas y a los victimarios, con el objetivo de informarse sobre sus condiciones, averiguar por su personalidad y circunstancias, dialogar con ellos, conocerles y comprenderles. Sólo así es posible que el sistema aporte respuestas reales y humanas al delito, pues esta fase es un espacio de la mayor importancia para obtener una solución efectiva al conflicto y, a través de mecanismos restaurativos, llegar a la reconciliación. Como sostiene A. BERISTAIN: *durante la sentencing pueden cultivarse semillas de reconciliación mucho mejor que durante el proceso desconocedor de esta fase autónoma.*³⁵

En efecto, en el derecho comparado existen no pocos ejemplos de la introducción de la Justicia Restaurativa en el sistema penal; su inclusión permite la construcción de espacios mediante los cuales se pueda llegar a una solución efectiva y re-creativa del conflicto que subyace al delito.

3.3.2. La Resolución del Conflicto, y el Proceso Penal.

En las páginas precedentes hemos sostenido que el proceso penal debe asumir una nueva estructura, la de un encuentro triangular entre víctimas, victimarios y la sociedad, en el cual, como repetidamente lo hemos planteado, se supere ese algo pesimista (negativo) de todo encuentro interhumano y de ser adversarios se conviertan en complementarios. Habrá, como escribe E. NEUMAN, que hacer girar los molinos y romper la dependencia placentaria hacia la acción pública. Se trata de un cambio ideológico y, por ende, de la mentalidad jurídica y social.³⁶

En este contexto, proclamar que el Estado mantiene la exclusividad en la individualización y aplicación de la sanción debe ser una aseveración matizada por la facultad de las partes para establecer límites a la actividad de los jueces y tribunales, mediante la

³⁵ Antonio, Beristain Ipiña, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Ob. cit. p. 226

³⁶ Cfr. Elías, Neuman, *Mediación y conciliación penal*, Ob. cit., p. 51

determinación de los hechos y las pretensiones en el proceso, e incluso para solucionar ellas mismas el conflicto subyacente al delito. Por ello, un paso fundamental a dar es promover la devolución del conflicto, del cual el Estado se apropió, a sus verdaderos protagonistas. En este empeño emerge con particular importancia la reflexión acerca del diseño de instrumentos que allanen los caminos hacia el encuentro creativo para la resolución del mismo, bien sea desde el proceso mismo a través de la introducción del Principio de Oportunidad, o por fuera de él, mediante los llamados métodos alternativos, especialmente la mediación.

Actualmente el proceso penal está siendo fuertemente criticado por los partidarios de las ciencias victimológicas. Se propugna que el proceso penal de hoy vaya adquiriendo ciertos rasgos nuevos e innovadores, de acuerdo con las coordenadas victimológicas. Estas introducen cuñas radicales que convierten, o desean convertir, el proceso en un diálogo y una negociación normativa (pero con apertura a la casuística), en unas buenas relaciones que no buscan combatir, ni vencer, ni causar daños, sino restaurar las relaciones del bien jurídico-social; no es una confrontación del Estado frente al delincuente sino un encuentro del victimario con sus víctimas(y solo en tercer y último lugar con a sociedad o la autoridad estatal); pretende responsabilizar, no castigar, al delincuente; se denuncian los daños causados, en el contexto moral, social, económico, de las víctimas y del victimario; se deja la puerta abierta a un perdón controlado.

Mirando al futuro, deseamos que el proceso penal pierda definitivamente su carácter vindicativo contra el delincuente y adquiera un talante de justicia igualitaria, diagonal, cercana del victimario con sus víctimas directas e indirectas, tendiente a reparar a éstas y a repersonalizar a aquel, bajo el control o con la ayuda de una persona y/ o institución mediadora, próxima a las dos partes. Mediante el proceso penal se intenta que el victimario repare a las personas concretas perjudicadas por su comportamiento lesivo. Dentro de las transformaciones procedimentales a lo largo de la historia, el factor

victimológico en germen o desarrollado ha sido especialmente dinámico e influyente en el proceso penal.

La participación de las víctimas durante el proceso penal se puede resumir gráficamente en el esquema siguiente:

	Participación de la víctima durante el proceso penal
Delito	Acuerdo informal entre las partes
Denuncia	Información de la víctima sobre los pasos del proceso y el derecho de personarse como parte. Ofrecimiento de ayuda para resolver los problemas que ha causado el delito. Contacto con la policía para preguntas
Detención	Medidas provisionales de protección a la víctima
Diligencias previas o sumariales	Mediación/conciliación/restitución Abogado de oficio para la víctima Coordinación de las declaraciones y pruebas aportadas por la víctima, para evitar compareencias innecesarias. Declaración sobre los daños sufridos y las sugerencias de la víctima sobre la condena Ayuda económica estatal a la víctima
Juicio penal	Juicio de conformidad, en caso de haber llegado a un pacto de acuerdo con el acusado Notificación de la sentencia a la víctima
Cumplimiento de condena (prisión)	Condiciones impuestas por el Juez: Indemnización a la víctima, servicio comunitario

Régimen abierto	Condiciones impuestas para conseguir permisos de fin de semana, tareas de trabajo, etc.
Libertad condicional	Condiciones impuestas para conseguir la libertad condicional.

3.3.3.-Principio de Oportunidad como Instrumento hacia la Humanización del Proceso

Como hemos dicho, en un esquema procesal acusatorio oral adversarial, diseñado a partir 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, bien 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.

Esta relativa vinculación del tribunal a los hechos y pretensiones de las partes es un componente fundamental del principio acusatorio. Como consecuencia de ella surgen los principios de legalidad/necesidad y oportunidad, a través de los cuales se puede establecer el grado de disponibilidad que sobre el objeto del proceso pueden tener las partes y, por ende, los espacios, amplios o reducidos, para la solución consensuada del conflicto.

a.- Concepto

El Principio de Oportunidad "busca establecer los criterios bajo los cuales se pueda prescindir del ejercicio de la acción penal, frente a situaciones en las cuales normalmente debería presentarse acusación. Éste, como hemos dicho, opera como un límite al Principio de Legalidad/Necesidad que conlleva el deber del órgano encargado de la persecución del delito de promover la acción penal cuando concurren los presupuestos materiales que la determinan.

La introducción del Principio de Oportunidad otorga a las partes una mayor autonomía en la incoación, continuación y terminación del proceso; supone un proceso selectivo que obedece a criterios de política criminal que deben operar conjuntamente con el establecimiento de mecanismos de control que permitan exigir responsabilidad a quienes tienen la misión de aplicarlo.

Conviene aclarar que con la implantación del Principio de Oportunidad en el ámbito penal no se busca otorgar "carta blanca" al organismo encargado de la persecución penal (parte acusadora) para negociar como quiera la acusación; por el 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.

La doctrina comparada, al ocuparse del tema ha determinado diferentes objetivos a los que obedece el establecimiento del Principio de Oportunidad en el sistema penal; entre ellos se mencionan la posibilidad de descriminalizar a través del proceso en la medida en que se considere que la persecución penal, el proceso y la pena pueden considerarse como innecesarios frente a algunas conductas que, si bien están tipificadas como delitos, la propia comunidad las acepta como legales, lo cual haría inoficioso el trámite del proceso que de antemano se sabe que terminará con una absolución; igualmente, se mencionan razones de eficacia del sistema de administración de justicia, en el sentido de buscar con su implantación una descongestión del aparato estatal, de hechos que se consideran de menor gravedad y que pueden tener una solución adecuada por cauces diferentes, con la posibilidad de orientar los esfuerzos de la administración de justicia a la atención de casos de mayor relevancia para la comunidad y los ciudadanos; por último, se mencionan los intereses de las víctimas en obtener una indemnización sin tener que esperar a que se desarrolle la totalidad del proceso.

Con todo, aunque los objetivos mencionados siempre estarán presentes en la implantación del Principio de Oportunidad en el proceso penal, creemos que se debe ir más allá, pues es precisamente con su implantación como se pueden crear espacios para la intervención activa de

las víctimas en la actividad procesal y la solución real y efectiva del conflicto. La discrecionalidad que puede tener el órgano de persecución del delito en la presentación de la acusación le va a permitir, con la intervención de profesionales de diversas disciplinas, promover una dinámica comunicativa entre las víctimas y el infractor en busca de una solución que satisfaga las expectativas de todos (especialmente de las víctimas). Así, por ejemplo, se puede pensar en la posibilidad de abstenerse de acusar en espera de los resultados que se obtengan con un proceso de mediación.

b.- Fundamentos

La introducción del Principio de Oportunidad en el sistema penal debe estar condicionada al establecimiento previo y claro de los criterios que orientarán la función del fiscal a la hora de prescindir del ejercicio de la acción. No en todos los sistemas podrá regularse de la misma forma, así como el establecimiento de los criterios a los que obedece, los cuales deberán concretarse con referencia a la singularidad y necesidades de la sociedad y de acuerdo con su particular situación cultural; lo que sí es claro, a pesar de las diferentes formas en que pueda ser consagrado, es que el principio de oportunidad es una herramienta fundamental en el proceso penal como instrumento de realización de la política criminal del Estado.

En los sistemas de derecho continental que han incorporado el principio de oportunidad, éste opera como excepción al principio de necesidad, en casos concretos y delimitados, que han sido recogidos por la doctrina y el derecho comparado como fundamento para su aplicación, los cuales se precisan en los siguientes casos:

a. En conductas que, a pesar de estar tipificadas como delitos, son consideradas por la sociedad como adecuadas.

b. En conductas que conforman la mal llamada "*criminalidad de bagatela* ", que por su escasa significancia en ocasiones no justifican su persecución y cuya solución puede ser encausada a través

de mecanismos alternativos, lo cual permite, no sólo limitar el número de casos que pasan a conocimiento judicial y reducen la excesiva carga judicial, sino evitar el estigma que suponen la privación preventiva de la libertad, la acusación y la condena, así como desarrollar el principio de intervención mínima, propio de un Estado social y democrático de derecho, disminuir la victimación secundaria y obtener una reparación integral a las víctimas del delito.

c. En casos en que se justifique en aras de la persecución de delitos más graves. En muchas ocasiones se presentan casos en los que quienes realizan un delito pueden suministrar información importante que permite el descubrimiento de delitos más graves y la desarticulación de bandas organizadas de delincuentes.

d. En casos en los cuales se pueda obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.

e. En casos en los que se obtenga una reparación integral a las víctimas. Da posibilidad de utilización de instrumentos de Justicia Restaurativa para la solución al conflicto que subyace al delito y permite la reparación como nueva vía en el sistema penal.

Los criterios mencionados para la aplicación del Principio de Oportunidad no pretenden ser una enumeración exhaustiva; su escogencia debe depender de un proceso de análisis de las particularidades de cada sistema en el marco de una política criminal reflexiva y ponderada que respete los derechos humanos y tome en cuenta principalmente la situación de las víctimas.

c.- Requisitos

No todos los casos en los que se lleva a cabo un proceso selectivo como limitante al Principio de Necesidad/Legalidad constituye la aplicación del principio de oportunidad. Así, por ejemplo, mecanismos como la suspensión del fallo, no son más que técnicas de flexibilización del principio de legalidad que, al estar contempladas en la ley como consecuencia de la realización de un proceso y ser de competencia de los órganos judiciales, pueden ser utilizadas en aras de la

prevención especial, pero en manera alguna constituyen manifestaciones concretas del Principio de Oportunidad.

De acuerdo con lo planteado es necesario establecer cuáles son los requisitos del Principio de Oportunidad:

El primer requisito, *de orden subjetivo*, determina como órgano competente para la aplicación del Principio de Oportunidad al encargado de la persecución de los delitos, el cual, en ejercicio de esta función, deberá actuar con equidad y ser coherente con los criterios que se adopten para la renuncia al enjuiciamiento.

El segundo requisito, *de orden objetivo*, establece que la actuación orientada por el Principio de Oportunidad se circunscribe al ejercicio de la acción penal y en la negociación de los cargos.

El tercer requisito, *de orden teleológico*, afirma el Principio de Oportunidad como dirigido a exceptuar las obligaciones que con carácter general le impone la ley al titular público de la acción penal. Esta obligación se concreta en ejercer la acción penal siempre que tenga una razón fundada de la comisión del delito y de la cual puede sustraerse mediante la aplicación de los criterios de oportunidad.

Si bien es cierto que se mencionan diversas ventajas que trae la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal, tales como la que constituye un instrumento que posibilita el traslado del conflicto a sus protagonistas (víctimas, sociedad y victimario), y crea, con ello, espacios procesales que faciliten la implementación de mecanismos de justicia restaurativa como la conciliación o la mediación en busca de una solución real a su conflicto que deje a todos satisfechos y con la cual se restablezca el orden social en procura de nuevas formas de convivencia pacífica.

Si bien es cierto que no somos del criterio de limitar la actividad discrecional del órgano de persecución del delito con un control judicial, pues en nuestro sentir ese control lo deben

ejercer las víctimas que deben ser consultadas sobre su ejercicio, hay sistemas que han optado por esta vía consagrando mecanismos que, como afirma D. González Álvarez³⁷, son de diverso tipo: En primer lugar, controles de orden interno en la Fiscalía para establecer claramente quién puede prescindir de la acusación. Teniendo en cuenta la estructura de la Fiscalía habrá casos en los cuales el llamado a hacerlo sea el fiscal del proceso, previa autorización del juez o del fiscal en forma expresa, dependiendo de la gravedad del hecho, las circunstancias por las cuales se prescinde de la acusación, la situación y necesidades de las víctimas.

En segundo lugar, los controles externos, lo cual supone contar con la autorización expresa del Tribunal o juez. El fiscal debe gestionar la abstención ante el funcionario judicial que debe conocer del proceso, e informar de su determinación. El funcionario judicial debe limitarse a examinar la legalidad de la misma, salvaguardar los derechos de las víctimas y a verificar el cumplimiento de los supuestos de hecho previstos en la norma para que el fiscal pueda prescindir de la acusación. En tercer lugar, controles de protección a las víctimas, a quienes se les debe informar de la decisión del fiscal para que manifiesten su criterio, se opongan y eventualmente sustituyan al órgano acusador, al otorgar la facultad de formular la acusación por estar en desacuerdo con la determinación del fiscal.

Consideramos que la posibilidad de prescindir de la acusación debe estar condicionada a la reparación integral a las víctimas o, por lo menos, a un acuerdo que contenga una fórmula para hacerlo y a la adopción de medidas que garanticen su cumplimiento.

Finalmente, la introducción del principio de oportunidad constituye la apertura de un camino para la humanización del sistema penal, un instrumento que proporciona el espacio procesal adecuado para la "reparación" a las víctimas 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, evita que el organismo encargado de la

³⁷ Daniel, González Álvarez, *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio 1993, No. 7, p. 68

acusación persiga todos los delitos sin importar su gravedad, siempre y a costa de lo que sea, y asegura, como hemos dicho, que el conflicto permanezca en manos de sus protagonistas para que en conjunto encuentren soluciones equilibradas y ecuánimes, y contribuyan con ello a la obtención de la misión pacificadora para la que debe estar el Derecho Penal en un sistema democrático.

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

CONCLUSIONES

1.- El modelo tradicional del proceso penal ecuatoriano, ha estado marcado casi en su totalidad por el olvido de las víctimas del delito. Quienes tienen a su cargo la elaboración de las leyes penales, al igual que quienes deben interpretarlas, preocupados por la salvaguarda de los derechos y garantías de quienes se deben enfrentar al aparato estatal como autores presuntos de un delito, han dejado a un lado la consideración de las víctimas como sujetos protagonistas en el drama criminal, a los que es necesario escuchar, atender en sus expectativas y necesidades en busca de una solución integral al conflicto que desequilibra la sociedad y en garantía de la consecución y mantenimiento de la paz.

2.- Los sistemas penales, hoy día, muestran cómo las víctimas del delito han sido despojadas de su conflicto, para ser reemplazadas por el Estado vindicativo que dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del delito, y olvidan que el fenómeno criminal es incomprensible sin la presencia de las víctimas. El delito ha dejado de considerarse como un conflicto humano; no por ello le restamos gravedad, para ser enmarcado en elaboraciones teóricas, abstracciones de abstracciones, con las cuales se deshumaniza el sistema y se diluye la presencia de las víctimas.

3.- Hoy por hoy preocupa más al Estado la violación de un bien jurídico protegido, que el daño efectivo que un determinado comportamiento cause a una persona y la necesidad de repararlo integralmente. Esta deshumanización del sistema penal tiene reflejo directo en el proceso que ha terminado por convertirse en un instrumento, en no pocas ocasiones generador de mayores daños de los que se causan con el delito. El esquema Procesal Penal tradicional, en el mejor de los casos, es insuficiente para atender a las víctimas que genera el delito. Únicamente el titular del bien jurídico protegido puede intervenir procesalmente y sólo en busca de una indemnización económica del daño ocasionado, dejando por fuera otro tipo de necesidades y expectativas que por su contenido supraeconómico no hacen parte del objeto del proceso.

4.- El proceso penal como instrumento tradicional en contra de la delincuencia, debe ser repensado en función del ser humano (víctimas y victimarios), de su protección, de sus necesidades y expectativas, como un mecanismo potencial para la transformación de los conflictos en busca de la reconciliación.

5.- Hacer nuestra la causa de las víctimas significa asumir nuestra responsabilidad frente a las víctimas. No en el sentido jurídico de responder por lo hecho, sino como una tarea asignada, como una carga de la que debemos dar cuenta, incluso sin haber ejecutado un acto libre en relación con ella. Nuestra responsabilidad tiene como fundamento la alteridad, y surge de la necesidad de no utilizar el proceso penal como instrumento de victimación.

6.-La responsabilidad para con las víctimas marca un camino a seguir que, en el proceso penal, se concreta en una nueva, creativa y más humana lectura, de la que emerge como un espacio de *encuentro interhumano* que ofrece la potencialidad para la transformación del conflicto mediante una solución efectiva e integral que lleve a la construcción de nuevas relaciones entre víctimas y victimarios, un espacio social en el que se encuentran la verdad, la justicia y la reconciliación.

7.-Visto así, el proceso penal adquiere una nueva dimensión como un espacio destinado al *encuentro creativo* entre los protagonistas del delito, que ante la marginación que sufren las víctimas, nos presenta un mensaje claro: hoy debemos hacer nuestra la causa de las víctimas, para alcanzar un futuro que garantice la convivencia pacífica, sólo si nos solidarizamos con las víctimas y atendemos efectivamente a sus demandas, es posible evitar que el delito permanezca impune, se repita y se perpetúe.

8.- Esta lectura determina en buena parte la interpretación y aplicación de las leyes penales, especialmente las que tienen que ver con el proceso, en busca del reconocimiento del papel protagónico que las víctimas tienen en el delito, el cual debe proyectarse en el encuentro procesal que se produce como su consecuencia. Así, conceptos esenciales como el objeto, sus fundamentos, fines

y funciones, superan el significado y alcance jurí-dico-dogmático en busca de aportar una dimensión sociológico-antropológica que contribuya a la solución integral del conflicto.

9.-El proceso penal, más allá de los hechos que conformen la acusación, debe tener en cuenta a quienes los sufren y a quienes los realizan; por ello, la participación de las víctimas del delito requiere del diseño de instrumentos que permitan su intervención activa y trascendental, dirigida a la formulación de pretensiones como expresión de sus necesidades y expectativas, las cuales trascienden el solo contenido económico.

10.-No se pretende con esto que todas las víctimas de un delito puedan intervenir de la misma manera en el proceso; por el contrario, se trata de crear los espacios procesales que garanticen su participación activa, en los cuales puedan ser escuchadas y atendidas eficazmente sus peticiones, en busca de respuestas que garanticen la solución integral del conflicto y generen condiciones de convivencia pacífica.

11.- Para alcanzar estos fines el proceso debe ser: Comunicativo, en la medida en que debe propiciar un diálogo orientado a la reconciliación entre las víctimas, la sociedad con y por sus representantes, y los victimarios; Resolutivo, por cuanto debe propiciar respuestas que satisfagan las expectativas de los protagonistas del delito; y Re-creador, pues debe tratar el pasado, no para quedarse allí, sino para reconocerlo y buscar la creación de un nuevo orden de convivencia que visualice el futuro.

12.-. La dinámica del proceso debe desarrollarse, con la participación activa de las víctimas, en una primera fase (*conviction*), en la cual se declara la responsabilidad del acusado, y una segunda fase (*sentencing*), en la que se determina la sanción concreta que le correspondería, como consecuencia del delito realizado.

13.- Esta dinámica del proceso penal hace posible la introducción del Principio de Oportunidad y de la Mediación, como instrumentos que tienden a garantizar la intervención activa de

las víctimas y reparación integral de los daños ocasionados con el delito, con lo cual se busca el establecimiento de un esquema procesal más humano.