

APROXIMACIÓN VICTIMOLÓGICA AL CONFLICTO PENAL

Ab. Fernando Yavar Umpiérrez *

“En el mundo penal la lesión la sufre el señor (Estado, república, monarca, el que manda) y la víctima es solo un dato, una prueba, que si no se aviene a serlo se la obliga y coerciona incluso con el mismo trato que su ofensor. En síntesis: el ofensor no es la persona que ofendió sino un constructo de la retorta alquímica del derecho penal, y la víctima no es la persona ofendida, sino un dato que es menester aportar al proceso; la víctima no es una persona, es una prueba”.¹

1. EL CONFLICTO COMO ESENCIA DEL DERECHO PENAL.-

El Derecho Penal por esencia (y por regla general) regula conflictos² *inter partes*; así, la pareja penal³ (víctima-victimario)⁴ emerge con la

* Abogado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor Invitado de Teoría Penal, Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena; Agente Fiscal de lo Penal del Guayas –Unidad de Delitos Misceláneos; fyavar@gye.satnet.net– www.yavar-law.com

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Prólogo, en: Messuti, Ana, *El tiempo como pena*, Campomanes Libros, Buenos Aires, 2001, p. 7-8. Citado por Reyna Alfaro, Luis Miguel, Estudio Final: *La víctima en el sistema penal*, en A.A.V.V., *La Víctima en el Sistema Penal - Dogmática, proceso y política criminal*, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, P. 104.

² Esta tesis no pretende analizar lo relativo de la categoría “delito” y a las “etiquetas” que con su nombre las sociedades han impuesto a conflictos de variada orden, no siempre protegiendo bienes jurídicos fundamentales o haciéndolo sin ser necesario, por existir otras vías legales que lo puedan remediar de forma mucho más eficaz. Para profundizar dicha temática confróntese Boderó, Edmundo Rene. *Relatividad y Delito*, Editorial Temis, 2002. Sobre las teorías del etiquetamiento vid. García –Pablos De Molina, Antonio, *Criminología– Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Edición Castellana para Latinoamérica, 1ra. Edición Peruana, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales –Juris Consulti Editores– Editorial San Marcos, Lima, p. 394-398.

³ Término creado por Benjamín Mendelshon en el que se alude a la pareja (couple) formada por el criminal y su víctima y que debe ser distinguida de la *pareja criminal*

adecuación típica de una conducta a una hipótesis conductual prevista en la ley. Sin perjuicio de que existen casos en los cuales los ofendidos, de acuerdo al bien jurídico tutelado, son corporaciones o entidades públicas, en la mayoría de los casos nos encontramos ante dos personas físicas que se vinculan por la afectación de los derechos de una por parte de la otra.

Ante la existencia de un conflicto, el derecho intenta proponer soluciones para dar por terminado el mismo y volver (o intentar volver) las cosas al estado anterior. Muchas veces se llega a esas soluciones sin la intervención del sistema procesal (p. ej. mediación), en otras la administración de justicia es la vía (o debería serlo). Es así, que todo sistema de justicia –que se corresponda con los parámetros que el Estado Democrático de Derecho– impone, ante la constatación (prueba) de un conflicto, la reparación de la lesión del ofendido.

En la justicia penal antigua, la víctima tenía un papel preponderante en la sustanciación de las causas y cuando decidía poner en marcha los organismos colectivos de resolución de conflictos, su opinión trazaba la vía de la reparación. Sin embargo, la aparición de la persecución penal pública o estatal en el siglo XIII provocó la exclusión de uno de los protagonistas del conflicto: la víctima.⁵ En palabras de CANCIO MELIÁ, “la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como “sujeto pasivo” o incluso como “objeto material” del delito”.⁶ Es que el derecho penal moderno ha generado la “neutralización de la víctima”⁷, en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto⁸.

(coppia criminale o crime a deux) de Escipión Sighele. Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología – Eestudio de la Víctima*, Editorial Porrúa S.A., México, 1990, p. 128.

⁴ Sobre la primera pareja penal de la historia: Caín y Abel, ver Neuman, Elías, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 99-101.

⁵ Cfr. Bovino, Alberto. *La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón* en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, 2004, p. 37.

⁶ Cancio Meliá, Manuel, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 9.

⁷ Hassemer, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde & Luis Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, p. 70. Dicho autor en la misma obra señala mas adelante: “El Derecho Penal esta orientado hacia el autor de delito”, p. 89.

⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., p. 9.

2. EXPROPIACIÓN DEL CONFLICTO POR PARTE DEL SOBERANO/ESTADO.-

... No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a Dios. Este olvido del que sufre el daño priva al derecho de la misión de dignificar a la víctima a través de la condena del transgresor. Si el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, "derecho protector". En cambio, el "derecho perfeccionista" no cumple esta misión.⁹

Desde la Inquisición, el conflicto dejó de ser paralelo, de tener dos partes para convertirse en un triángulo, cuya base (víctima) se nubla por la polvareda ocasionada por la búsqueda de la verdad entre las otras dos partes (victimario y soberano o Estado). Esa búsqueda de la verdad también se vio afectada en el modo de obtenerla; hasta antes de la configuración del triángulo, la lucha o *disputatio* entre la víctima y el victimario, fue el paradigma, después, lo fue la investigación o *inquisitio* realizada por el soberano o sus representantes.¹⁰

Para ZAFFARONI: "la *inquisitio* en el ámbito procesal (y como método de conocimiento) se instaló primero en la burocratización de la

⁹ Malamud Goti, Jaime, *Prólogo*, en Bovino, Alberto, *La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal*, en: Revista Jurídica # 19 de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2005, p. 495-496.

¹⁰ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl – Slokar, Alejandro – Alagia, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 249.

Iglesia, cuando ésta se jerarquizó como consecuencia de su romanización; en los siglos posteriores fue acentuando la autoridad de la burocracia respecto del resto de los creyentes, hasta culminar en un apoderamiento total del saber –y del poder– por parte de la misma, que ejercía controlando cualquier heterodoxia (herejía) mediante el santo Oficio. De esta forma inauguró un método de conocimiento y de poder propio de una sociedad corporativa y jerarquizada que, desde entonces y hasta el presente, habrá de ser asumido por todos los que ejercen o pretenden ejercer el poder dentro de cualquier sociedad con esas características.”¹¹

Es así que la lucha o *disputatio* cesa en el siglo XIII, para dar paso a la *inquisitio* o investigación, cuya principal característica fue la confiscación del conflicto a la víctima. El conflicto es objeto de una confiscación estatal, de la cual la víctima pierde toda capacidad de decisión. La confiscación es unilateral y no apareja indemnizaciones públicas. No se trata de una expropiación, donde el Estado cancela el justo precio del bien cuyo dominio particular extingue. Por el contrario, esa confiscación no solo que no elimina el conflicto, (por lo menos) lo mantiene o hasta lo agranda, y se constituye en la causa de nuevos conflictos conexos o derivados del conflicto original entre la víctima y terceros (y en ocasiones con el mismo victimario, p, ej. cuando el imputado amenaza o hace amenazar al ofendido para que retire su denuncia o no de su testimonio inculminatorio).

La víctima como ser ofendido o lesionado en sus derechos desaparece para convertirse en una excusa para el soberano (y después para el Estado) para ejercer su poder a discreción. Importante distinción entre nuestro sistema procesal penal ecuatoriano –incluso después de las reformas acusatorias– y el sistema adversarial estadounidense¹², se encuentra en que en éste “la víctima determina, en la mayoría de los casos, si el proceso penal siquiera se va a poner en marcha. ... Aunque un hecho posiblemente punible llegue a conocimiento del Estado aún sin la existencia de una denuncia de la víctima, la víctima puede tomar

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Slokar, Alejandro – Alagia, Alejandro. op. cit., pag. 250.

¹² Para un pormenorizado análisis del ejercicio de la acción penal en Inglaterra y Estados Unidos vid. BOVINO, Alberto, *La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor San Marcos - Decana de América, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 2004, p. 37-89.

influencia en el proceso por diferentes vías, así por ejemplo, por la decisión de no formular la acusación preceptiva, o, más adelante, por la decisión de no declarar¹³.^{14 15}

El Estado (a través de sus autoridades) intenta cumplir con (o se vale de) las expectativas que la sociedad tiene cifradas en ellos por el rol social que cumplen, para utilizar al Derecho Penal como mecanismo de control social, lo cual se resume en (ejercicio ilegítimo de) poder y lo seguirá haciendo hasta que la sociedad descubra que sus expectativas naturales o plantadas en la psiquis por los medios de comunicación, son la leña de la selección de la criminalización primaria y en especial de la secundaria.

¹³ Si bien es verdad, que en el Ecuador, salvo casos excepcionales, la víctima no tiene la obligación de denunciar, ésta sí tiene la obligación de comparecer ante el correspondiente juzgado o tribunal para ser interrogada por las partes, de acuerdo al art. 24 num. 15 de la CPR. Sin embargo, es bien conocido por los abogados litigantes que no hay peor testigo que el que no quiere ir a declarar. Muletillas basadas en iniciales errores de apreciación o lagunas mentales, pueden desestabilizar por completo el caso de la Fiscalía. Desgraciadamente, a pesar de que el juicio como etapa procesal es –o debería ser- el centro del proceso penal, y por ende, todas las decisiones probatorias –relativas a los elementos de convicción receptados o dejados de receptar por el Ministerio Público- previas al juicio deben ponderarse en su incidencia futura dentro del mismo, esto no sucede así en la mayoritaria práctica fiscal – con sus excepciones que confirman la regla. Un fiscal con una víctima que no colabora debe tener muy claro que se arriesga a una potencial sentencia absolutoria. Tal vez la indudable actuación de juzgados y tribunales penales en las que suplen las deficiencias investigativas de la Policía Judicial y de la Fiscalía, mediante prisiones preventivas, autos de llamamientos a juicio y sentencias condenatorias de nula, poca o errada motivación, incida en el relajamiento actual de los fiscales en sopesar sus verdaderas potencialidades probatorias en la audiencia de juzgamiento. Cuando los titulares de los órganos jurisdiccionales penales asuman el reto de ceñirse exclusivamente a su rol de juzgadores, la balanza de las estadísticas de sentencias tendrá un contrapeso real.

¹⁴ DÜBBER, Markus Dirk, *La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: una Sinopsis Introductoria*, en *Victimología y Victimodogmática – Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal*, Coordinador Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, 2003, p. 35, 36.

¹⁵ Para una revisión de la Víctima en el Sistema Penal Anglosajón ver: en el sistema estadounidense, DÜBBER, Markus Dirk, op. cit., p. 35 – 51; y, COLE, George F. – SMITH, Christopher E., *Criminal Justice in America*, Second Edition, Belmont – California – Estados Unidos de América, 1999, p. 12 – 17; en el sistema inglés, SHAPLAND, Joanna – WILLMORE Jon – DUFF, Meter, *Victims in the Criminal Justice System*, Series Editor: A. E. Bottoms, Gran Bretaña, 1985.

Sentimos alivio por el aumento de las penas en delitos que afectan la seguridad ciudadana, y felicitamos a los honorables diputados que cristalizaron nuestros anhelos vindicativos, sin embargo, sabemos que las estadísticas penales demuestran que la delincuencia de mayor gravedad no baja por subir la respuesta punitiva del Estado.

Nos estimamos protegidos cuando un Jefe de la Policía Judicial expone al público a un ciudadano capturado mediante ruedas de prensa y reportajes a todo color, y estigmatizaremos a ese individuo y su entorno familiar por siempre, sin que exista sentencia absolutoria que nos convenza de su falta de participación delictual, sin embargo, nunca pensamos en quién fue la víctima, si fue resarcida o si le interesaba presentar cargos en contra del detenido.

Es hora de introducir en los cuerpos normativos y en las prácticas de los operadores de justicia principios victimológicos, que constituyan la base para el regreso a la lucha o *disputatio* como método de búsqueda de la verdad, haciendo que el sistema acusatorio procesal no solo constituye una limitación liberal a la *inquisitio* sino el replanteo de un nuevo sistema procesal penal dirigido a la real satisfacción de los intereses de las víctimas, a efecto de que sean consideradas por lo que son: personas, y no meras pruebas.

3. EL BIEN JURÍDICO Y LA COSIFICACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE OCASIONA.

“El bien jurídico no es más que la víctima objetivizada en el tipo penal”¹⁶

El bien jurídico se erige actualmente como una categoría penal imprescindible y como una limitante para el Estado. Según José URQUIZO OLAECHEA¹⁷: “El contenido que se le asigne o niegue al bien jurídico, tiene la virtud de poner en evidencia la tendencia que se sigue, provenga del legislador, del juez, del jurista, de grupos sociales, etc.

¹⁶ Bovino, Alberto, *Contra la Legalidad*, en: *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 82.

¹⁷ Olaechea, José Urquizo. El bien Jurídico, en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Catedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm

Históricamente, estos rasgos han aparecido bajo regímenes autoritarios, por ejemplo, cuando se separó de la teoría del injusto al bien jurídico, tal como lo planteó la Escuela de Kiel o en Italia con la "experiencia del tecnicismo formalista de derivación positivista que sirvió de base a la codificación fascista italiana de 1930. ... Se asistió en ambos casos a la marginación del bien jurídico de la teoría del injusto, mediante su utilización reduccionista en clave meramente interpretativa, en el sistema penal italiano, o su expulsión fáctica, en el sistema alemán, a favor de una perspectiva de violaciones del deber".¹⁸

Pero el bien jurídico como lo conocemos ha existido desde los inicios de la dogmática penal? El bien jurídico¹⁹ "se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la lesión del derecho, como lo había defendido, sobre todo, FEUERBACH, quien se basaba a su vez en la teoría de KANT"²⁰. La evolución continúa ²¹ con las aportaciones doctrinarias de BIRNMAUN²², BINDING²³ ²⁴y FRANZ VON LIZST²⁵ ²⁶. Luego vendría la

¹⁸ MOCCIA, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales en Política Criminal y Nuevo Derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, J.M. BOSCH, 1997, p. 117.

¹⁹ El presente desarrollo no pretende ser exhaustivo en lo relativo a la evolución doctrinaria del bien jurídico, sino plantear ciertos conceptos necesarios para conocer las distancias que la víctima ha tenido de dicha categoría a lo largo del tiempo.

²⁰ ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2, Comp. Carlos Simón Bello Rengifo y Elsie Rosales, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, p. 149.

²¹ Hasta el momento no existía categoría penal alguna conocida como bien jurídico.

²² Este autor se opuso a la teoría de Feuerbach de lesión de un derecho subjetivo con la de lesión de un bien, en su obra *Über das Erforderni einer Reichsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, *Archiv des Criminalrechts*, 14 (1834), p. 149-194. Citado por ESER, Albin. op. cit. p. 171. Birnmaun estimaba que "el concepto más natural de lesión parece ser aquel en el que lo referimos a una persona o a una cosa, especialmente a una cosa que pensamos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que puede sernos sustraído o disminuido por la acción del otro (*Über das ...*, nota 33, p. 150). Según K. Amelung (*Rechtsgüterschutz und schutz der gesselchaft*, Frankfurt//Main, 1972, p. 33 y s. citado por ESER, Albin. op. cit. p. 170), Birnbaum está aún próximo al pensamiento individualista de la Ilustración.

²³ Él es "el verdadero creador del concepto de bien jurídico". Ahora "las tendencias de desindividualización se advierten con mayor claridad" en su libro *Die Normen und Ihre Übertretung*, (t. 1, 1ª edición, Leipzig, 1872, p. 187 y ss.) Binding definía al bien jurídico como "todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comu-

Escuela Hegeliana, la misma que –principalmente– a través de KÖSTLIN²⁷ y Bekker²⁸, iniciaron los procesos de elevación del objeto del delito hacia lo general²⁹. Posteriormente ni la Escuela Teleológica de Marburgo³⁰, ni la Escuela de Kiel³¹ redireccionaron la conceptualización del bien jurídico hacia la víctima. En la segunda mitad del siglo XX, nos encontramos con la introducción a la dogmática del bien jurídico de la “pretensión de respeto” de SCHMIDHÄUSER³² y la “pretensión de vigencia” de JESCHECK³³.

nidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas” (Die Normen ..., 2ª edición, p. 339 y ss.).

- ²⁴ En la segunda edición de la obra (1890) ya citada de Binding, éste indicaba “con satisfacción que el concepto de bien jurídico había penetrado con mayor profundidad en la teoría y praxis alemana y que se había producido su recepción prácticamente completa” (p. 329, nota 18), Cfr. ESER, Albin. op. cit. p. 171.
- ²⁵ Por el contrario, von Lizst desde su visión político criminal, de acuerdo a Eser “no solo convirtió al bien jurídico en el concepto central de su teoría del delito, sino que lo dotó *partiendo de la orientación sociológico – funcional del Derecho* de Ihering, en cuanto *interés jurídicamente protegido*, incluso de una base previa al juicio de valor jurídico, correspondiendo para ello un papel esencial a las necesidades de los seres humanos” (op. cit. p. 156). Este autor postuló (1888) que: “todo derecho existe por los seres humanos, todo Derecho protege intereses vitales humanos. La existencia humana, por lo tanto, es *el bien jurídico*; de las distintas configuraciones de esta existencia se obtiene la clasificación de los bienes jurídicos”.
- ²⁶ Según Haeusermann, en von Lizst –debido a los posteriores y reiterados cambios en la terminología por él utilizada, que dificultaron su comprensión-, se observa una evolución del delito “desde la lesión individual hacia la lesión institucional”. Eser, op. cit. p. 157.
- ²⁷ Köstlin sostuvo que el carácter peculiar del delito consiste en “que no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su esencia” (*System des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1858, nota 6) Cit. por Eser, op. cit. p. 158.
- ²⁸ Para este autor “ya “no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser, una lesión del sujeto directamente afectado, sino (...) una perturbación del *ordenamiento jurídico invisible*, (...) una vulneración del orden estatal” (*Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, Leipzig, 1859, p. 45. Cit. por Eser, op. cit. p. 158.
- ²⁹ Eser, op. cit. p. 157.
- ³⁰ Representada por Schwinge y Zimmerl, siguiendo a Honig, redujeron el bien jurídico a un mero “principio rector de la configuración conceptual”. Vid. Eser, op. cit. p. 159.
- ³¹ De visión nacionalsocialista, siendo sus mayores exponentes Dahm y Schaffstein, que definiéndose como *sustancial*, aludían “a los valores y bienes vitales protegidos en cada caso, y, especialmente, a *valores populares* como pueblo, raza y germanidad”. Vid. Eser, op. cit. p. 159.
- ³² Este autor en su obra *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1970, p. 24) diferenciaba “bien jurídico”, “objeto de bien jurídico” y “objeto del hecho”. Para Schmidhäuser, “de los bienes jurídicos emana una pretensión *erga omnes* de que sean respetados, en el sentido

En resumen, “la aparición del bien jurídico replanteó la problemática del delito: el delito no era ya lesión de derechos del ofendido, sino la lesión del bien jurídico, provocando que la protección de bienes jurídicos, articulada mediante los tipos penales, haga que la víctima quede atrapada en el tipo penal y en el bien jurídico”³⁴, es decir, se cosificó a la víctima en forma de bien jurídico.

4. EL FISCAL REPRESENTA A LA SOCIEDAD. PERO LA SOCIEDAD REPRESENTA A LA VÍCTIMA O LA VÍCTIMA REPRESENTA A LA SOCIEDAD?

En muchas ocasiones escuchamos que los fiscales representan a la sociedad o que están llamados a defender los intereses de la comunidad³⁵, dando a lugar a un concepto de sociedad que se torna “abstracto” e “imperceptible”, y por ende, sin valor real ni relevancia procesal. La representación y defensa que el Ministerio Público le debe a la sociedad se concretiza en cada caso que se investiga.

Los fiscales concretizan la defensa a la sociedad cuando dirigen su investigación hacia dos aspectos: i) que el conflicto planteado sea un conflicto penal para el cual tiene competencia (delito); y, ii) que el denunciante sea víctima de ese conflicto. Si el denunciante no es víctima de lo que denuncia, el fiscal debe proceder con cautela, porque puede ocurrir que lo denunciando no sea delito o esté siendo utilizado con intereses maliciosos. Una vez comprobados estos dos tópicos, el fiscal

de no menoscabar tales elementos valiosos, la lesión del bien jurídico consiste en la vulneración de esa pretensión de respecto que emana del bien jurídico. Por consiguiente, la lesión de un bien jurídico se refiere a un fenómeno intelectual, por lo que no cabría hablar de una lesión del bien jurídico cuando de lo que se trata es del objeto tangible que ha sido causalmente lesionado (la vida concreta, la salud de un ser humano, etc.). Por el contrario, desde su punto de vista esa lesión es la del objeto del bien jurídico o del hecho. Eser, op. cit. p. 160.

³³ Se refiere a lo mismo que Schmidhäuser, desde el punto de vista material. Eser, op. cit. p. 160.

³⁴ Reyna Alfaro, Luis Miguel, Estudio Final: *La víctima en el sistema penal*, en A.A.V.V., *La Víctima en el Sistema Penal – Dogmática, proceso y política criminal*, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, P. 118.

³⁵ DÜBBER, Markus Dirk, *La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: una Sinopsis Introductoria*, ... p. 40.

debe analizar cuál es la mejor solución para la víctima, para servir –si el caso lo amerita– como mediador, entre el denunciante y el denunciado.

Una actitud mediadora no solo concretiza la defensa que el Ministerio Público le debe al conglomerado social, sino que le permite dedicarse con mayor prolijidad a los casos realmente graves utilizando los mecanismos de salidas alternativas al proceso penal, disminuyendo el flujo de casos en su fiscalía.

En definitiva, la víctima representa a la sociedad y la defensa de sus intereses que le provea el Ministerio Público será casuística, en algunos casos, un acuerdo reparatorio³⁶ dejara satisfecha a la víctima, en otros, lo será una disculpa pública, y en algunos (talvez muy pocos), la respuesta tradicional de la búsqueda de una condena al penalmente responsable.

5. EL NUEVO HORIZONTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: SER EL ABOGADO PENALISTA DE LA VÍCTIMA.

Talvez uno de los grandes problemas que han tenido las reformas a la justicia penal es la falta de colaboración de la ciudadanía en las investigaciones y en el juzgamiento dentro del proceso penal, así como la falta de sintonía de muchos fiscales con los problemas de las víctimas y con sus expectativas relacionadas al conflicto que las victimizó.

Muchas víctimas (que deciden salir de la cifra negra) se han limitado a presentar las denuncias, creyendo que SHERLOCK HOLMES trabaja para la policía, y que todo lo denunciado tarde o temprano será investigado y los culpables serán descubiertos y encarcelados. Esto es una ilusión.

Quienes trabajamos dentro del sistema penal como jueces, fiscales o abogados, conocemos que, por regla general, los casos que no son impulsados por los interesados (léase víctimas) casi nunca llegan a ser procesos y quedan rezagados como Indagaciones Previas o expedientes preprocesales.

³⁶ La institución del acuerdo reparatorio no se encuentra reconocida en el CPP del Ecuador. Será abordada ut supra.

Otras víctimas por experiencia propia o de un tercero cercano, creen que denunciar no sirve de nada porque las autoridades no se preocupan por su caso: el Estado no les brinda una atención personalizada, y en los casos que denuncian lo hacen por constancia, para poder cobrar el seguro, por ejemplo.

Esta víctima sabe que sin un abogado que esté atrás de los policías investigadores, de los fiscales y de los jueces, su caso está destinado a ser comida de polilla. Tener patrocinio jurídico significa gastos: son los honorarios de los abogados, los “gastos procesales” (léase corrupción), el tiempo personal invertido en diligencias, etc. La gratuidad de la administración de justicia penal es un discurso sin respaldo fáctico.

La mayoría de las víctimas que deciden tener un papel proactivo en la causa están dispuestas a sufragar estos gastos con la esperanza de que al final de la causa serán resarcidos, sin embargo, muchas veces les pasa que los imputados evaden la acción de la justicia mediante un pago de fianza ínfimo que les permite salir de la cárcel y desaparecer para siempre del proceso, o que a pesar de tener la razón el denunciado se vale de subterfugios legales o de la corrupción para salir airoso del embate del sistema penal. Esa víctima no volverá a adoptar una posición impulsadora, no volverá a gastar en un caso penal; deja de creer en el sistema penal y cada vez que puede hace conocer de su desconfianza en el mismo a todo el mundo.

No podemos dejar de lado la conducta inescrupulosa de muchos abogados en contra de las víctimas: empezando con el tinterillo que se hace pasar por abogado y que les saca dinero a los ofendidos por el delito para después no regresar; o el abogado que nunca hace nada en la causa y le dice a su cliente que todo está bien y que los casos toman tiempo, y cada vez que puede se inventan una diligencia para pedirle dinero a su cliente por los “derechitos” del perito, del fiscal o del juez. Ese tipo de abogados son los que imposibilitan que cuajen los nuevos sistemas procesales penales, por su total rechazo (inspirado en razones culturales –seconómicas) al cambio que las reformas implican y a las salidas alternativas al proceso penal.

Bajo todas estas circunstancias, *a quien le interesa ayudar a la investigación?* Si para colmo cuando se quiere ayudar la hacen esperar a la

víctima, y cuando declara los abogados de los imputados tratan de intimidarlos con acciones de regreso o los denigran en los interrogatorios.

Todo este panorama exige de los fiscales una actitud distinta, una actitud de comprensión, de soporte, de ayuda, solo en esa perspectiva lograra ganarse la confianza de las víctimas. Esa actitud que los abogados dispensamos a nuestros clientes a cambio de honorarios, deben tener los fiscales para con las víctimas, ya que del mismo modo a través de los impuestos ellos pagan sus sueldos. Las víctimas de delitos penales son los clientes de los fiscales.³⁷

El fiscal debe preocuparse del conflicto penal del denunciante, y litigarlo como propio, esto implica adoptar una posición de abogado de la víctima, pero no un abogado *todologo*, no, es el abogado penalista de la víctima, lo que significa que el fiscal sólo le llevará casos penales a la víctima, para lo cual, deberá enfocar su investigación desde el principio en determinar si el hecho denunciado es delito, ya que si no lo es, no puede actuar y deberá desestimar la denuncia; esto es clave, el fiscal debe recordar que es un abogado especializado y su ámbito de competencia es exclusivamente el penal (y dentro de éste el delictual, en discrimen del contravencional), y por más que piense que el denunciante ha sido perjudicado por el denunciado, si el hecho no es delito, su actuación esta vedada³⁸, so pena de irrogar perjuicios al sujeto pasivo del proceso, y por ende en incurrir en responsabilidad civil, penal y/o administrativa.

Cuando los textos de los códigos procesales abordan a las funciones de los fiscales refieren que *“es obligación del fiscal, actuar con absoluta objetividad”*. Esto es un error por cuanto la pretensión punitiva del fiscal será la misma pretensión punitiva que la de la víctima, por regla general. Ser objetivo implicaría una actitud pasiva ante la prueba, limitándose a cumplir con lo mínimo indispensable, por temor a ser tachado de parcializado con la víctima, dejando los encarnizados escenarios de exámenes y contra exámenes de testigos y peritos a los abogados de las partes, como en la práctica muchos fiscales lo hacen.

³⁷ Esta frase no debe ser descontextualizada, la palabra “cliente” es una forma ilustrativa de indicar el tipo de relación que deben tener los fiscales para con las víctimas. Bajo ninguna óptica debe ser interpretada la frase como una justificación de actos de corrupción.

³⁸ Incluso para mediar una solución extrajudicial.

El fiscal no debe ser objetivo, debe ser parcializado, pero parcializado con la verdadera víctima de un verdadero delito. Sin embargo, por más que nos encontremos con víctimas reales de delitos reales el fiscal no puede dejar de ser ético. La ética profesional del fiscal implica que éste no fabrique o plante prueba en la escena del delito solo para beneficiar a una víctima real con escasas posibilidades probatorias, que no intimide a co-encausado para lograr un testimonio acusatorio en contra de un imputado, etc.

Cuando los fiscales entiendan lo que la sociedad demanda de ellos y ejerzan sus funciones en consonancia con tales requerimientos, la ciudadanía volverá a confiar en el sistema penal y el sistema procesal penal acusatorio terminará de ensamblarse en la práctica forense.