

# La víctima y la solución alternativa de conflictos.

## Del análisis teórico a la concreción en Cuba

The victim and the alternative conflict solution.

From theoretical analysis to concretion in Cuba

Leaned Matos Hidalgo, Ariannys Milagros García Aleaga y Karen  
Gamboa Torres<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Desarrollo; III.- Conclusiones; IV.- Bibliografía

**RESUMEN:** Esta investigación aborda los elementos más generales acerca del redimensionamiento del papel de la víctima y la utilización de las vías alternativas a la solución de conflictos en sede penal, aspectos que emanan de la aparición de reformas en el proceso acusatorio, llevándole a seleccionar tendencia adversarial; criterios que en Cuba han sido reguladas y que la nueva Constitución de 2019 dispone mandatos al respecto. Se utilizan como métodos de investigación de las

---

<sup>1</sup> **Leaned Matos Hidalgo:** Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Penal. Diploma en Formación Postgraduada de Fiscales. Diploma en Derecho Penal. Profesora Auxiliar de Derecho Procesal Penal. Universidad de Granma. Cuba. [lmatosh@udg.co.cu](mailto:lmatosh@udg.co.cu). OrcidId:<http://orcid.org/0000-0002-4182-1732>.

**Ariannys Milagros García Aleaga:** Licenciada en Derecho. Profesora Instructora de Derecho Procesal Penal. Universidad de Granma. Cuba. [agarciaa@udg.co.cu](mailto:agarciaa@udg.co.cu).

**Karen Gamboa Torres:** Licenciada en Derecho. Profesora Instructora de Derecho Procesal Parte General. Universidad de Granma. Cuba. [kgamboam@udg.co.cu](mailto:kgamboam@udg.co.cu).

ciencias en general el análisis y síntesis, inductivo-deductivo y de las ciencias jurídicas el análisis jurídico comparado, el teórico jurídico, histórico jurídico y exegético jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Víctima - proceso penal – solución alternativa de conflictos.

**ABSTRACT:** This research addresses the most general elements about the resizing of the role of the victim and the use of alternative ways to resolve conflicts in criminal proceedings, aspects that emanate from the appearance of reforms in the adversarial process, leading them to select adversarial tendency; criteria that have been regulated in Cuba and that the new 2019 Constitution provides mandates in this regard. Analysis and synthesis, inductive-deductive, and comparative legal analysis, legal theory, legal history, and legal exegesis are used as research methods for science in general.

**KEYWORDS:** Victim - criminal process - alternative conflict resolution.

## **I.- Introducción**

Los sujetos procesales, que intervienen en el proceso penal, tienen establecidas sus funciones en éste, las que parten de los presupuestos establecidos en el sistema de enjuiciar que asuma el sistema penal para la realización de la justicia.

De esta manera, en la antigüedad el sistema acusatorio, como primer sistema de enjuiciar estableció una relación directa entre la víctima y el acusado en el proceso, frente a los *indices* y magistrados, aspecto que se vio eliminado en muchos casos por el sistema de enjuiciar inquisitivo, en el cual el inquisidor suplantó al ofendido desde todas las posibles maneras de intervención. Luego, en el sistema mixto se recurre al rol protagónico en el que se encuentra el Ministerio Público, dejando la posibilidad de participación directa con el ejercicio de la acción penal a la víctima en escasos procesos, siendo utilizada en muchos casos como testigos directos.

En la actualidad, luego de la existencia de un redimensionamiento del Derecho Procesal como ciencia autónoma, y las diversas tendencias en el ámbito criminal, se hace indispensable mirar de otra manera las posibilidades reales de participación de los sujetos dentro del proceso penal, teniendo en cuenta la finalidad del Derecho Penal y la realización del llamado Debido Proceso, el cual empuja hacia la creación de un proceso más garantista, en el que se protejan además los intereses de la víctima

y la reactivación de los principios del proceso, dentro de ellos el binomio legalidad-oportunidad.

Entre las motivaciones de este trabajo se identifica la necesidad de otorgarle a la víctima un papel más activo y en dependencia con sus aspiraciones legales, que eviten el fenómeno de la victimización y por otra parte, y en consecuencia con esto, la posibilidad de que en algunos casos determinados previamente, se utilicen otras vías alternativas a la solución del conflicto penal, que coadyuven además a la reinserción social y reeducación del delincuente de una forma expedita.

En la doctrina, autores como: Binder, Ceres Montes, Garófalo, Maier, Solari Peralta, Gascón Inchausti, Luna Castro, Gaviria Londoño, Albiñana I Olmos, Raña, Tiffer Sotomayor, entre otros, establecen aspectos necesarios y de consulta para el presente informe.

La doctrina nacional en este sentido, se encuentra marcada por Goite, Mendoza, Batista, Ortega, Medina y otros que construyen algunas pautas de nuestro sistema de enjuiciar y los actos procesales que realizan los sujetos, con especial énfasis en el rescate de la posición de víctima en el proceso penal, elementos que se evidencian en los lineamientos 6, 8, 9, 16, 104, 116, 117, 255, 264, 265 y 274 de la de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021, plasmados además en los artículos 40, 92, 94, 95 y 98 referidos estos últimos al derecho a la dignidad humana, el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso en nuestra Constitución.

En este sentido, se define como objetivo de la investigación: Justificar la necesidad del perfeccionamiento de la regulación normativa acerca de la participación activa de la víctima y las vías alternativas de la solución de conflictos en el proceso penal, a partir de la teorización de los elementos fundamentales, el estudio de normas penales adjetivas foráneas y el análisis de la normativa cubana acerca de esta institución, a fin del respeto del Debido Proceso en la esfera penal.

## **II.- Desarrollo**

### **a) La víctima. Definición, características generales.**

Cuando hoy se habla de la víctima, en el Derecho penal, o del ofendido, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una nueva ola político-criminal, sino, además, de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí: «nueva ola»), y, más aún, de

que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado. Sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.

Pensar en el concepto de “víctima” nos conduce a identificarla con el sujeto pasivo de un delito, la parte damnificada, pero establecer límites en cuanto quienes se encuentran comprendidos y excluidos presenta dificultades. Su delimitación no resulta sencilla, si comparamos las diversas conceptualizaciones efectuadas tanto en normas nacionales como en los tratados de derechos humanos, pero lo cierto es que la comprensión del alcance del término víctima como sujeto de derechos utilizado en la Ley N° 27.372, encuentra correlato con el minucioso detalle que al respecto obra en la Sección 2°, 5) de las 100 Reglas de Brasilia[10], pues allí se establece que se considera víctima a: *“...toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa...”*<sup>2</sup>

La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos, ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía

---

<sup>2</sup> RAÑA, Andrea Fabiana. La víctima del delito a la luz de la Ley N° 27.372. en “Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal” - Número 1 - Noviembre 2018, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. IJ Editores, Buenos Aires, 2018.

FIGARI, Rubén E. El rol de la víctima en el Proceso Penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Federal y a la ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley N° 27.375). Revista Jurídica Región Cuyo. Número 6. Argentina. 2019.

la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima<sup>3</sup>

Las “Reglas Mínimas del Proceso Penal”, conocidas como Reglas de Mallorca suscritas por un selecto grupo de juristas alemanes, italianos, españoles y latinoamericanos. Los que fijaron un parámetro de 43 cánones, por convocatoria del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Govern Balear y con la cooperación de la Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena.

Estas reglas pueden agruparse en:

- a) Principios generales del Proceso;
- b) Principios de Realización del Proceso;
- c) Derechos del Imputado;
- d) Derecho a la Defensa;
- e) Medios coercitivos;
- f) Recursos; y
- g) Derechos de la Víctima<sup>4</sup>

La víctima, a veces, más que como parte es contemplada como medio probatorio, lo que a veces conlleva el riesgo de una nueva victimización secundaria<sup>5</sup>. Así:

---

<sup>3</sup> GARÓFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, pp. 60 y ss.; FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, T. 2. p. 199, pp. 275 y ss.

<sup>4</sup> SOLARI PERALTA, Tito E. *Aspectos generales del proceso penal reformado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. No.20. Chile.1999.

<sup>5</sup> Ver LEYTON JIMÉNEZ, José Francisco. MATURANA MIQUEL, Cristián. *Víctimas, proceso penal y reparación. Los Derechos de las Víctimas en el marco de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Procesal Penal. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile. Disponible en: [www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leyton\\_j/pdf/Amont/de-leyton\\_j.pdf](http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leyton_j/pdf/Amont/de-leyton_j.pdf)*

- Debe acreditarse la preexistencia de la cosa en caso de sustracción.
- Será llamado como testigo pudiendo incurrir en multa si no comparece.
- El testigo-víctima puede ser sometido a careo con el propio imputado, lo cual debe hacerse muy excepcionalmente. Ocurre a veces que en el propio juicio se solicita que la víctima indique si el imputado o acusado es el autor del hecho, pero es de comprender el temor del testigo víctima a este choque frontal con el acusado.
- O puede concurrir a RECONSTRUIR el hecho delictivo en el lugar donde ocurrió.<sup>6</sup>

**b) Aspectos generales en relación con las reformas procesales, la víctima y vías alternativas de solución de conflictos penales.**

Es evidente que uno de los factores –al mismo tiempo ético, político, jurídico y cultural– que más han condicionado la evolución de los sistemas legales europeos ha sido el movimiento a favor de los derechos humanos, que cobró un impulso definitivo al término de la II Guerra Mundial ante hechos y resultados sobradamente conocidos. Este movimiento, en el terreno de lo normativo, se plasma a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y, de forma más directa en Europa, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

El segundo factor de relevancia en esta tendencia hacia el garantismo ha sido, a juicio de algunos, la progresiva asunción por los legisladores europeos continentales de algo que, con terminología un poco ajena, podría llamarse la «metodología adversarial» y que, en el fondo, se traduce en la voluntad de atribuir un carácter mucho más contradictorio o acusatorio al proceso penal y de ir reduciendo sus rasgos inquisitivos.<sup>7</sup>

En definitiva, se trata de convertir el proceso penal en un proceso con mayor protagonismo de las partes, en el que quede más limitada la influencia del juez o del tribunal. Que el proceso penal sea cada vez más un proceso «de partes» conduce inevitablemente a realzar la figura del acusado y fuerza la necesidad de reconocerle

---

<sup>6</sup> CERES MONTES, José Francisco. *Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: nuevas tendencias*. En Poder Judicial, núm. 38, 1995.

<sup>7</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*”, *Revista del Poder Judicial*, 2006, vol. XIX, núm. especial *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 25-77.

frente al acusador público una posición de igualdad en derechos y posibilidades procesales: de nuevo, pues, el acusado y sus derechos se encuentran en el centro de la atención.

La preocupación por la tutela de la víctima y por la eficacia en la persecución de la delincuencia más grave. Con mayores o menores imperfecciones, la tendencia hacia el garantismo consiguió que en los países de Europa Occidental, a finales del siglo XX, operaran sistemas de proceso penal que reconocían y respetaban de forma amplia los derechos del imputado y del acusado –sobre todo si se compara con lo que sucedía en buena parte del resto del mundo–. Ahora bien, esta línea no estaba del todo cerrada cuando empieza a abrirse camino un nuevo periodo de evolución, que guía las reformas legales con arreglo a tendencias diferentes. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX los ejes, los centros de atención del proceso penal y de las reformas procesales penales han sido la figura del imputado y del acusado, así como las garantías a que tiene derecho durante la instrucción y el juicio oral.

En lo sucesivo, sin embargo, van a predominar dos tendencias, que pretenden colocar el centro de atención del proceso penal y de sus reformas en otros sujetos y en otros aspectos: de un lado, se encuentra el movimiento a favor de dirigir el foco del proceso penal también hacia la víctima del delito; de otro, la tendencia a poner el acento en un concepto algo más difuso, que tal vez se puede condensar en las ideas de «eficacia» y de «seguridad».

*La atención hacia la víctima*, en primer término, cabe recordar que las décadas finales del siglo XX han visto nacer una tendencia político-criminal de redescubrimiento de la víctima del delito, que ha acabado teniendo repercusiones en la concepción del proceso penal, cuyas metas u objetivos se amplían: junto a la aplicación del Derecho penal al caso concreto, se asume que el proceso penal también ha de ser un instrumento para ofrecer reparación a la víctima.

Y no se trata sólo de ofrecer una reparación material –que tradicionalmente se ha canalizado a través del ejercicio de la acción civil–; se asume que la víctima también tiene derecho a que esa reparación se proyecte, de alguna manera, respecto de la dimensión penal del hecho punible, lo que se traduce en cierta atribución de derechos procesales en relación con el objeto penal del proceso. Así, al margen de lo que sucede en España, donde la víctima está facultada para el ejercicio de acciones penales, debe recordarse también cómo en Inglaterra, entre los derechos que la jurisprudencia ha reconocido a la víctima del delito, se encuentra la legitimación para

impugnar judicialmente la decisión del *Director of Public Prosecutions* de no perseguir un delito.

En Alemania, cuando se trata de delitos graves, la víctima puede asumir un papel como acusador subsidiario. Y en Francia la víctima puede forzar la incoación de un proceso penal constituyéndose como actor civil (art. 1 II y arts. 85 y sigs. CPP); también pueden hacerlo, en sustitución o representación de la víctima, determinadas asociaciones, en función del ámbito delictivo de que se trate (arts. 2-1 a 2-21 CPP). Además de estos poderes directamente relacionados con el ejercicio de la acusación, se ha producido un proceso de reforma legal dirigido a ofrecerle a la víctima un *status* más beneficioso, que se ha proyectado sobre frentes diversos en cada ordenamiento: — En algunos casos, las reformas legales han ido dirigidas a ofrecer a la víctima lo que podría denominarse como un «trato mejor», que se traduce en reconocer a las víctimas el derecho a una información constante, o al menos a que se les comuniquen las resoluciones más trascendentes del proceso penal; también el derecho al respeto a su intimidad, que puede traducirse en una publicidad limitada de ciertas actuaciones judiciales; o incluso el derecho a recibir asistencia de carácter psicológico o emocional.

En Francia, la *Ley Guigou* de 15 de junio de 2000, además de en el refuerzo de la presunción de inocencia, se centró también en la protección de las víctimas: así, se facilitó la constitución de la víctima en parte civil y se mejoraron las vías para el acceso a una indemnización; y se potenció el papel de las asociaciones de defensa de las víctimas, a las que se atribuyó legitimación para constituirse como actores civiles en sustitución o representación de aquéllas, según el caso y el tipo de delito. Más recientemente, la ley 644 de 1 de julio de 2008 ha reforzado la protección de las víctimas y su acceso a ayudas públicas. También en el Reino Unido se adoptaron hace tiempo medidas orientadas en este sentido.

En 1990 se aprobó la llamada *Victims' Charter*, reformulada en 1996: se contenían en ella 27 «estándares de servicio» que las víctimas y sus familiares pueden exigir de las autoridades de persecución penal (*v.g.*, el derecho a que se investigue todo delito denunciado y a recibir información acerca del desarrollo de la investigación; el derecho a explicar las consecuencias del delito y a que se tengan en cuenta sus intereses; el derecho a declarar como testigo y a ser tratado con respeto; o el derecho a que se le ofrezca ayuda psicológica y económica). Más recientemente, debe tenerse en cuenta la *Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*, que ha dado un nuevo impulso a la acción administrativa y judicial en este ámbito, con la creación de un *Commissioner for Victims and Witnesses* y con la aprobación en 2005 de un *Code of*

*Practice for Victims of Crime*<sup>19</sup>, que ha sustituido al *Victim's Charter* y ha ampliado bastante los derechos de las víctimas, en especial en relación con la información, la protección y seguridad, la obtención de indemnizaciones y el apoyo psicológico.

Otra tendencia de reforma ha sido la orientada a otorgar una mayor protección a las víctimas: en ocasiones, a través de previsiones sin incidencia directa en la estructura del proceso penal, como sucede cuando se regulan medidas para garantizar la seguridad personal de las víctimas; ahora bien, con frecuencia la protección de la víctima se ha promovido a través de reformas legales con incidencia en la posición jurídica del sujeto pasivo del proceso: así sucede con las medidas de protección a testigos –aplicables, sin duda, a las víctimas–, que pueden afectar al derecho de defensa del acusado, en los casos en que se garantice el secreto en la identidad; y esta incidencia es igualmente innegable cuando se asume –como ha sucedido en España– que uno de los objetivos que legitiman la adopción de medidas cautelares personales, como la prisión provisional, es justamente la protección de la seguridad de la víctima [cfr. art. 503.3 c) LECrim].<sup>8</sup>

### **Características de las Reformas Procesales Penales en América Latina**

En general, estas reformas han pretendido superar diversos problemas que, tradicionalmente se han identificado con la vigencia de sistemas bastante arcaicos, basados en el modelo inquisitivo, heredado de la época de la colonia española, introduciendo instituciones más modernas que, en general aparecen caracterizadas bajo el rótulo de sistema acusatorio.

De esta reforma latinoamericana podemos decir, en términos generales que, conlleva a un nuevo modelo de instrucción, el cual implica la transformación de la investigación en una etapa preparatoria del juicio, entregada a los Fiscales, quienes deben conducir la labor de la policía y ejercer la acción penal pública cuando proceda, todo bajo la supervisión de un tribunal imparcial (juez de control o de garantía) distinto del llamado a resolver la causa.

La separación de las funciones judiciales de las investigativas es sin dudas una de las principales ventajas de los nuevos sistemas, pues ello permite por una parte un mejor respeto de las garantías que asisten al imputado, ya que por ellas pasa a velar un juez que no está comprometido con el éxito o el fracaso de la investigación.

---

<sup>8</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Los procesos penales en Europa: líneas de evolución y tendencias de reforma*. Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, N° 1, 2009. Disponible en: [https://eprints.ucm.es/26604/1/2010\\_Los procesos penales en Europa.pdf](https://eprints.ucm.es/26604/1/2010_Los%20procesos%20penales%20en%20Europa.pdf).

De otro lado, se puede ganar en efectividad, dotando de mayor dinamismo a esta etapa clave para el esclarecimiento de los hechos, en razón a que un fiscal estará en mejores condiciones técnicas para acumular y procesar la información de la investigación, y para interactuar con la policía y demás órganos encargados de auxiliarlo en la misión.

Por su parte el juicio que, además de pasar a ser el principal escenario del debate probatorio, es el mecanismo idóneo para resolver sobre la responsabilidad del procesado. Ello obliga a la realización de audiencias orales, públicas y contradictorias, donde deben formularse la acusación, la defensa y practicarse la prueba, en presencia directa de un juez o tribunal que, no ha tenido ningún contacto con los hechos, ni con las pruebas, con lo cual se garantiza su imparcialidad.

Frente a las garantías, regulación de las medidas de coerción, y finalidades del proceso, estos ordenamientos procuran adecuar estos aspectos a las exigencias contenidas en los Tratados Internacionales que protegen los Derechos Humanos. También se observa en estos nuevos sistemas una especial preocupación por las víctimas, a quienes dotan de amplias facultades de participación.<sup>9</sup>

### **c) La tendencia actual de la reforma sobre la posición jurídica del ofendido en América Latina**

En la década de los años ochenta ha habido en América Latina diferentes reformas legislativas, tanto en el campo del derecho penal material como procesal. En 1984 Honduras promulgó un nuevo Código Penal, Cuba decretó un nuevo Código Penal en 1987, Colombia modificó toda su legislación penal y con dos nuevos códigos, el Código Penal de 1984 y el Código Procesal Penal de 1986.

En el campo del derecho procesal penal, Uruguay y Perú tienen dos nuevos Códigos que entraron a regir en 1982. Chile en 1986 aprobó un nuevo texto oficial del Código Procesal Penal. En Argentina desde 1987 existe un nuevo proyecto de Código procesal Penal, conocido como el proyecto Maier. Vamos a presentar según esta nueva legislación penal, cual es la orientación de la figura del ofendido en el derecho material y procesal penal.

---

<sup>9</sup> DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *Derecho penal. procedimiento penal. sistema acusatorio. Derecho comparado. Reforma procesal.* Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4288>.

También en la criminología latinoamericana el tema de la víctima ha sido objeto de análisis durante los años ochenta. Conocer bajo cuál perspectiva ha sido estudiada esta figura, es el objetivo de esta sección.

En los nuevos Códigos Penales de América Latina no se observan cambios de relevancia en lo que respecta a la figura del ofendido por delitos. En la parte general, se toma en cuenta al ofendido en algunos casos para la determinación de las penas o para disfrutar de algunos beneficios penales, tales como, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional o el perdón judicial. Lo mismo sucede en la parte especial, en donde generalmente las penas son más rigurosas si la víctima del delito es un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, o se trate de un funcionario público, o si la víctima es incapaz o menor de edad.

El principal derecho material del ofendido sigue siendo la indemnización civil. Tanto el Código Penal de Honduras (art. 105-115), como el de Colombia (art. 103-110), en la parte general, al final, han establecido un capítulo destinado a regular las consecuencias civiles del hecho punible. Esta responsabilidad civil del acusado o tercero responsable comprende tres importantes aspectos: La restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios.

Algunos otros países han escogido el camino de promulgar leyes especiales tanto para el caso de víctimas de delitos comunes como de actos violentos o delitos no convencionales. Lo anterior para promover de una forma más activa tanto la prevención como la reparación de los daños, como por ejemplo, el caso de México que en 1969 decretó la Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito, con la que se busca una reparación de los daños materiales y morales causados a las víctimas, así como asistencia social terapéutica.

Actualmente en el proceso penal, aunque con mayores o menores diferencias según sea el país de que se trate, el ofendido realiza las siguientes funciones: a) Iniciar el proceso, sea como denunciante o como acusador privado o "querellante". b) Colabora con el Ministerio Público. c) Es un testigo de cargo. d) Puede terminar con el proceso y e) Influye en la sentencia final.

La tendencia actual es fortalecer estas funciones del ofendido y aumentar su participación dentro del proceso penal. Por lo menos esto es lo que se observa en la legislación latinoamericana y en el nuevo Código de Procedimientos Penales de Colombia (1987) y en el Proyecto Maier para un nuevo Código Procesal Penal de Argentina (1987). También, en Costa Rica, se ha sentido la necesidad de dar mayor

participación al ofendido dentro del proceso penal, aunque todavía estas ideas no se han materializado en una reforma legislativa o un proyecto de reforma.

En Colombia el actual C.P.P. aclaró o precisó que la acción civil para la reparación de daños puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil, a elección del ofendido. Posibilitó al Ministerio Público para ejercer la acción civil cuando el perjudicado sea una entidad de derecho público. También, precisó los derechos del ofendido como por ejemplo: a) La demostración de la existencia del delito; b) Pedir embargo en bienes del demandado; c) Interponer recursos legales. Sólo se excluye las facultades de la parte civil encaminadas a debatir el problema de la libertad del acusado.

En el proyecto Maier de Argentina, lo más novedoso con respecto al ofendido es la llamada "querrela adhesiva" (art. 78-85 del Proyecto), similar a la institución del derecho procesal penal alemán, conocida como "El Acusador Accesorio" (Nebenklage). En esta "querrela adhesiva" se permite al ofendido provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. El ofendido puede participar en los delitos de acción pública como un colaborador del Ministerio Público, solo está excluida su participación en el procedimiento para la ejecución penal.

Para los delitos de acción privada, el Proyecto Maier ha mantenido la conocida "querrela exclusiva" la que se rige en general por las reglas para este tipo de delitos que explicamos anteriormente (art. 374-382 del Proyecto). Se han previsto reglas que favorecen el resarcimiento al ofendido, a través de la "reparación privada" (art. 87-90 del Proyecto) y la acusación civil dentro del proceso penal, "acción civil" (art. 92-107 del Proyecto). El Proyecto también presupone la creación de un órgano diferente al Ministerio Público que ejerza o promueva la acción civil cuando el ofendido sea un incapaz que carezca de representación.

### **Enfoque de la Víctima bajo la perspectiva criminológica Latinoamericana**

Los problemas relacionados con la víctima y su situación jurídica son un tema de actualidad. En el pasado Décimo Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Hamburgo, el tema de la víctima y el delito fue incluido y ampliamente discutido.

También en América Latina se percibe un interés por el tema de la víctima, aunque el enfoque sea más académico y teórico que planteamientos prácticos o

encaminados a la realización de proyectos piloto e informes de resultados de planes en ejecución.

Según nuestras fuentes consultadas, principalmente la biblioteca de Max-Planck- Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Friburgo, Alemania) y la biblioteca del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito -ILANUD- (San José, Costa Rica), el estudio de las víctimas de delitos en América Latina, ha sido tratado sobre todo desde un plano jurídico, es decir la figura de la víctima en relación con la ley, sea penal o civil, en especial el tema del resarcimiento o reparación de los daños. Son esporádicos los estudios empíricos y relacionados con aspectos psico-sociales o económicos.

Es mucho más difícil de encontrar datos relacionados entre lo establecido por la ley y su aplicación práctica. Por ejemplo, en México D.F. a pesar de que la reparación del daño debe ser hecha por el delincuente y tiene carácter de pena pública (art. 34 C.P.), en la práctica un estudio sobre víctimas demostró que tan solo el 6.49% de las personas que declararon ser víctimas de delitos fueron compensadas en alguna forma por los daños sufridos.

En América Latina varios han sido los esfuerzos para realizar estudios o investigaciones sobre el tema de las víctimas, pero se han enfrentado con dificultades de tipo financiero, falta de información, y de tipo metodológico.

En 1982 el ILANUD promovió un estudio sobre Estigmatización, Conducta Desviada y Victimización, en áreas urbanas marginadas de la ciudad de San José. Este estudio luego fue comparado con otro similar realizado en la ciudad de Panamá. De este estudio comparado se obtuvo en 1984 interesante información que con recuerda entre poblaciones marginadas de estos dos países, como por ejemplo: edad de la víctima, (menores, ancianos) sexo de víctimas (mujeres, niños), hora de mayor victimización (más en la noche que en el día), porcentaje de delitos (contra la propiedad mayormente que contra la vida o que contra la libertad sexual), características de agresores (joven, masculino, desempleado, analfabeto), así como recomendaciones para la prevención victimal.

La criminología latinoamericana, además, se ha dedicado al estudio de la víctima en sentido amplio y no solo las provenientes de un delito en particular. Como son las víctimas de accidentes de tránsito, de desastres económicos, ecológicos, o poblaciones determinadas como los indígenas. Así sobre este grupo victimizado podemos decir, que las poblaciones indígenas son objeto da estudio por la

criminología latinoamericana, no solo como ofendidos por delitos, sino como víctimas de políticas de desarrollo que no han tomado en cuenta las costumbres, tradiciones o forma de vida de los indígenas. Las cuales ponen en peligro de extinción las poblaciones autóctonas de América Latina por lo que se promueve la creación de un nuevo delito denominado etnocidio, similar al genocidio codificado internacionalmente después de la segunda guerra mundial.

También la criminología latinoamericana se ha preocupado por difundir y promover la protección de las víctimas fuera del derecho penal. En Argentina, Brasil, México y Venezuela se han creado Centros de Asistencia a las Víctimas de delitos que prestan no solo asistencia económica sino también interdisciplinaria, como social, terapéutica o jurídica. En Costa Rica funciona con muy pocos recursos algunos programas institucionales y privados que dan asistencia a víctimas de delitos, en especial a niños y mujeres.

En Panamá la víctima interviene en las fases II y III del proceso, de calificación y de fondo, La Víctima a través de su apoderado (querellante coadyuvante):

a. Según la Ley de Protección a las Víctimas (Ley 31 de 1998) se le debe correr traslado de cualquier solicitud que se encamine a lograr la libertad, aunque sea provisional del imputado.

b. Una vez se llame a juicio y una vez se haya instituido como querellante en la instrucción del sumario puede presentar incidentes de daños y perjuicios<sup>10</sup>.

Emergente autonomía de los derechos de las víctimas, se antagonizan sus derechos con los del acusado.

– La víctima ha perdido el anonimato y la individualidad para asumir una representación de un rol colectivo y vindicativo frente al delincuente y frente a todos los delincuentes de igual naturaleza delictiva.

– Este protagonismo representativo se utiliza para supervisar directamente la actuación de los Poderes Públicos y neutralizar toda actuación de

---

<sup>10</sup> STERLING BERNAL, Tania. *Principio acusatorio en el proceso penal panameño*. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_pan\\_res\\_ane\\_act\\_corr\\_2.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf)

MONTERO AROCA, Juan. PROCESO (PRINCIPIO O SISTEMA) ACUSATORIO. Disponible en: [https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp\\_repo/uploads/2017/09/Presentacion-del-Doctor-Juan-Montero-Aroca.pdf](https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2017/09/Presentacion-del-Doctor-Juan-Montero-Aroca.pdf)

estos que se interprete como favorable para el delincuente, en primer lugar, y no favorable para la víctima, en segundo lugar, cuando debiera ser al revés.

– Se pide participar en la ejecución de la pena para enervar cualquier beneficio penitenciario y los efectos del tratamiento progresivo sobre el penado.<sup>11</sup>

Sobre estos aspectos Mendoza señala que los finales del pasado siglo y albores del presente marcan un hito en el proceso penal en América Latina, con el comienzo de una reforma en cascada que abarca una panoplia de países del hemisferio. La reforma se caracteriza por la introducción, a la mayor escala posible, de los principios que informan el sistema acusatorio.<sup>12</sup>

La búsqueda de soluciones alternativas a los conflictos penales no se centra exclusivamente en la ya analizada oportunidad, sino que han surgido otras vías alternativas de más o menos uso en los diferentes ordenamientos procesales entre las que se destacan: la conciliación, la mediación y la reparación del daño.

La conciliación más asociada a reformas procesales que meramente sustantivas, llama a un acuerdo entre víctima y victimario, muy empleada en delitos de carácter patrimonial, de poca gravedad y en los que no se han producido afectaciones a la integridad física de las personas. Muy utilizada en países europeos y en Estados Unidos, ha provocado algunos cuestionamientos acerca de la validez de su empleo en Latinoamérica por razones de idiosincrasia, aún y cuando en nuestros días se utiliza en comunidades indígenas.<sup>13</sup>

A pesar de ello su instrumentación en los países latinoamericanos no ha sido sencilla, pues median en ello posiciones de carácter ideológico, las que se vencen por otras razones mucho más poderosas como la simplicidad de los referidos mecanismos, la rapidez, la efectividad reparatoria, el poco costo unido a la percepción social de una mayor transparencia en la justicia formal y tradicional

---

<sup>11</sup> ALBIÑANA I OLMOS, Josep Lluís. *Los sujetos del sistema acusatorio (I): EL Juez, El Fiscal, El Abogado y la víctima*. Repositorio Comillas. Universidad Pontificia Comillas. 2008

<sup>12</sup> MENDOZA DÍAS, Juan. *Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina*. En Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II, CEDMA, Málaga, 2006.

<sup>13</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDES Diego. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Latinoamericano. Instituto Interamericano de derechos humanos. México, 1990.

plagada hoy de un alto índice de corrupción, obsolescencia y formalismos que no alcanzan a la real solución del problema, sino solo a una solución jurídica.<sup>14</sup>

Presupuestos para establecer una política de persecución penal en el seno de la tensión entre legalidad y oportunidad:

I. La legalidad subraya justicia y la oportunidad resalta finalidad, por tanto, tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesario.

II. La legalidad debería encuadrarse en las teorías penales absolutas y la oportunidad en las teorías penales relativas.

III. El principio de oportunidad debe utilizarse por su efecto desincriminador.

IV. El principio de oportunidad para descargar el trabajo de los tribunales.

V. El principio de oportunidad debe calcularse en el marco de oportunidades:

- Aceptación del afectado o víctima.<sup>15</sup>

La Ley N° 27.372, “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, que contiene un detalle de derechos que le asisten, pasando por normativa que contempla los derechos de otros grupos vulnerables y focaliza su mirada en ellos y en sus particularidades -concretamente, los damnificados en contextos de violencia de género, violencia familiar, trata de personas, protección de los menores víctimas de delitos, así como también, la protección de testigos, etc.-.

Concretamente, la Ley N° 27.372, “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, contiene en su articulado, disposiciones que garantizan diversos derechos: a la información, asesoramiento, asistencia, asistencia jurídica, protección, se crea la figura del Defensor Público de Víctimas en el orden nacional y provincial, algunos de ellos reconocidos en leyes anteriores, pero esta ley vino a reafirmarlos, más aún ante la suspensión del nuevo Código Procesal de la Nación -Ley N° 27.063- que contenía disposiciones precisas y un título dedicado especialmente a la víctima.

En el capítulo I, bajo la denominación de “Disposiciones generales”, se consigna que *“las disposiciones de esta ley son de orden público”* y, en su art. 2, define a quiénes se considera “víctima” -directa e indirecta-: *“a) A la persona ofendida*

---

<sup>14</sup>BATISTA OJEDA, María Elvira. El destino de un tradicional principio procesal: la contradicción. Manuscrito para trabajo metodológico de la Disciplina. Universidad de Oriente. Cuba.2020.

<sup>15</sup> HASSEMER, Winfried. *La persecución penal: legalidad y oportunidad*. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 4, 1988, págs. 8-11.

*directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos, cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.”*

### **Especial referencia al papel de la víctima dentro del proceso penal en México**

Como es natural, al igual que en cualquier sistema con tendencia inquisitiva y no obstante se catalogue de mixto, el llamado monopolio del ejercicio de la acción penal pública históricamente relegó a la víctima en cuanto a la posibilidad de participar, sobre todo de manera directa en el proceso penal. No es extraño por tanto que en el proceso penal mexicano de tipo tradicional durante la mayor parte del siglo XX, a la víctima u ofendido del delito se le privó de un mayor protagonismo y a lo sumo se reconoció su carácter de “*coadyuvante*”, figura ésta que por naturaleza excluye la posibilidad de parte independiente al implicar precisamente el carácter de adherente o contribuyente a los mismos fines de aquella parte con la que se coadyuva.

Por tanto, en un primer momento puede concluirse que en el sistema penal tradicional mexicano tanto desde el punto de vista doctrinario como legal y jurisprudencial la víctima no tenía reconocido el carácter de parte en sentido estricto, ello al margen de la posible y a veces frecuente utilización plurívoca y confusa de la expresión “*parte*”. De manera muy resumida podría mencionarse que no fue sino hasta la reforma de diciembre de 1994, que en el artículo 21 constitucional se incorporó el primer gran logro en favor del reconocimiento de los derechos de la víctima u ofendido a nivel de ley suprema, al establecerse como derecho fundamental (“*garantía constitucional*” en términos coloquiales del amparo mexicano) la posibilidad de impugnar a través de un recurso y ante autoridad judicial las determinaciones de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Posteriormente, en la siguiente reforma constitucional del año 2000 se incorporó todo un catálogo de derechos constitucionales de víctimas u ofendidos nada menos que en el mismo artículo 20, en el que históricamente se contemplaban tan solo los derechos del imputado o procesado. Esto fue sin duda un parteaguas que en México ha dado lugar a la búsqueda de una posición equilibrada y ponderable entre los derechos intraprocesales de los llamados sujetos de la *relación víctima-victimario* y más aún, a partir de la reiterada reforma de 18 de junio de 2008, en el mismo artículo se hacen modificaciones que por un lado establecen los principios del nuevo sistema procesal penal acusatorio, pero al mismo tiempo se adecuan e

incrementan de alguna manera los citados derechos constitucionales de víctimas y ofendidos.

Esta resumida evolución de disposiciones constitucionales y normativas, a la par se ha visto acompañada de múltiples interpretaciones y de la complejidad propia derivada de nuestro sistema federal de competencias, pues a pesar de los muy significativos contenidos constitucionales, la normatividad ordinaria ha sido lenta y en algunos casos omisa en adecuarse a tales disposiciones, ello aunado a que la pluralidad de códigos u ordenamientos ha generado igualmente diversas interpretaciones en relación con el tema del carácter de la víctima u ofendido dentro del proceso, de sus alcances o posibilidades y de la forma de cumplir con tales derechos, reconocidos en la Constitución.<sup>16</sup>

Ahora bien, no obstante que de manera expresa en la Constitución y sus reformas materialmente alcanzadas, no se señala que la víctima sea parte en sentido estricto, sobre todo tratándose de la acción penal pública que se sigue reservando en cuanto a titularidad de su ejercicio al órgano especializado del Ministerio Público, es innegable que han surgido diversas disposiciones que forman parte de los códigos de algunas entidades federativas, donde esto parece confundirse y se utiliza la expresión “*parté*” no necesariamente en sentido estricto. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios vanguardistas en los que también se establece este carácter como producto de una interpretación constitucional mucho más amplia. Igualmente merece especial mención el artículo 134 del actual proyecto de Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, en el que después de listar a los “*sujetos del proceso penal*” (víctima u ofendido; imputado; defensor; Ministerio Público; policía; y juzgador), establece de manera textual que los sujetos “*que tendrán la calidad de partes en el procedimiento, incluyendo los procedimientos especiales, son: el imputado, el Ministerio Público y la víctima u ofendido.*”

Lo que da muestra del establecimiento de una condicionante en el rol de la víctima en el proceso al seguir ubicándola como coadyuvante del Ministerio Público, entendemos nosotros, cuando se trata de la acción penal pública de la que sigue siendo titular dicha institución en términos del citado artículo 21 Constitucional, ello con total independencia de que a partir de las reformas de 2008 pueda también reconocerse el carácter de parte en sentido estricto a víctimas u ofendidos en el

---

<sup>16</sup> LUNA CASTRO, José Nieves, *Los Derechos de la Víctima y su Protección en los Sistemas Penales Contemporáneos mediante el Juicio de Amparo*, editorial Porrúa, S.A., México, 2009.

diverso supuesto de la llamada acción penal privada, independientemente de que se trate del llamado proceso penal tradicional o el nuevo sistema penal acusatorio.<sup>17</sup>

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

I. el derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

II. el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

III. el derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

Leyes 599 y 600 de 2000 las regulaciones de los nuevos códigos penal y de procedimiento penal del año 2000 en esencia recogieron todos los avances que, desde la ley, la jurisprudencia y la doctrina venían presentándose en torno a la protección de las víctimas y sus derechos a la reparación. en este sentido, se disciplinó no sólo la posibilidad de que las víctimas intervinieran en todos los estadios de la actuación, sino que además se reguló toda suerte de mecanismos que de una forma u otra se constituyeron en eficaces herramientas para alcanzar lo que se consideró el derecho constitucional fundamental de las víctimas al restablecimiento del derecho. así, como instrumentos de restablecimiento del derecho podrían citarse, entre otros:

I. posibilidad de embargar y secuestrar bienes de los penalmente responsables (autores y partícipes), lo cual podría ocurrir a partir del momento en que se imponga medida de aseguramiento personal;

II. posibilidad de embargar y secuestrar bienes del denominado *tercero civilmente responsable*, lo cual podría ocurrir a partir del momento en que la resolución de acusación queda ejecutoriada;

---

<sup>17</sup> LUNA CASTRO, José Nieves. *Las partes y otras peculiaridades del sistema procesal penal acusatorio mexicano en su proceso de conformación*. Disponible en: [http://ual.dyndns.org/biblioteca/Teoria\\_General\\_Proceso\\_2018/MaterialdeApoyo/Partes\\_del\\_Sistema\\_Procesal\\_Penal\\_Acusatorio\\_SCJN.pdf](http://ual.dyndns.org/biblioteca/Teoria_General_Proceso_2018/MaterialdeApoyo/Partes_del_Sistema_Procesal_Penal_Acusatorio_SCJN.pdf)

III. posibilidad de embargar bienes del penalmente responsable y del llamado *tercero civilmente responsable*, incluso antes de existir medida de aseguramiento personal o resolución de acusación ejecutoriada, según el caso, como acontece con la denominada *entrega provisional*, la cual se ordena, en tratándose de delitos culposos, respecto de vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y demás objetos que tengan libre comercio cuando constituyeren instrumentos o efectos con los cuales se haya cometido la conducta;

IV. prohibición de enajenar bienes sujetos a registros dentro del año siguiente a la vinculación;

V. posibilidad de ordenar la cancelación de títulos y registros de propiedad, o títulos y registros de gravamen, respecto de bienes sujetos a registro;

VI. posibilidad de ordenar la suspensión e incluso terminación de actuaciones judiciales que se estuvieren adelantando, teniendo como base las calidades jurídicas derivadas de títulos de propiedad o gravamen de bienes sujetos a registro obtenidos fraudulentamente;

VII. derecho a tener la posibilidad de que se permita la vinculación al proceso, mediante el *llamamiento en garantía*, a la compañía de seguros que hubiere amparado a alguna de las personas que de conformidad con la ley sustancial están llamadas a indemnizar;

VIII. derecho a que, en la sentencia condenatoria, estando demostrado el daño y la responsabilidad civil del llamado a responder civilmente, sea éste autor o partícipe del delito o *tercero civilmente responsable*, o incluso *llamado en garantía*, se prefiera sentencia condenatoria declarando la responsabilidad civil e imponiendo la obligación

de indemnizar los perjuicios que se hubieren demostrado, sean materiales, morales o incluso a la vida en relación;

IX. posibilidad de que la acción penal respecto de un amplio catálogo de delitos se extinga a condición de que exista indemnización integral de los perjuicios o incluso conciliación, la cual no ha de suponer necesariamente un pago de los perjuicios.<sup>18</sup>

Dígase aquí que la sentencia C-228 de 2002 constituyó un hito dentro del procedimiento penal colombiano, pues por primera vez admitió que las víctimas podrían concurrir a la actuación procesal penal no solamente en procura de un interés de naturaleza exclusivamente patrimonial, como lo es la indemnización de

---

<sup>18</sup> GAVIRIA LONDOÑO, *Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa*. Revista Derecho Penal y Criminología. 30, 89 (1), 37-72. 2009.

perjuicios, sino que también podría hacerlo para hacer valer sus derechos a conocer la verdad y a obtener justicia.<sup>19</sup>

En este sentido, la inclusión de la víctima de forma activa en el proceso presupone:

a) Este es el primer intento directo desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta, por dismantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí, pero el primero que desde el nacimiento del Derecho penal que gira alrededor de la pena estatal, toca su fundamento.<sup>20</sup>

b) Más allá de esta visión teórica, principista, en el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendientes a que esas soluciones se realicen prácticamente en una medida considerable. Se debe reconocer que, mientras perdure la forma de organización política que conocemos como Estado nación, esto es, mientras se mantenga el alejamiento del poder político central de los ciudadanos que conforman ese poder y lo legitiman, tal realidad política será una valla difícilmente superable para este tipo de soluciones.

c) La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla:

---

<sup>19</sup> Sentencia C-228 de 2003 (mp: AlFredo beltrán sierrA, con salvamento parcial de voto de los magistrados mArco gerArdo monroy cAbrA, álVArO tAFur gAlvis, AlFredo beltrán sierrA, con salvamento de voto del magistrado rodrigo escobAr gil), en donde la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de varias disposiciones del Código penal militar, y en lo que tiene que ver con los derechos de las víctimas, sobre la constitucionalidad del artículo 220 de la ley 522 de 1999, la Corte resolvió: “[...] Décimo. Declarar inexecutable la expresión ‘el resarcimiento de los perjuicios a que hubiere lugar se obtendrá a través de la acción indemnizatoria que se ejercerá ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo’ contenida en el artículo 220 de la ley 522 de 1999”.

<sup>20</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata N. 2 de «Doctrina penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

- en el Derecho contravencional;
- en el ámbito de los delitos más leves y de mediana gravedad;
- en ciertos delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima, si no se procede de esa manera, costos que no están en relación con el daño social estimado, y sobre los cuales sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado, íntimo, del interés protegido;
- en el ámbito de la determinación de la pena.

d) La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen en el sistema penal actual el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades.

e) Se puede ampliar de diferentes maneras el ámbito en el cual desempeña un papel la autonomía de la voluntad privada en la persecución penal:

- incorporando otros delitos a la persecución penal privada o la necesidad de la instancia o de la autorización estatal para su persecución oficial;
- permitiendo la retractación de la instancia o de la autorización estatal;
- permitiendo que la víctima asuma la persecución penal, por vía del procedimiento por delito de acción privada, cuando el Estado por algunas razones de oportunidad, niegue el interés público comprometido y, por ello deje de perseguir penalmente.

f) La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal y, de hecho, su intervención ha sido necesaria en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconozcan derechos igualitarios de participación. La supuesta víctima (ofendido) puede intervenir en el procedimiento penal cumpliendo eventualmente tres papeles posibles:

- acusador, excluyendo toda persecución oficial, en los delitos de acción privada o conjuntamente con el ministerio público o en colaboración con él en los delitos de persecución penal oficial;

– actor civil, pretendiendo la reparación del daño causado por el delito, según reglas del Derecho civil;

– testigo, informante sobre el tema del procedimiento penal.

g) Fuera de los casos reconocidos por la ley para la persecución penal privada, si se mantiene el sistema de persecución penal oficial, conviene más, tanto a la esencia del sistema, como al resguardo de los derechos defensivos del imputado.

h) Es satisfactorio, como ejemplo, la evolución normativa del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal argentino.

i) Aunque no participe en el procedimiento penal oficial, el supuesto ofendido tiene derecho:

– a controlar la legalidad de los actos y resoluciones que impliquen clausura o archivo de la persecución penal;

– a asistencia para su comparecencia en el procedimiento, sobre todo a la asistencia jurídica y al asesoramiento de un abogado durante su informe;

– a que se escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura de la persecución penal.

j) El Derecho de protección a la víctima debe avanzar, sobre todo, en la creación de un servicio, parecido al de la defensa oficial o, quizás, aprovechándolo que sirva a la asistencia de las víctimas cuyos recursos económicos no son suficientes para ejercer los derechos que les competen. Lograr un resultado cuantitativo en este ámbito provocará, seguramente, cambios cualitativos del sistema.

k) Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen precisamente para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos; ello es importante, sobre todo, en presencia de ataques sufridos por bienes jurídicos colectivos o universales.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>MAIER, Julio B. J. *La víctima y el sistema penal*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/13.pdf>

#### **d) La víctima y las vías alternativas a la solución de conflictos en sede penal**

Cuando nos referimos a este principio, normado en nuestro ordenamiento procesal penal estamos aludiendo a una institución procesal que quiebra la inflexibilidad del clásico principio de obligatoriedad de la acción penal.<sup>22</sup>

Al respecto y como bien lo señala Ore Guardia<sup>23</sup>, nuestro sistema penal tiene una base inquisitiva pues señala que tiene como regla casi absoluta que todo delito debe ser investigado y sancionado, en base al principio de legalidad, por el cual, ante la noticia de la posible comisión de un hecho delictivo, existiría la obligación de perseguirlo y sancionarlo a través de las entidades competentes del Estado.

Dicha obligación funcional de perseguir y sancionar todos los delitos tendría su sustento en la concepción de una justicia absoluta, a la que no puede escapar ningún delito.

Por ello se afirma que un nuevo modelo de justicia penal, la preocupación central no debe ser sólo la solución formal del caso, sino la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por el delito. En consecuencia, el proceso penal no puede permanecer al margen ni de las exigencias propias del modelo de Estado en el que se desarrolla ni, por consiguiente, de las funciones que el derecho penal asuma en un concreto momento histórico y respecto a un ordenamiento jurídico determinado.<sup>24</sup>

Un primer análisis del principio de oportunidad nos permite constatar que se le ha venido definiendo como aquel que se contrapone excepcionalmente al principio de la legalidad penal corrigiendo su disfuncionalidad, no obstante, tal como lo expone Baumann<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Benavides Vargas, Rosa Ruth. *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Disponible en: [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides\\_v\\_r/contenido.htm](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides_v_r/contenido.htm)

<sup>23</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da. Edic. Editorial Alternativas. Lima. 1999, p.129.

<sup>24</sup> GARCÍA DEL RÍO, Flavio. *El Principio de Oportunidad*. Ediciones Legales, Lima, 2000, p.2

<sup>25</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Traducción del alemán por Conrado Finzi, Ediciones DE PALMA, Buenos Aires, 1986, p. 62.

Creus, el cual lo considera como la posibilidad que el funcionario posee de discriminar si se encuentra o no ante un hecho que puede constituir delito, para promover la acción o abstenerse de hacerlo<sup>26</sup>

El redescubrimiento de las víctimas y su papel en el Derecho Penal puede ser abordado, y lo será sin duda en estos días desde diferentes ángulos. Desde el análisis de la desprotección de las víctimas en nuestro país, a la llamada víctima-dogmática, o al análisis del importante papel que las víctimas desarrollan en la denuncia y conocimiento de los delitos, que son temas de vital importancia. Pero lo serían también, y sólo por citar algunos, el rol de la víctima como fuente alternativa del conocimiento de la criminalidad a través de las encuestas de victimización, o su importancia en el terreno de la prevención y la política entorno a la seguridad ciudadana.

En todas ellas, sin embargo, puede destacarse la relación existente entre esta extraña pareja "víctima-delincuente" aunque ello sea abordado de forma totalmente opuesta según entendamos las diferentes posturas. Así, en la llamada víctima-dogmática por ejemplo, sus conclusiones no favorecen los esfuerzos por mejorar la posición de la víctima. Sus investigaciones se basan fundamentalmente en demostrar la participación de la víctima en el hecho delictivo. Casos de aplicación típica en la víctima-dogmática son los desarrollados en la República Federal Alemana, en los delitos de estafa, apropiación indebida, etc. El extremo opuesto sería la corriente de la llamada conciliación víctima-delincuente, donde los esfuerzos por reparar a la víctima llegan incluso a sustraer a esa "extraña pareja" del Derecho Penal.

Lo que no ofrece hoy duda alguna es que la importancia de la víctima y de su estudio desde diferentes ángulos ofrece una visión diferente y complementaria al Derecho Penal. La preocupación en torno a la víctima cabe cifrarla en más de 30 años atrás, pero en general los estudios y trabajos eran muy dispares. En concreto la Criminología apenas se ocupó de ello, ni siquiera como factor fundamental en el conocimiento de la delincuencia.

En los últimos 50 años hemos podido asistir a una importante corriente en defensa de los derechos humanos de los delincuentes y en la necesidad de la mejora del tratamiento penitenciario. Ello se ha convertido en algunos cambios que podrían quedar así resumidos:

---

<sup>26</sup> CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 36

- Mayor humanización de las penas.
- Control político y judicial de la ejecución de penas privativas de libertad.
- Crisis y crítica de la prisión como medio de conseguir la reinserción social del delincuente.
- Puesta en marcha de medidas alternativas y búsqueda de un sistema más justo.
- Reducción en la medida de lo posible de la población penitenciaria.

La razón de existir del Derecho Penal es la protección de las más elementales normas de convivencia social. El Derecho Penal como "última ratio" y el principio de subsidiariedad son los pilares en los que debe basarse el Ius puniendi. Si un Bien jurídico puede protegerse a través de otra rama del Ordenamiento Jurídico, no debería acudir al Derecho Penal. Esto no ha sido desde luego siempre así, y nuestra historia está llena de ejemplos. Si a ello le añadimos, la inutilidad del control penal frente a determinados delitos y el hecho de que la principal respuesta haya sido la pena privativa de libertad, nuestra confianza en el sistema penal irá menguando considerablemente.

La víctima pues, cumple aun sin quererlo una función esencial en el control del delito, ya que es a través de la denuncia donde se ejercita una buena parte del control social. Ahondando más, estima Schneider que la víctima no sólo sufre el hecho punible sino además otro tipo de daños, morales, psíquicos, sociales, ... que con frecuencia quedan sin respuesta. La víctima se suele sentir abandonada, incomprendida, tiene miedos, angustias, rencores, etc. El problema es que, a través del proceso penal, a veces piensa que el acusado es ella, en lugar del autor.

El abandono que siente la víctima en el proceso penal, le crea nuevos daños, y lo que es más peligroso, incrementa su sentido de venganza, su necesidad de una justicia individual. Por esta razón, creo que el tema de la atención a las víctimas no puede tomarse como un asunto particular, sino todo lo contrario.

La confrontación entre víctima y delincuente y, sobre todo, un tipo de respuesta diferente para ambos, podría ayudar a mejorar el clima social, propiciar una mejor disposición de la víctima hacia el delincuente, y así contribuir a una mayor

responsabilización del delincuente frente a la víctima; a quien conoce y a quien sabe el daño producido.<sup>27</sup>

El programa de mediación y reparación surgió en Cataluña en mayo de 1990, como consecuencia de un interés en la búsqueda de otras respuestas en el ámbito de la Justicia de Menores, regidas por unos Principios de:

- Intervención judicial mínima
- Individualización de las intervenciones
- Ampliación y diversificación de las diferentes intervenciones educativas con menores infractores.<sup>28</sup>

El mundo penal contemporáneo planteó hace algunos años -sobre todo en los países nórdicos- una experiencia interesante: el abolicionismo penal. Cuando la idea llega a los países latinoamericanos, el asombro y, en algunos casos el enojo, se apoderó de aquellos juristas que nunca han oído la realidad del sistema de justicia penal. Y, al contrario, parece haber señalado inquietudes importantes en otros colegas más sensibles al quehacer de la justicia penal en los grupos ciudadanos que más directamente toca el sistema de justicia penal.

## **Mecanismos posibles**

### **a. Los delitos de acción privada**

En el procedimiento de los delitos de acción privada queda claro que la conciliación no sólo es posible en la convocatoria al efecto -art. 436 CPP- sino que puede ocurrir en cualquier estado de la causa -art. 438 ibidem-. Esta posibilidad es interesante de explorar y explotar al máximo.

Es necesario plantearse si tal y como está concebida la conciliación pueda servir como medida desinstitucionalizadora; de ser así no se necesitaría una reforma legal sino una capacitación judicial en ese sentido. Caso contrario, se debe fortalecer procesalmente la conciliación. De todos modos, sí es importante pensar en la Conciliación como instancia previa a la presentación de la querrela.

---

<sup>27</sup> GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. *La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador*. En *La Mediación penal*. Editores: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. España. 1999.

<sup>28</sup> PEREZ DE-GREGORIO, Carmen. *La mediación en el ámbito penal juvenil*. 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>

El procedimiento en los delitos de acción privada permite pensar la posibilidad de que algunos hechos de acción pública se transformen en delitos de acción privada. Además, su existencia nos permite tener ya un camino ejemplificativo para poder establecer reformas en los delitos de acción pública que puedan aceptar la conciliación.

#### **b. Delitos de acción pública dependientes de instancia privada**

En igual sentido pensamos con el caso de los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, en donde se necesita de una denuncia formal. En este caso, la posibilidad de una conciliación como requisito previo a la denuncia puede ser un instrumento utilizable.<sup>29</sup>

Las nuevas corrientes del entorno europeo, recogidas en gran parte en las Recomendaciones del Consejo de Europa a sus países miembros, marchan por cuatro vías:

a) En el aspecto sustantivo, por el principio de la *despenalización*. Se entiende que el *principio de intervención mínima* del Derecho penal y el de la pena como «última ratio», cuyo abuso produce un desgaste que la desvaloriza y esteriliza como instrumento de lucha contra la auténtica criminalidad, obliga a erradicar de los Códigos penales las llamadas «bagatelas», esto es, aquellas infracciones mínimas que han perdido ya el reproche social que en su día hizo se considerasen delictivas, o que tienen su sanción más propia en otros ámbitos como el administrativo e incluso el de la mera reparación civil.

La reforma italiana, iniciada ya en 1967 y que cristaliza en la trascendental Ley 689 de 1981, que erradicó del Código penal todos los tipos castigados con multa, sometiéndolos a un procedimiento sancionador administrativo, es el ejemplo más notorio de que esta corriente, que han seguido también Portugal y, en menor medida, Francia y de la que es una tímida expresión la reforma del Libro III de nuestro Código penal que en estos momentos se está tramitando en las Cortes.

---

<sup>29</sup>ISSA, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. una propuesta de marco teórico*. 2008. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/jurídicas/article>.

b) En el aspecto procesal tres son los caminos por los que parecen marchar las reformas:

I) El reconocimiento de que el proceso penal continental instaurado tras la Revolución francesa, esto es, el llamado *Mixto*, fruto de una transacción entre los principios autoritarios del sistema inquisitivo y los principios liberales del sistema acusatorio, que mantenía el inquisitivo y secreto para la fase sumarial y el acusatorio público para la del juicio oral, ha hecho crisis por no acomodarse a los actuales sistemas democráticos y a las tendencias doctrinales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hoy se postula una acentuación de la publicidad y oralidad de todo el proceso, una consagración del sistema acusatorio -que los países anglosajones han mantenido siempre- y la erradicación de la institución judicial como fase necesaria del enjuiciamiento. No se trata, como algunos piensan erróneamente, de una sustitución del titular de la instrucción, sino de una sustitución del propio sumario como mecanismo procesal de preparación del juicio oral, por una fase pre-procesal de investigación, sin valor probatorio, trasladando el enjuiciamiento y la prueba al juicio oral.

II) La segunda corriente se plasma en la introducción de los procedimientos monitorios o abreviados, al modo del clásico «*giudizio per decreto*», del sistema italiano, o el «*processo sumarísimo*» del nuevo Código del proceso penal portugués y que, con ligeras variantes, es acogido en Alemania, Bélgica, Gran Bretaña y otros países del Norte europeo.

III) El último de los instrumentos procesales para obtener la agilización del proceso penal se orienta por la potenciación del *principio de oportunidad*.

Principio de oportunidad libre o facultad de abstención en la acusación y de formular ésta libremente. Es el propio de los países anglosajones y encuentra su máxima expresión en Norteamérica a través del instituto del «*plea bargaining*» o «*plea guilty*», conforme al que la acusación se formula previa transacción con el acusado y es aceptada por éste en los términos concertados, que son aprobados por el Juez, eludiéndose así el enjuiciamiento y todo el trámite procesal.

Posición peculiar adoptan los países del llamado «socialismo real» que manejan un concepto de delito fundado en la antijuricidad material, esto es, en la necesidad de que el hecho sea dañoso para la sociedad marxista-leninista, como elemento constitutivo de su carácter delictivo. La abstención de la acusación de un hecho

formalmente típico, pero que se entiende no ha causado aquel daño social, justificase en base a que tal hecho sustancialmente no es delictivo.

Ciertos países, como Escocia y Holanda, utilizan la oportunidad unida a la imposición de ciertas medidas sustitutivas de la pena y favorecedoras de la reinserción social del reo, sin que aparezcan especialmente reguladas en la Ley.

Por último, existen legislaciones, como la alemana, belga, noruega, portuguesa, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, la de ciertos cantones suizos y, en menor medida, la francesa, que prevén expresamente, ya en supuestos concretos, ya para ciertos delitos o ciertos delincuentes (drogadictos, p. ej.), ya para los delitos menores *in genere*, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio público, sea absteniéndose sin más de la acusación, sea suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones o medidas, cuyo cumplimiento se impone al acusado, en una anticipación de lo que sería la condena condicional o el régimen de *probation*.<sup>30</sup>

### **Clases**

*Principio de Oportunidad rígido*: es cuando dentro de la legislación se estipula una serie de condiciones para su aplicación y además se articulan expresamente los tipos penales que pueden ser materia de este principio de tal forma que la norma prescribe la forma, modo, circunstancia y tipos penales aplicables.  
*Principio de Oportunidad flexible*: es cuando dentro de la legislación se estipula si bien condicionamientos para su aplicación, estos son de carácter general inocuo a tan grande liberación y decisión de la autoridad encargada de aplicarlo, además la norma no prescribe tipos penales aplicables, sino supuestos de carácter interpretativo.

### **Formas de manifestación**

*Principio de Oportunidad extra-proceso (antes del proceso)*: Como nos indica Oré Guardia, “*equivale a la extensión de la acción penal y se opone al principio de inevitabilidad de la acción penal. Esto se verifica en etapa fiscal, requiriendo ser un supuesto previsto en ley, causa probable de imputación, consentimiento expreso del imputado y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido. La*

---

<sup>30</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*. ISSN 0211-8815, N° Extra-6, 1989 (Ejemplar dedicado a: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), págs. 17-56

*extensión de ejercitar acción penal se resuelve por medio de un auto fiscal. Sin embargo, uno de los requisitos para la aplicación del Principio de Oportunidad es que se llegue a un acuerdo (transacción) con el agraviado, que puede ser deducida como excepción de transacción en un eventual proceso por responsabilidad extracontractual”<sup>31</sup>*

*Principio de Oportunidad intra-proceso (durante el proceso):* Se verifica en etapa judicial, requiriendo ser un supuesto previsto la ley, el expediente penal con realidad del delito y vinculación del autor, la solicitud del imputado y el dictamen del fiscal proponiendo la juez la aplicación del referido principio y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de autoridad en este sentido.

### **Requisitos**

**a)** Convencimiento del delito. Es decir que de la investigación preliminar o judicial surjan suficientes e idóneos indicios de la existencia del delito y la vinculación del denunciado en su comisión; caso contrario, deberá archivarse definitivamente.

**b)** Falta de Necesidad de Pena. Se dan en aquellos casos en que el imputado ha sido afectado gravemente, sea física o psicológicamente, a consecuencia del delito que él mismo provocó, consecuentemente ya no sería necesario aplicar una pena.

**c)** Falta de Merecimiento de Pena. Que, el delito sea insignificante o poco frecuente y, que, a su vez, éstos no afecten gravemente el interés público. (También llamados delitos de bagatela o de poca monta) (La pena privativa de libertad debe estar conminada en su extremo mínimo, por no más de dos años)

**d)** Mínima Culpabilidad. Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión.

**e)** Consentimiento del Imputado. Que, el imputado preste su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, lo que no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en los hechos imputados, puesto que de lo contrario, se estaría vulnerando su derecho de defensa y la presunción de inocencia.

---

<sup>31</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual del derecho procesal penal*. Editorial alternativas SRL. Primera edición; Lima. Perú 1996. Pág. 34.

**f)** Exclusión de Funcionarios Públicos. En ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir, está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública.

**g)** Obligación de Pago. Que, el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es la restitución del bien, o en su caso el pago de su valor, y además la indemnización por los daños y perjuicios; o en todo caso, se hayan puesto de acuerdo el referido imputado con la parte agraviada. Cabe precisar que en los casos de falta de necesidad de pena no es necesaria la exigencia del pago de la reparación civil.

Los denominados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, más conocidos por la sigla MARCs, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial. Los MARCs son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos adecuándose a las características que éstos poseen. Los MARCs no tienen por fin: -Desplazar o competir con el proceso judicial. - Convertirse en el único medio de solución de conflictos.

Entre los tipos de MARCs denominados primarios por Ormachea<sup>32</sup> podemos encontrar a los siguientes:

- Negociación: forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución de un conflicto.
- Mediación: medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero.
- Conciliación: medio de solución consensual similar a la mediación, aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas.
- Arbitraje: mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos por el que las partes acuerdan que un tercero particular resuelva sobre los méritos de los argumentos de las partes.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> ORMACHEA CHOQUE, Iván. *Manual de Conciliación*. Lima, USAID - IPRECAM (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación) 1999, p. 44 - 46

<sup>33</sup> MARTÍNEZ GAMBOA, René Joaquín. *Vías Alternativas a la Solución de Conflictos en el Proceso Penal*. Tesis de Especialidad. Universidad de Oriente. Cuba. 2013.

**e) Análisis de la normativa penal cubana a propósito de la víctima y la solución alternativa de conflictos en sede penal.**

La Constitución cubana promulgada en el 2019, en su Título V DEBERES, DERECHOS Y GARANTÍAS, Capítulo VI GARANTÍAS DE LOS DERECHOS regula en su artículo 93 que: “*El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos.*” En este sentido, se dispone la posibilidad, de la utilización de mecanismos o métodos (terminología utilizada en la norma constitucional) en la solución de los conflictos, de cualquier naturaleza, por lo que, de manera obligatoria, sienta las pautas, para la inclusión en la norma adjetiva penal de estas vías, las que en la actualidad no existen, lógicamente las que tendrán un apoyo doctrinal en los resultados de las diversas investigaciones realizadas por la Academia cubana.

En este sentido, se debe acotar, que el Código Penal cubano vigente, establece en su artículo 8, apartado 3 lo que pudiera servir de base para la extensión del principio de oportunidad en la Ley de Procedimiento Penal y la introducción de estos elementos.

En cuanto a la participación de la víctima, la nueva Constitución, hace referencia en su artículo 95 inciso j) la protección de los intereses de la víctima: “*de resultar víctima, a disfrutar de protección para el ejercicio de sus derechos*”, concadenado con lo estipulado en el artículo 92, 98 y 99<sup>34</sup>, aspectos renovadores que permiten la no victimización y el respeto de los derechos.

---

<sup>34</sup> ARTÍCULO 92. El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla.

ARTÍCULO 98. Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

ARTÍCULO 99. La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.

La Victimología desde sus orígenes hasta la actualidad ha evolucionado en gran medida, ampliando así su ámbito protector como ciencia emergente; sin embargo, nuestra legislación penal en materia de atención a las víctimas debe perfeccionarse, ofreciendo mayores garantías a las mismas para mejorar su situación durante el proceso penal.

Por tal razón nuestro objetivo versa en exponer una serie de propuestas para perfeccionar el tratamiento a la víctima en nuestro ordenamiento jurídico penal, ya que en el mismo se evidencian falencias y dificultades para una eficaz atención a la víctima.

Como primera propuesta se plantea que se les garantice a las partes del proceso penal que concurran como víctima el acceso a medios tecnológicos para la obtención de pruebas de carácter científico para poder sostener como parte dentro del proceso penal la acusación en caso de estar inconforme con lo realizado por el ministerio público, es decir, donde puedan alcanzar el fin de sus propósitos debido a que esta tecnología solo está limitada al ministerio del interior.

En relación con los delitos contra el patrimonio que se modifiquen los nuevos precios de adquisición de los bienes y se acompañen a los precios actuales que rigen dentro del país luego de la reforma salarial del 2020.

Que la víctima pueda constituirse como parte completamente independiente pues el artículo 141 de la Ley 143 de 2021<sup>35</sup> dispone que puede constituirse como parte con la limitante de que tiene que ir acompañada del fiscal.

Recientemente se entró en vigor la Instrucción 277 de 2023 del Tribunal Supremo Popular, la cual establece algunas pautas esenciales para la participación de la víctima en los procesos penales encuba, tales como:

– Concepto independiente de Víctima y Perjudicado: “...*la víctima es la persona natural sobre la que recae la acción directa del comisario, y el perjudicado, aquella, natural o jurídica, que sufre de manera indirecta los efectos del delito, por lo que tal consideración depende del caso concreto...*”.

---

La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.

<sup>35</sup> Ley 143 de 2021 "Del Proceso Penal" tomado de <https://portal.onbc.cu/publicadas-en-la-gaceta-oficial-de-la-republica-ley-de-los-tribunales-codigo-de-procesos-ley-del-proceso-administrativo-y-la-ley-del-proceso-penal/> consultado el 1 de febrero de 2023. 11:34 pm.

– *“Cuando sean varios los perjudicados, derivados de una misma víctima y, escuchado su parecer, la autoridad actuante determina, entre ellos, quién debe ostentar esa condición, en representación de los restantes, para lo que evalúa su disposición, los lazos consanguíneos y afectivos existentes, y cualquier otra circunstancia que lo haga aconsejable, con independencia de que exista acuerdo entre estos, o no. En esos casos, la designación se realiza por resolución fundada, la que puede ser impugnada por recurso de súplica, y revocada, cuando existan razones que lo justifiquen”.*

– *“Si la lesividad del acto afecta a autoridades, funcionarios o sus agentes auxiliares en el ejercicio de sus funciones, solo se considera víctima, si el acto afectó su integridad corporal y psíquica, su vida o sus bienes y siempre que, en estos supuestos, haya tenido afectación su patrimonio personal y sea necesario exigir responsabilidad civil derivada del delito.”*

– Momento de inicio de la participación de la víctima en el proceso: *“...la intervención en un hecho delictivo, mediante la instructiva de cargos, momento en que víctima o perjudicado podrán intervenir como parte en el proceso.”*

– Participación concreta a partir de derechos específicos de la víctima en el proceso penal: *“La víctima o el perjudicado, como sujeto y parte en el proceso penal, en virtud del principio de igualdad y lo dispuesto en el Artículo 183, apartado Primero, de la ley procesal, tiene derecho a intervenir en las diligencias y acciones de instrucción que se practiquen, durante el proceso investigativo, que incorporen elementos de pruebas. A esos efectos, su representante solicita, a la autoridad a cargo del trámite, asistir a aquellas que resulten de su interés, con independencia de la citación que, en su día, pueda cursarles la policía, el instructor o el fiscal, por considerar que su presencia es necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Conforme al Artículo 459, apartado 1, de la Ley del Proceso Penal, en la fase judicial, la víctima o el perjudicado se puede personar y despachar conclusiones en el plazo de cinco días concedido en la ley y, en los casos en que se persone sin contestar el pliego acusatorio, se le tiene por personado y adherido a las conclusiones del fiscal.*

A la víctima o el perjudicado, como parte, le asisten iguales derechos que al acusado y tercero civilmente responsable, previstos en el Artículo 461 de la Ley del Proceso Penal; por consiguiente, puede representarse por sí mismo, de estar habilitado y entenderlo, o nombrar un abogado o varios. Si la representación letrada es múltiple, se está a lo preceptuado en el Artículo 131 y siguiente de la Ley del Proceso Penal.

En concordancia con lo establecido en el párrafo que antecede y en el Artículo 142, apartado Tercero, de la Ley del Proceso Penal, la víctima o el perjudicado, constituido como parte, puede examinar las actuaciones sin representación letrada, salvo que, por razones de seguridad nacional, se haya dispuesto lo contrario.”

Aspectos que sin lugar a dudar perfeccionan el sistema de justicia penal en nuestro país.

### **III.- Conclusiones**

Se esgrimen las siguientes:

a) Las Reformas Procesales en Latinoamérica presuponen el establecimiento de un nuevo sistema de enjuiciar, más garantista y apegado a las reglas mínimas del Debido Proceso.

b) El redimensionamiento del papel de la víctima y la utilización de vías alternativas para la solución de conflictos en sede penal, son elementos establecidos en el nuevo sistema de enjuiciar acusatorio con tendencia adversarial.

c) La nueva Constitución en Cuba, establece la introducción de los métodos alternos en la solución de conflictos y la reestructuración del rol de la víctima en el proceso.

d) La Ley del Proceso Penal tiene en cuenta las siguientes pautas:

i. La utilización de la conciliación como vía alterna a la solución del conflicto como forma principal, partiendo de las características de nuestro proceso penal.

ii. La víctima del delito podrá participar en el proceso a partir de:

- Protección mínima de la integridad corporal, la vida y la intimidad a partir de la creación de condiciones necesarias e indispensables.

- Tercero coadyuvante y accesorio al fiscal (en los delitos con ejercicio de acción pública): declaración como testigo, aportación de elementos de investigación que deberán ser corroborados y escuchados durante la instrucción, participación con representante legal en las diligencias de investigación que solicite, derecho de información sobre la tramitación del proceso, asesoramiento sobre la utilización de métodos alternativos a la solución del conflicto, posibilidad de sostener o iniciar la acusación en caso de no realizarla el fiscal, posibilidad de presentar medios de impugnación contra decisiones que afecten sus derechos.

- Querellante en los delitos anteriormente establecidos.

#### IV.- Bibliografía

- ALBIÑANA I OLMOS, Josep Lluís. *Los sujetos del sistema acusatorio (I): EL Juez, El Fiscal, El Abogado y la víctima*. Repositorio Comillas. Universidad Pontificia Comillas. 2008
- Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata N. 2 de «Doctrina penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- BATISTA OJEDA, María Elvira. El destino de un tradicional principio procesal: la contradicción. Manuscrito para trabajo metodológico de la Disciplina. Universidad de Oriente. Cuba.2020.
- Benavides Vargas, Rosa Ruth. *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Disponible en: [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides\\_v\\_r/contenido.htm](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides_v_r/contenido.htm)
- CERES MONTES, José Francisco. *Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: nuevas tendencias*. En Poder Judicial, núm. 38, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*. ISSN 0211-8815, N° Extra 6, 1989 (Ejemplar dedicado a: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas).
- Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 5 de fecha 10 de abril de 2019.
- CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Astrea, 1987.
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *Derecho penal. procedimiento penal. sistema acusatorio. Derecho comparado. Reforma procesal*. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4288>
- FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, T. 2. 1986.
- FIGARI, Rubén E. El rol de la víctima en el Proceso Penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Federal y a la ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley N° 27.375). *Revista Jurídica Región Cuyo*. Número 6. Argentina. 2019
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio. *El Principio de Oportunidad*. Ediciones Legales, Lima, 2000. BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Traducción del alemán por Conrado Finzi, Ediciones DE PALMA, Buenos Aires, 1986.
- GARÓFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929.

- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Los procesos penales en Europa: líneas de evolución y tendencias de reforma*. Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, N° 1, 2009. Disponible en: [https://eprints.ucm.es/26604/1/2010\\_Los\\_procesos\\_penales\\_en\\_Europa.pdf](https://eprints.ucm.es/26604/1/2010_Los_procesos_penales_en_Europa.pdf)
- GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa*. Revista Derecho Penal y Criminología. 30, 89 (1), 37-72. 2009.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. *La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador*. En La Mediación penal. Editores: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. España. 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*”, Revista del Poder Judicial, 2006, vol. XIX, núm. especial *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*.
- HASSEMER, Winfried. *La persecución penal: legalidad y oportunidad*. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 4, 1988, págs. 8-11.
- Instrucción No.277 de 2023. Gaceta Oficial No.14 Extraordinaria de 17 de febrero de 2023.
- ISSA, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. una propuesta de marco teórico*. 2008. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/jurídicas/article>
- Ley 143 de 2021 "[Del Proceso Penal](https://portal.onbc.cu/publicadas-en-la-gaceta-oficial-de-la-republica-ley-de-los-tribunales-codigo-de-procesos-ley-del-proceso-administrativo-y-la-ley-del-proceso-penal/)" tomado de <https://portal.onbc.cu/publicadas-en-la-gaceta-oficial-de-la-republica-ley-de-los-tribunales-codigo-de-procesos-ley-del-proceso-administrativo-y-la-ley-del-proceso-penal/> consultado el 1 de febrero de 2023. 11:34 pm.
- LEYTON JIMÉNEZ, José Francisco. MATURANA MIQUEL, Cristián. *Víctimas, proceso penal y reparación. Los Derechos de las Víctimas en el marco de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Procesal Penal*. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile. Disponible en: [www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/deleyton\\_j/pdfAmont/deleyton\\_j.pdf](http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/deleyton_j/pdfAmont/deleyton_j.pdf)
- LUNA CASTRO, José Nieves, *Los Derechos de la Víctima y su Protección en los Sistemas Penales Contemporáneos mediante el Juicio de Amparo*, editorial Porrúa, S.A., México, 2009.
- LUNA CASTRO, José Nieves. *Las partes y otras peculiaridades del sistema procesal penal acusatorio mexicano en su proceso de conformación*. Disponible en:

<http://ual.dyndns.org/biblioteca/TeoriaGeneralProceso2018/Material deApoyo/PartesdelSistemaProcesalPenalAcusatorioSCJN.pdf>

- MAIER, Julio B. J. *La víctima y el sistema penal*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/13.pdf>
- MARTÍNEZ GAMBOA, René Joaquín. *Vías Alternativas a la Solución de Conflictos en el Proceso Penal*. Tesis de Especialidad. Universidad de Oriente. Cuba. 2013.
- MENDOZA DÍAS, Juan. *Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina*. En Problemas actuales del proceso iberoamericano, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II, CEDMA, Málaga, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. PROCESO (PRINCIPIO O SISTEMA) ACUSATORIO. Disponible en: [https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp\\_repo/uploads/2017/09/Presentacion-del-Doctor-Juan-Montero-Aroca.pdf](https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2017/09/Presentacion-del-Doctor-Juan-Montero-Aroca.pdf)
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da. Edic. Editorial Alternativas. Lima. 1999.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual del derecho procesal penal*. Editorial alternativas SRL. Primera edición; Lima. Perú 1996.
- ORMACHEA CHOQUE, Iván. *Manual de Conciliación*. Lima, USAID - IPRECAM (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación) 1999.
- PEREZ DE-GREGORIO, Carmen. *La mediación en el ámbito penal juvenil*. 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>
- RAÑA, Andrea Fabiana. La víctima del delito a la luz de la Ley N° 27.372. en “Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal” - Número 1 - Noviembre 2018, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. IJ Editores, Buenos Aires, 2018.
- Sentencia C-228 de 2003
- SOLARI PERALTA, Tito E. *Aspectos generales del proceso penal reformado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. No.20. Chile.1999.
- STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDES Diego. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Latinoamericano. Instituto Interamericano de derechos humanos. México, 1990.
- STERLING BERNAL, Tania. *Principio acusatorio en el proceso penal panameño*. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_pan\\_res\\_ane\\_act\\_corr\\_2.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf)