

PROPUESTA TEORICA DE ERICK JUÁREZ
NOV/09

CAPITULO II
ABOGADO DE LAS VICTIMAS DE DELITOS

a) El fiscal como abogado de las víctimas de delitos

1. En todas las Constituciones Políticas de los Estados, se reserva un texto preponderante a los derechos fundamentales de las personas¹, que constituye el fin y razón de la institucionalización estatal; en él se describen, entre otros derechos, el que tienen los ciudadanos a la vida, la libertad, la seguridad, la intimidad e integridad, la justicia y la paz, y su correlato de relación convexa obligacional del Estado de garantizar y proteger tales derechos. Como lo señala Montesquieu, el ciudadano cede parte de su libertad para que el Estado le proteja el resto de esta, que tiene que ser la mayor y mejor², a efecto que pueda desarrollarse de forma libre e integral en una convivencia pacífica.

2. Para cumplir con ese fin, el Estado crea normas jurídicas sancionatorias a través de las cuales pretende proteger los derechos fundamentales de las personas, razón esta, única, que justifica la violencia legalizada materializada por el sistema judicial penal, sobre la base del derecho penal³.

3. Claro está, y sin pretender entrar a la discusión de los fines y razones del derecho penal, tal y como lo sostiene Zaffaroni, el derecho penal también, históricamente, ha sido un instrumento para limitar el poder punitivo del Estado, es decir, proteger los derechos de los acusados de cometer un delito. En ese sentido, y siguiendo las líneas sostenidas en otros escritos⁴, en este análisis se mantiene la idea

¹ Denominase en la doctrina constitucional “Parte Dogmática”, que es observada en todas las constituciones actuales, sea que constituyan la primera parte de la misma, a las que se les llama pro homines, o bien que figure en la parte intermedia o final del desarrollo temático constitucional. Estos derechos, reconocidos constitucionalmente, han sido históricamente ganados, con la fuerza intelectual o física, por los ciudadanos y constituyen progresivamente la carta de los ciudadanos ante el poder público y ante sus congéneres, con la certeza jurídica que le sean garantizados en su ejercicio y protegidos ante las amenazas de violación.

² Citado por Bonnesana, Cesare, De los Delitos y de las Penas, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Editorial Losada, Buenos Aires, 1999. Pág. 9.

³ Basado en ello y como señala Cesare Bonesana “Sobre esto se basa entonces el derecho del soberano de castigar los delitos: en la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las usurpaciones particulares. . .”, y solo ello constituye la razón de ser del derecho penal; pues no tendría sentido una reacción tan violenta y desmedida, inhumana y cruel, absurda y grotesca, denigrante e irracional, como lo ha sido la historia de las penas, sino tuviese una función esencial, de mayor valor que el daño sistematizado y legalizado que se causa, que al final no deja de ser una violencia ilegítima institucional contra la violencia ilegal individual. Es por ello, que Bonesana acota fuertemente la necesidad de defensa, esa defensa que en muchas ocasiones se ha percibido como la defensa social, en otras tantas como la defensa nacional, sin embargo y en su concepción más idónea, debe ser la defensa individual, que se extiende como protección a derechos fundamentales, aquellos que son insustituibles para el desarrollo y vida digna de las personas, toda vez que el enfoque actual del derecho es eminentemente humano antes que Estatal.

⁴ He sostenido este criterio en el ensayo La selección de los bienes jurídicos y la redefinición del derecho penal guatemalteco, en revista del Congreso Jurídico de la Universidad Rafael Landívar, Campus Quetzaltenango, 2005; también en Sistema Penal, año 2005, Ediciones de la Comunidad Jurídica de Occidente.

del carácter dual del derecho penal, aún y cuando se enfoque a la protección de los derechos de las personas víctimas.

4. Conforme a ello, todo tipo penal debe resguarda derechos fundamentales de las personas, y por ende es el derecho de los ciudadanos los que se protegen en cada figura penal y no el fantasioso derecho del Estado o de la sociedad ambigua, que ha sido la causa de la expropiación del conflicto a la víctima y su consecuente exclusión del proceso penal⁵; ello implica que, al ser la persona titular del derecho lesionado por el delito el afectado, le corresponde en consecuencia el derecho a la tutela judicial, dejando al Estado sin derecho alguno de intervenir, sin legitimidad para accionar por propio derecho, ya que, como lo señala Bovino⁶, el Estado pasa a ser un sujeto sin derecho.

5. Esa idea, hondamente arraigada en la cultura jurídica actual, que el delito protege la salud pública, el orden, la seguridad pública, los intereses del Estado, es parte del devenir histórico de la concepción del delito y su esencia, bien jurídico, que muta de lesión a un ser humano a ofensa al soberano⁷, y en consecuencia todo delito cometido constituye una falta contra los mandatos e intereses del monarca, una desobediencia a las supremas órdenes, y una muestra de enemistad del súbdito hacia el soberano, rompiendo con ello la relación jerárquica y despótica impuesta por el dominante y por ello, la acción y la pena, constituyen medios para restablecer el imperio de la autoridad y de las reglas creadas por esta.

6. Ello implica, que el delito se constituya en un hecho público, desarraigado de su legítimo titular, atribuyendo arbitrariamente el derecho a punir al monarca, a mediados del siglo XII y trasladándose, en gran medida, a la autoridad eclesiástica en las postrimerías del siglo XIV⁸, imperando hasta el iluminismo, en donde se justifica su rechazo, y se pretende reubicar la titularidad del derecho en los ciudadanos, en especial con las líneas político-criminales de Beccaria, cuando señala "...el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos."⁹, y cierto es, que la pena solo se justifica en el derecho individual y social protegido, y tanto mayor sea la importancia del bien jurídico protegido, cuanto mayor ha de ser el nivel de resguardo y protección de parte del Estado.

7. Es en ese momento histórico, cuando se reubica en su justa dimensión el derecho a ser protegido por la norma jurídica-penal, y la reincorporación de su titular para la defensa del mismo; sin embargo, y a pesar de distintos ensayos y obras jurídico-penales¹⁰, la idea impregnada de la ofensa, ya no al monarca sino al Estado-nación, se sigue manteniendo, y con ello se pretende legitimar la acción y reacción punitiva del Estado, aún sin, o incluso en contra, de la víctima del delito.

⁵ Bovino, Alberto. La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho. Revista de Ciencias Penales, número 15. www.cienciaspenales.org/revista%2015/BOVINO 15

⁶ Ibidem.

⁷ Laura Gusion, Gabriela. El Olvido de la Víctima –análisis del principio de persecución penal pública a la luz de una perspectiva histórico comparada-. Pág. 3. www.iuspensalismo.com.ar

⁸ Laura Gusion, Gabriela, Ob. Cit. Pág. 4 y ss.

⁹ Bonnesana, Cesare, Ob. Cit. Página 33.

¹⁰ Desde Feuerbach, pasando por Von Liszt, Radbruch, e incluso Enrico Ferri y Rafael Garáfolo.

8. Es así, como lo sostiene Hassemer, que "...el cambio de orientación del sistema jurídicopenal que se viene produciendo desde mediados de los años sesenta en la teoría del Derecho penal y en la praxis legislativa..."¹¹, obedece a las distintas ideas que conforman un movimiento coherente en reubicar el sentido del bien jurídico tutelado, identificar a su titular, y establecer los derechos que a este le corresponden en el ámbito de la tutela judicial. De tal cuenta, que con las máximas establecidas por esta corriente de pensamiento jurídico-penal, ya el bien jurídico tutelado se constituye como la lesión a un derecho fundamental de la persona individual o grupo de personas; y con ello re-aparece la víctima, después de su ocultamiento y exclusión normativa, incluso, sin que ello sea óbice para transformar las bases del derecho penal y su correlato aplicativo, toda vez que, si bien es cierto hay un nuevo discurso a favor de los derechos de las víctimas, las acciones legislativas son conservadoras, y las prácticas judiciales aún más¹².

9. Ese movimiento a favor de los derechos de las víctimas, denominado victimología¹³, que progresivamente y de manera sistematizada se va elaborando sobre la base del estudio empírico de los perfiles de víctimas potenciales, antecedentes entre agresor y víctima, daños y su reparación, así como la intervención en juicio, constituye un sustento teórico elemental para reubicar la titularidad del derecho afectado por la comisión del delito, y con ello reincorporar el daño o lesión individual o colectiva, debidamente identificada, como elemento fundamental para la configuración de los delitos. Así, Ferrajoli¹⁴, Hassemer¹⁵, Roxín¹⁶, Navarrete¹⁷, Gómez Benítez¹⁸, Pablos de Molina¹⁹, entre otros, confluyen en incorporar el presupuesto de daño en la estructura del delito, y potencian su exigencia con el fin de orientar el derecho a la reparación que le asiste a la víctima del delito.

10. Ello reafirma la idea central, irrefutable en todo Estado de Derecho, que el delito, constituye una descripción normativa de protección de los derechos fundamentales de las personas, como mandato constitucional, a través del cual, se pretende resguardar las condiciones imprescindibles de vida en sociedad, en libertad, con justicia y para el mantenimiento de la paz.

11. Implica en consecuencia, el reconocimiento de la titularidad individual o colectiva²⁰, debidamente identificada, del derecho protegido, ubicando con primacía

¹¹ Hassemer, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1984. Pág. 10.

¹² Juárez, Erick. La selección de los bienes jurídicos y su redefinición en el derecho penal guatemalteco, Ob. Cit. Pág. 3 y ss.

¹³ Kaiser, Broud. Criminología, Madrid, 1978, página 92 y ss. También en Juárez, Erick. Política Criminal Guatemalteca, Tesis de Grado, CUNOC-USAC, Quetzaltenango, Guatemala, 2000. Pág. 78 y ss.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit. Pág. 93, axioma 3.

¹⁵ Hassemer, Ob. Cit. Pág. 37.

¹⁶ Roxín, Claus. Problemas básicos del Derecho penal, traducción al español, Madrid, 1976. Pág. 37.

¹⁷ Navarrete, Polaino. El bien jurídico en el Derecho penal. Sevilla, 1974. Pág. 24.

¹⁸ Gómez, Benítez. Sobre la teoría del bien jurídico, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 69. Pág. 85.

¹⁹ García, Pablos de Molina. Victimología. Barcelona, 1998. Pág. 43.

²⁰ Basado en la definición de víctima de delitos que establece la disposición 1. De los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de abuso de Poder, ONU 1985, en donde se acepta a la persona en forma individual o colectiva que haya sufrido daños.

indisputable a la persona, como centro y fin de la protección penal, excluyendo, por antonomasia, al Estado, la salud pública, la defensa nacional y otras más falacias insustentables, del ámbito del daño por el delito, toda vez que única y exclusivamente el titular del derecho es el afectado por la comisión del delito en contra de uno o varios de sus derechos protegidos. Pretender, por seguridad nacional, apropiarse de ese conflicto entre víctima y victimario, implica apropiarse del derecho que se tutela con la norma jurídica penal, lo cual jurídicamente es imposible, hasta tanto no exista una cesión del mismo a través de las formas jurídicas respectivas, cuando ello esté permitido.

12. Conforme a ello, la fórmula de la relación jurídica se constituye así: persona-delito-víctima; la primera es la titular del derecho que se protege; el delito es una acción de lesión al derecho protegido; y la víctima, es la persona cuyo derecho ha sido lesionado; de tal cuenta que, la relación se mantiene en la misma persona, antes y después del acometimiento del delito, y en ese sentido, la legitimidad es inherente en las dos posiciones, en la primera para pedir e incluso exigir la protección de su derecho, y en la segunda para gestionar la reparación del mismo, a través de la resolución más justa del evento abrupto al que se le somete.

13. De ello se deriva, que la acción penal, que constituye el derecho para exigir la tutela judicial a través de un juicio justo, corresponde a la persona víctima del delito, quien tiene la potestad de decidir accionar, revocar, abdicar, negociar o clausurar la misma, es su derecho el afectado y en consecuencia, también es su derecho decidir sobre la persecución penal, en su libertad de decisión consciente, voluntaria, y coherente a sus intereses; es ella, en su interacción individual quien tiene el poder de la acción penal, y no está permitido que alguien más intervenga en esa decisión, porque es ella la que soporta el daño del delito, y por ello, es quien en su justa dimensión le corresponde con legitimidad hacer los requerimientos respecto por el daño causado.

14. Esa facultad es inherente, propia, inobjetable, insustituible, intransmisible y oponible frente a todos; nadie, en aras de la justicia, de la seguridad nacional o ciudadana, de la defensa del Estado, o de cualquier otra incongruente justificación, puede interferir en el derecho ajeno, nadie puede atribuirse el mismo, habida cuenta que ello constituye una expropiación arbitraria del derecho ajeno para hacerlo propio, y por ende una ilegalidad ejercida sobre la persona víctima de delito.

15. Como se acotó, esa decisión de accionar en busca de la tutela judicial efectiva, debe ser consciente, de tal cuenta que las personas que no tengan la capacidad para ello, no pueden hacerlo, asumiéndose una asistencia jurídica protectora en este caso; en similares circunstancias se actuará, cuando la persona esté sometida a coacción psicológica para no accionar, toda vez que no tiene la capacidad para hacerlo; asimismo, en los casos de imposibilidad material, la asistencia jurídica tendría que ser preventiva y protectora, siendo los supuestos que sobresalen de la regla general.

16. Ello tiene varias implicaciones en la teoría jurídico-penal, la primera consistente en eliminar la clasificación ilusoria e infuncional de querellante y ofendido, teorías en

las que se sostiene una diferencia infructuosa e inapropiada para la protección de los derechos de las personas, y su correlato tutela judicial efectiva cuando se hayan lesionado a por la comisión de un delito. La segunda implicación, deriva en la exclusión de la persistente clasificación de la acción penal, en pública, a instancia particular y privada, toda vez que ello solo responde al aferramiento de la historia expropiatoria del conflicto y consecuente ilegitimidad para requerir la tutela judicial efectiva; y la tercera, la restricción en la tutela de los bienes jurídicos a través de la selección de los derechos fundamentales de las personas, con una fuente constitucional, mediante el cual, se establezca la restricción de intereses difusos, estatales, ideológicos, o impersonales que omiten el contenido de una víctima en concreto²¹.

17. Respecto al ejercicio de la acción penal, su justa dimensión la reubica con relación a la persona de la víctima, por lo que la relación jurídica presenta esta fórmula: persona-delito-víctima-acusador. En esta fórmula se mantiene la relación desde la persona cuyo derecho se protege, y que luego se constituye en víctima cuando su derecho ha sido lesionado, y por ende al ser titular de la acción asume la condición de acusador. La titularidad del derecho y consecuente legitimidad de la acción, es lo que lo faculta a ser acusador de su agresor, con todos los derechos que como sujeto procesal le corresponde, sin más limitaciones que el derecho del acusado y las reglas del juicio justo.

18. Claro está, esto trastoca la doctrina procesal penal dominante, habida cuenta que hasta el momento la acción penal presenta un sistema clasificatorio que de mayor a menor²² prepondera la titularidad de la acción en el Fiscal y reduce el carácter dispositivo de la víctima, asumiendo en consecuencia, su posición como acusador oficial²³, figura jurídica creada en las postrimerías del siglo XII como se ha manifestado, que en la actualidad no puede mantener su validez, toda vez que la relación no es monarca y súbditos, sino gobernantes y gobernados, los segundos elegidos por los primeros para proteger los derechos y libertades de aquellos²⁴. Esta diferencia transicional en el sistema de gobierno, determina las lógicas de la titularidad de la acción, habida cuenta que, el poder absoluto concentrado necesita la defensa de sus intereses, aún en contra o en perjuicio de los intereses y derechos de los ciudadanos; por el contrario, la separación de poderes y representación de los ciudadanos, obliga a los gobernantes a dotar de un sistema idóneo para la protección de los derechos de los gobernados y su consecuente tutela judicial efectiva.

²¹ En la gama de estos delitos, se encuentran aquellos que tienen fines moralizantes, como el adulterio (aún vigente en algunos países), otros que responden a fines de profilaxis social, como la penalización de la posesión y el consumo de drogas, en cuya estructura del tipo penal se carece de víctima, de titular de un derecho afectado por un tercero.

²² Acción pública, acción pública dependiente de instancia particular y acción privada, es el sistema imperante para Latinoamérica que sigue las líneas trazadas en el proyecto de Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica.

²³ Y con ello tantas lucubraciones jurídicas como el principio de oficialidad, y posteriormente reduciendo su espectro surge el principio de oportunidad, y sumergiéndose en ambos el principio de legalidad de la persecución penal, confundiéndolo como obligatoriedad de perseguir todos los delitos.

²⁴ Al igual que otras Constituciones e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, la Constitución Política de la República, en su preámbulo reconoce "...afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social..."

19. Es así, siguiendo a Bovino²⁵, que un sistema penal que otorga la acción penal al Estado, sin legitimidad alguna, se constituye en arbitrario, por cuanto expropia el derecho a su titular sin una cesión legítima que lo sustente, y además, niega la dignidad humana en tanto asume una función paternalista frente a un objeto “víctima”, que a razón del Estado no tiene la capacidad para decidir sobre sus derechos, y por ende no puede ejercitar la acción penal.

20. En torno a ello, las normas constitucionales²⁶ y derechos humanos, no le otorgan derechos al Estado frente a sus ciudadanos, sino por el contrario, lo que le establece son obligaciones que debe cumplir; es así como, la vida, integridad, libertad, seguridad personal, dignidad humana, patrimonio, entre otros, son derechos personalísimos, reconocidos a los seres humanos por normas constitucionales y de derechos humanos, en donde el obligado a garantizarlos, protegerlos y restituirlos, cuando sea posible, es el Estado, y el legitimado a exigirlos es la persona individual y excepcionalmente el grupo de personas específicamente determinado.

21. Si las normas constitucionales establecen esos derechos y la obligación del Estado de garantizarlos y protegerlos²⁷, el origen del derecho a la acción penal es de carácter constitucional y por correspondencia el derecho de ser acusador también tiene una fuente de jerarquía normativa suprema; coherente a ello, las normas ordinarias deben desarrollar los preceptos constitucionales sobre la base de los deberes y fines del Estado actual, y no sobre la carga ideológica-histórica que somete la dignidad humana a un plano irrelevante, para ubicar en su lugar la acción pública y el acusador oficial²⁸.

22. De tal cuenta que la víctima se instituye como acusador en el proceso penal, desplazando, legítimamente, al Fiscal mediante una reivindicación constitucional de sus derechos; el hecho que la víctima sea acusadora obliga a repensar el sistema clasificatorio de la acción penal, toda vez que esta al ser propia de la víctima, siempre va a ser de naturaleza privada y no pública, mutación esta que revierte la transición

²⁵ Bovino, Alberto. Ob. Cit. Pág. 5.

²⁶ Todas las Constituciones Políticas de los Estados Latinoamericanos, desarrollan un catálogo de derechos fundamentales de las personas, unos más y otros menos, pero nadie los niega; de igual manera El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, y todos los demás instrumentos de Derechos Humanos, le reconocen al ser humano, un catálogo de derechos fundamentales, insustituibles e irreductibles, y obliga, al igual que las constituciones, al Estado a garantizar y protegerlos.

²⁷ En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República, establece en su artículo 2. “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de las personas.” Y este, suficiente por sí, se robustece con la primera cláusula del artículo 1 de la referida Constitución: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona, de tal cuenta que todo el sistema Estatal debe servir a los habitantes, y en consecuencia debe crear un sistema idóneo de tutela judicial de los derechos garantizados constitucionalmente, sin apropiarse de los mismos. En similares términos el párrafo 5 del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

²⁸ Alberto Binder señala que la acción pública implica servicio del Estado a la víctima, además que debe reflexionarse sobre la acción pública en que se rompa la ficción del Estado-víctima. En Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal, www.cejamicas.org.

realizada por los sistemas monárquicos, y por ende la expulsión de la teoría jurídica procesal la acción pública y la dependiente de instancia particular.

23. Esta posición de acusador, por parte de la víctima, aproxima el juicio penal a un juicio entre partes²⁹, entre los legítimos intervinientes del conflicto, entre los titulares del derecho contrapuesto en intereses; en sí, es una postulación al sistema acusatorio material en contraposición al acusatorio formal³⁰, claro está, un sistema acusatorio material mejorado³¹, en donde la selección de los derechos protegidos tiene un límite de fuente Constitucional y de Derechos Humanos, y en similares circunstancias la metodología para establecer la responsabilidad penal está acotada a los derechos fundamentales del acusado y por un cognoscitivism judicial basado en el garantismo; y finalmente, el sistema de sanción, está reducido a fines preventivos positivos y no retributivos.

24. Cabe advertir, que la acción penal que legitima a la víctima como acusador, no es sinónimo de acción popular³², como algunos pudieran interpretarla, sino antes bien es acción privada, y por ello no le son aplicables las lógicas ni perjuicios de aquella. En este caso, el acusador es el propietario de la acción, única y exclusivamente a él le corresponde la toma de decisión respecto a aquella, sin interferencias, presiones, exigencias, popularizaciones, y todo aquello que hace perder esa propiedad de la acción legítima, dejándosela a sujetos o instituciones deslegitimadas para ello, en donde se le utiliza como objeto para alcanzar sus exacerbados propósitos.

25. El acusador, sin agregarle condición alguna de privado, tiene el derecho de promover la acción penal, con el objeto de obtener la protección efectiva del derecho amenazado, o su restitución si la violación ha ocurrido, lo que implica la obligación del Estado de disponer un sistema judicial eficiente para tutelar los derechos reclamados, en la justa dimensión de la víctima, quien acusa a un particular la amenaza o violación de su derecho tutela jurídicamente.

26. Coherente a ello, los Estados están obligados constitucionalmente³³ y conforme al sistema de Derechos Humanos³⁴, a proveer la tutela judicial efectiva, aspecto por el cual se establece un sistema judicial penal, en donde los Jueces, independientes e imparciales³⁵, escuchan la acusación de la víctima y los reclamos para la protección,

²⁹ Ver teoría de Kohler de diferencia entre proceso de partes y proceso inquisitivo, citado por Giuseppe Chiovenda, curso de derechos procesal civil, Biblioteca Clásicos del Derechos Procesal, Harla, Editorial Mexicana, 1997, página 323. El sistema sajón se basa en un modelo de juicio entre partes.

³⁰ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal, Fundamentos, Ob. Cit. Pág. 432 y ss.

³¹ Ello constituye una aproximación a limitar los riesgos que postula Hassemer respecto al interés de la víctima en el delito, en especial a las acciones airadas como manifestaciones para la reintroducción de la pena de muerte, linchamientos, y otras. Ver Hassemer, Winfried, Ob. Cit. Pág. 94 y ss.

³² Incluso la acción popular pervive aún en los juicios civiles, ver por ejemplo el artículo 263 del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se legitima a cualquier persona a promover el juicio.

³³ Artículo 29 de la CPRG.

³⁴ Artículo 26 del PIDCyP y 25 de la CAsDH.

³⁵ Obligaciones establecidas en los artículos 203 CPRG, 8.1 de la CAsDH Y 14.1 del PIDCyP, normas jurídicas que se desarrollan en leyes ordinarias, reglamentarias, estatutos y directrices que deben ser observadas; este clamor es vigente en todo tiempo, como la lucha permanente y constante por la justicia, habida cuenta que aún y cuando normativamente esté establecido en la práctica forense los jueces, en no pocos casos, se subordinan a la dependencia interna y externa de su poder judicial, y también, en otras

restitución y reparación de su derecho lesionado. Es así, como a través de los jueces, tribunales y jurados, el Estado debe responder a los requerimientos legítimos de la víctima, sin dilaciones³⁶, ni formalismo tramitológicos³⁷, como tampoco prejuicios, incompetencias³⁸, negligencias ni arbitrariedades, que provoquen perjuicio al legítimo acusador.

27. Establecido el sistema judicial penal, para la tutela judicial efectiva de los reclamos legítimos del acusador –víctima-, el Estado debe cumplir con establecer las reglas procesales por medio de las cuales se sustente la acusación, se acrediten los hechos de la misma y se conozca la pretensión jurídica del acusador, a la vez de concederle los derechos fundamentales al acusado para su defensa en juicio; tal obligación se objetiviza en el Código Procesal Penal, en donde los derechos del acusador estén claramente señalados, así como los del acusado, con normas funcionales del juicio para la obtención de la decisión cognocitivista de quienes resuelven.

28. Con ilación a lo anterior, los derechos del acusador deben ser considerados en el equilibrio justo dual de los derechos del acusado, cada uno, obviamente, conforme al interés y condición jurídica que les asiste en juicio. Tal circunstancia determina, que el acusador –víctima- es un actor principal e insustituible en el juicio, con un interés directo y legítimo que presenta a los jueces, en contra del acusado, para que, según el cognocitivismo del juicio justo, estos resuelvan la protección, restitución o reparación del mismo, y así el Estado cumple con la obligación insustituible de tutelar el derecho reclamado por la víctima.

29. Ello implica, que la víctima-acusador no ruega las miserias³⁹ de su participación en juicio, como la doctrina dominante lo hace ver y que constituye, a razón de quienes la sostienen, un programa por la mayor intervención de la víctima en juicio⁴⁰, pero siempre subordinada en un plano de expropiación de su acción; sino por el contrario exige la tutela judicial efectiva, en donde su intervención es inmutable y su requerimiento insoslayable. Respecto a ello, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, de las Naciones Unidas, establece claramente los cuatro pilares fundamentales sobre los cuales debe basarse la tutela

ocasiones, se someten a las bajas pasiones de la simpatía por alguna de las partes procesales, o por desconocimiento de las normas, perjudicando a la otra parte.

³⁶ La mora judicial, efecto de la negligencia de los jueces, constituye uno de los flagelos más visibles del sistema judicial.

³⁷ La consagración a las formas tramitológicas, escritas, arcaicas e infuncionales, hacen de la judicatura un espacio de evaluación de las malas prácticas procesales, que oculta el reclamo de justicia.

³⁸ La incompetencia acá referida no es la procesal, sino la personal, por falta de conocimiento del derecho y de los derechos de los seres humanos, los jueces perjudican los reclamos legítimos y justos.

³⁹ Locución tomada de Carnelutti en las Miserias del Proceso.

⁴⁰ Algunos de los programas de reforma procesal penal, se reducen a exigir que para las salidas alternas – criterios de oportunidad- sea requisito que la víctima sea reparada del daño, así como, el derecho a la información del caso y que se le consulte la decisión que asume el Ministerio Público, no se le exija solicitudes para comparecer a audiencias, se le de prioridad a declarar solo una vez cuando se trate de víctimas vulnerables, no se revictimice y que la atención sea integral. Acciones que son plausibles, pero las mismas son conservadoras, muy tímidas y no reposicionan a la víctima en el rol que le corresponde en el proceso penal, sino más bien confirma su subordinación a la acción pública ejercida por el fiscal del Ministerio Público.

judicial para las víctimas, en especial el acceso a la justicia y el trato justo, y para ello, como se impone en la disposición 6, se adecuarán los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, lo que afirma que, el procedimiento penal debe responder también a los derechos de las víctimas, en correlación a los derechos del acusado, y de tal cuenta, que al constituir ellos las partes del juicio, sobre sus intereses y necesidades debe basarse la estructura procedimental y la respuesta judicial.

30. Se reafirma, el derecho principal que tiene la víctima-acusador en el juicio, de conformidad con lo dispuesto en la literal b de la disposición 6 de los referidos principios, cuando señala que “las opiniones y preocupaciones de las víctimas serán presentadas y examinadas”, aspecto este que traza la idea central de la disposición de la acción que le asiste a la víctima, y por ello lo que ella manifieste al respecto debe ser considerado en juicio.

31. La redefinición de la víctima como acusador en el juicio penal, genera dos implicaciones fundamentalmente relevantes. La primera concerniente a la eliminación de la creación y clasificación, ilegítima y expropiante, de querellante; y la segunda respecto al derecho de las víctimas de delito a la asistencia jurídica.

32. El querellante como construcción jurídica, pretende categorizar dentro de una relación jurídica procesal a la víctima del delito, en un sistema errado en donde la acción le corresponde al Estado, y en tal virtud la figura jurídica de querellante está dada para aquel que puede tener intervención en el juicio, claro está limitada a la acción principal. Es por ello, como lo plantea Chiovenda⁴¹, las formas de intervención tendrían que clasificarse en principal y adhesiva, la primera responde a un derecho propio y la segunda como coadyuvante y en ayuda de una parte principal, es decir por un derecho ajeno; en tal sentido se subordina la intervención de la víctima del delito, bajo la figura de querellante, a la intervención del Estado, lo cual, como se ha sostenido, constituye una arbitrariedad de expropiación de la titularidad del conflicto, interés y derecho a acusar que le asiste a la víctima. Pretendiendo, equilibrar los derechos en juego, Maier refiere dos formas de hacer intervenir en juicio⁴², al ofendido en los delitos de persecución oficial, siendo la primera como querellante conjunto⁴³, con derechos autónomos para acusar, y como querellante adhesivo⁴⁴, con actuación coadyuvante y accesoria a la acción oficial; si bien es cierto, esta clasificación supondría elevar los derechos de las víctimas de delitos a un plano de igualdad con los del acusador oficial, también cierto resulta que el problema de la expropiación del conflicto y legitimidad se mantienen, por cuanto el Ministerio Público Fiscal no tiene fundamento para asumir una posición autónoma y principal respecto a un hecho que perjudica a una persona, frente a quien, incluso, se coloca en situación oponente por la autonomía de derechos que le corresponden en juicio.

⁴¹ Chiovenda, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 324 y ss.

⁴² Maier, Julio. Derecho Procesal Penal, Sujetos Procesales. Ob. Cit. Pág. 624.

⁴³ En el CPP de Guatemala, existía una actuación autónoma del querellante en el texto original, contenido en el artículo 343 que establecía la acusación por parte de aquel; esta norma fue derogada en la reforma del año 1996.

⁴⁴ Este es el modelo establecido por el CPP Tipo para Latinoamérica, y seguido por Guatemala en los artículos 116 y ss.

33. Aunado a ello, en el derecho positivo de varios países, se establece la clasificación de querellante respecto al derecho tutelado, siendo así que al considerarse de interés público la actuación del querellante será adhesiva o coadyuvante, y al tomarse como interés privado, la actuación del querellante será exclusiva⁴⁵. La primera referida a los juicios de acción pública y la dependiente de instancia particular; y la segunda correspondiente a los juicios de acción privada⁴⁶. Sin embargo, y considerando lo sostenido en apartados anteriores, esta clasificación perpetúa la subordinación de víctima en el juicio, y reafirma el interés Estatal sobre el interés particular, denotando los mayores abusos jurídicos respecto a la intervención principal de un sujeto sin derecho, y excluyendo al sujeto legitimado para pedir la tutela judicial.

34. En tal sentido, por oponerse a las razones legítimas de la relación ciudadano-delito-víctima-acusador, y al eliminarse la clasificación de la acción penal, por arbitraria e ilegítima, obvio resulta que la postulada clasificación, de poca historia jurídica procesal, resulta innecesaria a las razones de un juicio justo para la víctima-acusador, y además descontextualizado para los intereses contrapuestos⁴⁷, aparte de los límites, requisitos y obstáculos que se le establecen en el derecho positivo⁴⁸.

35. En similares condiciones, por ser accesoria⁴⁹, se instituye la figura jurídica de actor civil⁵⁰, cuando la víctima expresa su interés a la indemnización por los daños sufridos respecto al delito cometido en su contra. De tal cuenta que, la víctima puede ser querellante y no actor civil, sin embargo por razones obvias, no puede ser actor civil sin ser querellante. La figura de actor civil responde a la acción civil que representa o pretende la víctima, lo que implica en algunas legislaciones que sus requerimientos se basen en los fundamentos del derecho procesal civil y por ende su exclusión y abandono presentan causales inapropiadas al derecho a la reparación e indemnización que le asiste a toda víctima de delito. Al respecto, si bien es cierto, es necesario mantener ciertos lineamientos civiles para acreditar la obligación de indemnización y reparación, también cierto resulta que la condición de la víctima no es similar a la condición del demandante en el ámbito civil, toda vez que, la obligación surge como una consecuencia emergente y directa de todo delito, y no con una fuente independiente y de acto lícito, en cuya posición la víctima tiene una intervención desformalizada, en donde solo debe acreditar la relación del delito y los daños cuya indemnización o reparación se reclama, y por ello la ejecución de la decisión debe ser

⁴⁵ Artículo 122 del CPP de Guatemala.

⁴⁶ Artículo 474 y ss. Del CPP de Guatemala.

⁴⁷ El sometimiento a la concepción que el delito implica una falta a las órdenes del monarca o del Estado, ha implicado, incluso, que se le considere a la víctima, bajo la figura de querellante, como un sujeto meramente eventual en el juicio, tal y como lo refiere Julio Maier, en su obra citada, página 52.

⁴⁸ El derecho positivo conspira en contra de la intervención de la víctima en juicio, primero al exigirle que se constituya judicialmente en la figura de querellante adhesivo, luego que se someta a la conducción principal del procedimiento del Fiscal, y en el peor de los casos se le exige que para comparecer a audiencias –intermedia para el caso de Guatemala- debe pedir por escrito la autorización de un intervencido; aunado a ello, los supuestos de

⁴⁹ En Alemania se denomina procedimiento adhesivo al penal.

⁵⁰ Mair, Julio. Ob. Cit. Pág. 628 y ss.

incorporada al ámbito penal, de manera ex officio con un plazo mínimo desde el momento de causar firmeza el fallo.

36. Otra razón que sustenta la eliminación de la figura abstracta del querellante, adhesivo o exclusivo, consiste en la imposibilidad jurídica que otro sujeto actúe con interés propio sobre un derecho ajeno, sea autónomo o coadyuvante, toda vez que el único legitimado para decidir sobre la acción penal y su correspondiente pretensión procesal, es el sujeto cuya condición lo instituye como víctima. Al excluir toda posibilidad de interferencia en el derecho propio de la víctima, en especial al Estado con el supuesto interés de orden y seguridad pública, resulta infructuosa toda construcción jurídica de querellante, y con ello se redimensionan los sujetos interviniente del juicio penal: víctima-acusador y acusado.

37. En ese contexto, la víctima quien es titular del derecho afectado y por ende legitimada de la acción, se constituye como sujeto principal en el juicio, con todas las facultades inherentes para presentar alegaciones, comparecer a las audiencias, proponer prueba, examinar los órganos de prueba y recurrir el fallo para la obtención de la doble conformidad⁵¹, si es necesario, y con ello obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos.

38. Claro está que, esta facultad está prevista para la víctima-acusador, sin embargo el carácter complejo de los juicios y la exigencia de algunas circunstancias técnicas que no son comprensibles en tiempo y forma por parte de todas las personas, en especial son desconocidos e incomprensibles para aquellos que no han tenido contacto con el ámbito judicial⁵², exigen que la víctima-acusado sea asistido por un abogado, que comprenda el sistema judicial penal, el rol de cada uno de los sujetos procesales, las atribuciones, facultades y responsabilidades de su intervención en juicio, y sobre todo la forma, modo y condiciones de establecer la teoría del caso, que comprende la identificación y selección de los órganos de prueba que acrediten la imputación de cargos en contra del acusado.

39. Esta asistencia jurídica asegura que la víctima-acusador ejerza, de la mejor manera, sus derechos en juicio con la orientación de un perito en derecho que litigue su causa, respetando el interés y el derecho de aquella. De tal cuenta que la exigencia a la tutela judicial y consecuente acusación de cargos en contra del imputado, se realiza a través de alguien que aboga por los derechos del afectado por el delito, determinando la pretensión procesal que implica la reparación efectiva y la protección a la víctima. Aún y cuando la denuncia actual por la desformalización del proceso penal es una constante en Latinoamérica, ello no implica que la víctima-acusador intervenga por sí en el juicio, toda vez que, el rol de acusador debe cumplir con ciertas condiciones imprescindiblemente técnicas, más no formalista, para que el juicio sea justo, tanto para él como para el acusado; aspecto este que difícilmente pueda

⁵¹ Ver fallo Arce y otros en Recurso de Casación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de fecha 14 de octubre de 1997, en donde se confirma el derecho a la doble conforme, y excluye al Ministerio Público Fiscal de la posibilidad de recurrir, más no a la víctima de delitos, como lo ha sostenido esa misma Corte en otros fallos.

⁵² Como lo señala Montesqueiu "...los juicios dejaron de ser actos de ostentación de los hombres, que ni entendían ni querían conocer...", en *El Espíritu de las Leyes*, Ob. Cit. Pág. 504.

desarrollar personalmente toda víctima-acusador, lo que implica dejarlos en un estado de mayor vulnerabilidad y con ello, el juicio lejos de ser un medio para la solución más justa del conflicto y tutela efectiva de los derechos de la víctima, se constituiría en un espacio para la revictimización secundaria.

40. Obviamente, la víctima-acusador es un interviniente necesario del proceso más no artífice de su participación, habida cuenta que abruptamente es violentado en su derecho, en ocasiones por un desconocido que acomete el delito en su contra, lo que implica que el impulso procesal tiene una relación jurídica con el delito cometido; y siendo que el derecho afectado por el delito, es uno de los garantizados y protegidos por el sistema jurídico constitucional, es el Estado el obligado a proporcionarle la asistencia jurídica, con carácter de universalidad, gratuidad e infungibilidad.

41. El carácter gratuito de la asistencia jurídica a la víctima-acusador, deviene de la literal c) de las disposición 6 de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder⁵³, que establece “Prestar asistencia adecuada a las víctimas durante todo el proceso judicial”; esta asistencia, si se ciñe a la razón y finalidad del texto jurídico, es de carácter jurídico como un auxilio en la dirección y procuración de los derechos de la víctima-acusador en juicio; lo adecuado concierne a la capacidad, honestidad, lealtad y responsabilidad de los abogados que se asigne a las víctimas de delitos, en el entendido que esta obligación no se cumplimenta únicamente con asignarle cualquier letrado, sino por el contrario, debe optarse por aquellos que demuestren mayores meritos en la defensa efectiva de los derechos de las víctimas, implicando la mayor sensibilidad respecto a la condición y afectación de las personas respecto al delito y su consecuente interés e intervención procesal. Aunado a ello, esta disposición exige que el abogado debe auxiliar a la víctima-acusador en todas las etapas del proceso, dirigiendo funcionalmente la investigación, formulando acusación y litigando la causa en juicio, así como, respetando y asesorando a la víctima en su decisión de acuerdos reparatorios y todo tipo de salida alterna y simplificadora del proceso penal.

42. Esta obligación estatal se refuerza con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional de Guatemala, en donde se dispone la tutela judicial efectiva, misma que implica dotar de los medios y condiciones adecuadas a las personas para que hagan valer sus derechos, de tal cuenta que la tutela judicial no se cumple simplemente con la disposición del libre acceso a los tribunales, sino por el contrario, en facilitar los medios idóneos para que los derechos se hagan efectivos y las pretensiones de las víctimas sean consideradas para la decisión final; esta tutela implica, incluso, la asignación de abogados bilingües en el idioma materno de la víctima, y en su defecto a un intérprete, para que pueda intervenir de forma efectiva en juicio.

43. La universalidad de la asistencia jurídica, radica en el principio de igualdad ante la ley, que impone la exclusión de todo trato diferenciado sea cual sea su origen, tal y como lo dispone el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de tal cuenta, que

⁵³ Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 40-34.

todo ser humano, que se encuentre en la relación víctima-acusado, indistintamente su origen, nacionalidad, condición económica, social, política, religiosa, ideológica, educativa, sexo, edad, y cualquier otra condición, tienen derecho a que el Estado les proporcione un abogado para que los asista en juicio y defienda sus derechos. Esta imposición de la universalidad del abogado de la víctima es imprescindible en el contexto de las preferencias y de las condiciones de desventaja de algunos grupos sociales, toda vez que conforme a ello, también es necesario desarrollar acciones afirmativas que equilibren esas condiciones y permitan transitoriamente una atención privilegiada a los más vulnerables. Ello no implica, que las personas con posibilidades económicas se les prive de la asistencia jurídica gratuita, sino que ésta es dispuesta con mayor potencialidad a los que siempre son excluidos de la tutela judicial por circunstancias estructurales de los Estados Latinoamericanos.

44. En el mismo contexto, la obligación estatal infungible de la asistencia jurídica deriva de los fines de todo Estado, consistente en la protección de la persona y sus derechos, lo que conlleva una obligación de establecer acciones y condiciones, para que las personas estén libres de acometimiento de delitos, y en caso que esto suceda, que puedan acceder inmediatamente a la asistencia jurídica para requerir la protección como víctima, la atención y participación digna en juicio y la reparación efectiva por el daño sufrido; de tal cuenta, que al ser una obligación estatal, esta no puede ser asumida por instituciones de asistencia social ante el incumplimiento del Estado, como tampoco puede el Estado negarse a cumplir con esta obligación porque constituye uno de sus fines fundamentales⁵⁴, y tan importante es proteger, abstractamente, los derechos fundamentales de las personas a través de la descripción de los tipos penales, como importante es asistir jurídicamente a las víctimas-acusadores⁵⁵, cuando el supuesto de protección no ha sido suficiente y la lesión al derecho fundamental se ha realizado; es en consecuencia, la asistencia jurídica estatal una de las garantías fundamentales de las víctimas de delitos, para que puedan intervenir en juicio como acusadores con sus pretensiones específicas.

45. De ello deriva que la tutela judicial que todo Estado está obligado a proveer a las víctimas de delitos, implica la asignación de abogados para que, con el conocimiento, responsabilidad y honestidad requeridas, en las condiciones acá delineadas, las víctimas reciban una atención holística digna, intervengan

⁵⁴ Al respecto, existen proyectos en los cuales organizaciones de asistencia social prevén la asistencia a víctimas de delitos por la ausencia y abandono del Estado respecto a ellas, y por la errónea comprensión del rol del Fiscal, como garante del derecho, imparcial y objetivo, estando incluso en contra de los intereses y derechos de las víctimas. Así, para el caso de Bolivia puede consultarse la tabla elaborada por Jennifer Guachalla, respecto a patrocinio de procesos legales por parte de Organizaciones de la Sociedad Civil, tabla 2, página 203, Derechos de las Víctimas en Bolivia, en Reformas Procesales Penales en América Latina, Discusiones Locales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005. Con menos intensidad en Guatemala, la Fundación Sobrevivientes, asiste jurídicamente a víctimas mujeres y niñez por delitos cometidos en su contra. En otra visión, pero con la misma intención, recién el gobierno de Daniel Scioli, en la Ciudad de Buenos Aires, cerró acuerdo con el Colegio de Abogado Bonaerense para la asistencia legal gratuita a víctimas de delitos, lo cual solo reafirma el carácter asistencial mas no esencial de la asignación de abogados a las víctimas de delitos.

⁵⁵ En esta línea, la Comisión Constitucional de Cámara, en Palma de Mallorca, aprobó el proyecto de reforma constitucional que establece la obligación del Estado de otorgar asesoría jurídica a víctimas de delitos graves, aspecto selectivo y no universal, pero constituye un punto de partida imprescindible en la lucha por los derechos de las víctimas de delitos.

adecuadamente en juicio, obtengan protección personal, y una reparación efectiva; al efecto, Marisol Turres, manifiesta que “Las víctimas tienen derechos pero necesitan un profesional que ejerza esos derechos”⁵⁶.

46. La asistencia jurídica para las víctimas está íntimamente relacionada a la relación persona-delito-daño-acción-acusador, en donde el titular de la acción es la víctima y por ello la obligación estatal de proporcionarle un abogado; el abogado de la víctima litiga a favor de los derechos de esta, sin obstáculos ni limitaciones y sin que exista obligación de aquella a pagarle los honorarios.

47. La asistencia jurídica a la víctima implica desarrollar la teoría del caso, establecer las rutas de salida procesal, así como dirigir la investigación para sostener la causa en juicio; el abogado de la víctima, al ser un profesional del derecho, concentra sus esfuerzos en la litigación de las causas, y por ello, en el ámbito de la investigación, su intervención se limita a conducir la misma, estableciendo cuáles son las proposiciones asertivas a demostrar, las fuentes de información para seleccionar a los órganos de prueba, los medios a través de los cuales se realizarán los actos investigativos, investigadores responsables y forma de registrar la misma; el trazar estas líneas generales, pero a la vez operativa, advierte que el fiscal cumple una función de litigio estratégico, sobre la base de una adecuada investigación de los hechos sometidos al juicio.

48. Para ello, el abogado de las víctimas debe asistirse de una policía de investigación criminal, que cumpla operativamente las directrices dadas por él, que esté subordinada funcionalmente al abogado, y que, con capacidad y honestidad, pueda obtener la información requerida en los actos de investigación propuestos, aportar otras vías de acreditación de los hechos y obtención de la verdad, pero siempre dependiente del abogado que los dirige⁵⁷.

49. Aunado a ello, el abogado de las víctimas debe procurar la realización de los tres derechos fundamentales de las víctimas, tanto en forma directa como a través de los conductos procesales respectivos; así, en el caso de la atención, debe instituir un servicio holístico en crisis como en condición estable, y a la vez debe velar porque la víctima, en su intervención en juicio, sea tratada en consideración a su condición de afectada por un delito, incidiendo en la creación de unidades, espacios y medios idóneos para tal fin. En el plano de la protección, debe crear y coordinar un programa idóneo de protección integral a la víctima de delito, asegurando su vida e integridad, más que como testigo principal, como persona que merece y necesita la seguridad que en concreto el Estado está obligado a proporcionarle. Y en el ámbito de la reparación, el abogado de la víctima debe procurarla dentro del juicio, e incluso demandar en vía directa administrativa la reparación por el daño sufrido.

50. Tales acciones, implican que el abogado de las víctimas asuma una actitud pro activa, coordine y dirija la función de la alianza organizacional a favor del ofendido, y

⁵⁶ Directora de la Oficina de Atención a Víctimas de delitos en Palma de Mallorca, 2006.

⁵⁷ En el sistema sajón, el investigador es independiente al abogado, y solo acude a él excepcionalmente para consultar alguna duda y para la presentación del caso preparado para acusar.

establezca progresiva y permanentemente compromisos interinstitucionales a favor de la víctima de delitos.

51. El abogado, pagado por el Estado, no debe representar intereses de éste, debiendo ser independiente a los poderes externos, autónomo en sus decisiones y con capacidad y libertad de litigar casos, incluso, por actos delictivos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, que perjudiquen a las víctimas. Su independencia y autonomía debe ser absoluta, para lo cual el Estado debe asegurar un reglón presupuestario suficiente para la atención de las causas penales, debiendo ser incrementado según el aumento de casos atendidos y la eficacia de la resolución de los mismos.

52. La autonomía debe privilegiarse por el abogado de las víctimas, y únicamente debe sujetarse a directrices generales, regionales y distritales que tiendan a reducir los delitos y contribuir a la atención integral, reparación justa y protección efectiva de las víctimas de delitos; él representa intereses concretos y específicos de la víctima, y le da la justa dimensión a sus requerimiento, promoviendo los acuerdos reparatorios, dirigiendo la investigación y en su caso litigando la causa en audiencias orales. El abogado no asume un interés particular o propio en la causa penal, concretándose a asistir jurídica-penalmente a la víctima, quien es la titular de la acción y por ende con todas las facultades de intervención directa en el juicio y con el derecho de ser asistida por un abogado.

53. Conforme a lo referido, el abogado de las víctimas debe ser el fiscal del Ministerio Público, quien asume la asistencia jurídica en juicio, y asume las gestiones necesarias para la atención integral en las agencias del sistema judicial, así como la protección a la vida, integridad y seguridad de la víctima a través de un programa idóneamente diseñado, tanto durante como posterior al juicio; le corresponde asimismo, procurar la reparación efectiva por los daños sufridos a causa del delito.

54. Son tres las razones por las cuales el fiscal debe constituirse en abogado de las víctimas; la primera, porque su función y responsabilidades está enmarcada en la persecución de los delitos, lo que implica que esa tarea deba solamente puede realizarse mediante el ejercicio de la acción por parte de su titular, la víctima, y por ende, la asistencia jurídica es el medio idóneo para cumplir con esa finalidad, a través de la cual litiga la causa en concreto que contribuye con la persecución penal estratégica. La segunda razón radica en la institucionalidad que ése órgano extra-poder ha adquirido, con un presupuesto progresivamente en aumento, con recurso humano y material cada vez de mayor cobertura, así como la capacidad ya instalada de despliegue a nivel nacional, lo que facilita la implantación de los programas idóneos en pro de los derechos de las víctimas de delitos. Y la tercera razón, consiste en lo inidóneo de la institución en defender intereses del Estado, por cuanto existe un órgano específico para ello, como lo es la Procuraduría General de la Nación, que con su cuerpo de abogados, asume el interés del Estado en las causas civiles y demás jurídicas que se le sometan a conocimiento; de tal cuenta, que la separación entre las funciones de ésta con aquella, fortalece la constitución del Fiscal como abogado de las víctimas.

55. El fiscal del Ministerio Público, se constituye en abogado de las víctimas, porque, siguiendo a Bovino⁵⁸, se reduce en un sujeto sin derechos propios que hacer valer, y por ende la falta de legitimidad en la titularidad de la acción, le inhibe el ejercicio de la misma de forma directa e independiente, y por ello excluido de la participación como sujeto procesal, reubicándolo en su justa dimensión y actuar, como asistente jurídico de la víctima, por quien y para quien está instituido. De tal cuenta, que el actuar del fiscal debe privilegiar la posición de la víctima, asumirla como su “cliente”, proveyendo todas las atenciones y consideraciones que como tal le corresponden.

56. Ello implica, excluir la función abstracta y despersonalizada del Fiscal en la causa penal en donde ejerce la persecución penal aislado de la víctima, o en no muy pocos casos en contra a la voluntad e intereses de ella, pretendiendo hacer prevalecer un ejercicio legítimo del cual carece, lo que redundaría en la afectación de los derechos de aquella. De tal cuenta, que la posición debe ser subsidiaria a la víctima, en el plano de la legitimidad, pero principal y activa en el contexto de la dirección funcional de la investigación, acusación e intervención en juicio.

57. Además, reconocer que el fiscal es abogado de las víctimas de delitos, quien las asesora y asiste jurídicamente, implica evitar acciones gubernativas y no gubernativas que fortalecen la expropiación del conflicto a la víctima, en donde siempre será una incorporada en el juicio y los intereses allí discutidos, con una posición subsidiaria a la acción principal encausada por el Ministerio Público⁵⁹; además, eliminaría iniciativas ingenuas que desnaturalizan el sistema acusatorio⁶⁰ y que en nada benefician los derechos de las víctimas de delitos, generando, por el contrario, la sobre-institucionalización en cuyos gastos de funcionamiento se diluyen los recursos nacionales.

⁵⁸ Bovino, Alberto. La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho, Ob. Cit.

⁵⁹ Entre estas figuran las acciones realizadas en Palma de Mallorca, por la Oficina de Atención a Víctimas de Delitos, en donde reconocen la expropiación del conflicto, y lo que ofrecen es acompañamiento y asesoría jurídica subsidiaria a la acción penal principal; en similares términos el Centro de Atención a Víctimas de Delitos de Chile. De igual forma, en el caso de Buenos Aires, el gobierno de Daniel Scioli suscribió acuerdo con el colegio Bonaerense para la asistencia jurídica gratuita a víctimas de delitos, sin tratar el tema de fondo que constituye el posicionamiento de la víctima en el proceso; las buenas intenciones, pero descuidando la titularidad del conflicto y por ende de la acción penal, van hasta la reforma constitucional, como lo plantea la diputada Marisol Turres, quien presentó proyecto de reforma de la Constitución Política de la República de Chile, 2006, sobre el cual dictaminó favorablemente la Comisión respectiva, mediante la cual se obliga al Estado a otorgar asesoría jurídica a las víctimas, pero solo para los delitos graves, un agregado a la exclusión y trato igual a todas las víctimas, además de mantener una figura abstracta y sin legitimidad, Ministerio Público, que está obligado a asistir a la víctima; y así otras tantas iniciativas desde ONGs, Universidades, Asociaciones de Abogados, que tienden a prestar asesoría legal a la víctimas, considerando con ello que el problema de su intervención en juicio está solucionado, cuando ello es de mayor complejidad.

⁶⁰ Como el caso de Guatemala, que a través de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra las mujeres, se obliga al Estado a proporcionar asistencia legal a las víctimas y familiares, hasta acá bien, sin embargo incurre en error al señalar que ello estará a cargo de una abogada defensora pública, extremo este que solo redundaría en el desconocimiento del juicio adversarial, y la desnaturalización en los abogados que acusan y defienden que pertenecen a una misma institución, aspecto este que ha quedado proscrito en la adecuada comprensión del sistema acusatorio.

