

# **EL AGRAVIADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO<sup>1</sup>**

Carlos Machuca Fuentes\*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Para quienes éramos aún estudiantes de derecho por los primeros años de los noventa, el entusiasmo inicial por el Código Procesal Penal promulgado en 1991, ha vuelto a nacer con la dación del nuevo Código Procesal Penal, puesto que es evidente que la norma vigente (el Código de Procedimientos Penales) resulta totalmente ineficaz, no solo para el combate del delito, lo que se plasma en el retardo innecesario de los procesos, sino también en el hecho de que los derechos de la víctima no se hayan debidamente garantizados.

Es por ello interesante resaltar que la nueva norma procesal le da un adecuado lugar a la víctima dentro del proceso, como se verá en las líneas siguientes. Ello porque en el proceso penal lo primero que nos viene a la mente es el concepto del procesado. Este es el personaje más importante del proceso, sobre el cual gira todo el desarrollo del mismo, relegando a un segundo plano al afectado, aquel que sufre en forma directa las consecuencias del delito. Sin embargo, cuando el hecho es puesto en conocimiento de la autoridad y se inicia la investigación, el agraviado es sustituido en el ejercicio de la acción represiva por el Estado y pasa a ser un espectador, y aunque se le reconoce intervención en el proceso

---

\* Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Ica. Con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro de la Comisión de Implementación del Código Procesal Penal en el distrito Judicial de Ica. Docente en el curso de Derecho Procesal en la Universidad Alas Peruanas – Sede Ica.

<sup>1</sup> La presente fue materia de ponencia en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología realizado en Lima, organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el mes de octubre del 2004, con el título "El rol del agraviado en el proceso penal Peruano". Por evidentes razones, teniendo en cuenta las experiencias de implementación de la norma procesal penal a partir del año 2006, el autor ha considerado actualizar algunos datos, conservando en esencia los puntos resaltantes de dicha ponencia.

mediante el instituto de la "parte civil" solo tiene derecho, en caso de una condena, a lograr un resarcimiento mediante la denominada "reparación civil".

El rol del agraviado en el ordenamiento procesal penal vigente es limitado, ya que no se permite su participación en la fase de investigación, porque la sociedad a través del Ministerio Público, se ha hecho con toda la carga de la prueba, quizá sin considerar que el agraviado, como el verdadero afectado, debe tener un papel más protagónico y sobre todo conocer la verdad de lo sucedido.

## **II. CONCEPTOS ELEMENTALES**

### **1.- EL AGRAVIADO**

En la historia de la persecución penal hay dos personajes que se disputan, con buenos títulos, la calidad de ofendido: la sociedad y la víctima (persona individual o jurídica) que ven dañados o puesto en peligro sus intereses y sus derechos. Son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable -autor del delito-, y también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido. Entre los datos que caracterizan al delito de siempre se hallan la identidad del agresor y del agredido, que entran en contacto personal, por el ataque que aquel emprende, por el enfrentamiento que compromete a ambos, por la malicia que alguien utiliza para obtener, de cierto individuo, determinada ventaja. En cambio, el delito moderno puede golpear a un número indeterminado de sujetos y provenir de un número también indeterminado de agentes. No importa la identidad de aquellos y estos, que ni siquiera se conocen entre sí.

En contraparte a ello, luego de producido el agravio, los agraviados se armarán para ejercer el contragolpe: la reacción punitiva y reparadora enderezada contra el autor del delito y a veces contra quienes no han participado en la conducta reprobable, pero deben responder por ella, en forma lateral y subordinada. Esta se funda en el derecho de persecución.

La persecución penal fue en el principio un suceso libre y colectivo, y acabó por constituir un acontecimiento regulado y concentrado, especialmente en el Estado moderno. Este desarrollo de la persecución es también, hasta cierto punto, la historia del hipotético contrato social, mediante el cual los individuos, designan por propia voluntad un ente superior, que se hará cargo de la tutela de todos ellos. Con ella la persecución dejó de ser un suceso libre, porque se pusieron linderos a la conducta y se fijó, con detalle esmerado, el derrotero de la persecución: un *iter persecuendi*, como consecuencia natural del *iter criminis* que llegó a su término.

Así, la muchedumbre, actor importante en épocas anteriores - especialmente en la vindicta -, desapareció de la escena, para que ingresaran a ella - y la retuvieran en lo sucesivo - solo algunos personajes con pase al proceso. Tal fue el origen de la competencia y de la legitimación. Así, devinieron competentes o legitimados el actor y el fiscal, más la sociedad, en un extremo; el reo y su defensor, en otro; el particular ofendido, en uno más, y el juzgador en el extremo restante. Ese es el esquema procesal hasta nuestros días. La sociedad, sujeto pasivo de todos los crímenes - porque de no haber una intensa lesión o un grave peligro para la sociedad, no habría tampoco delito - dejó de verse y actuar como ofendido, aunque lo fuera, y asumió un papel característico en el proceso a través del fiscal, el mismo que es convertido en protagonista del debate. Sin embargo, la sociedad e incluso la víctima ha sido desplazada del *jus puniendi* y del ara judicial. Quedó fuera del tribunal, convertida en espectadora o en opinión pública.

Si bien la sociedad recibió algunas compensaciones, como el Ministerio Público o fiscal, denominado con frecuencia el "defensor de la sociedad", para recordar el origen y el sentido de su investidura, por otra parte, ciertos principios procesales como la publicidad acudieron a satisfacer la necesidad social de "mirar" por lo menos el desarrollo del proceso. Ya no se intervendría en él, pero se ejercería por ese medio una cierta supervisión y una innegable presión.

En los últimos tiempos, la tecnología ha simplificado y ayudado a la difusión del proceso y de otra parte el juzgador sabe de la sociedad y de sus exigencias. Sin embargo, el ofendido no tuvo la misma suerte. Este sobrevive en forma autónoma. Ha sufrido en carne propia el daño o el riesgo del delito: es su salud la que declina cuando hay lesiones; es su patrimonio lo que disminuye cuando hay un robo; su honor lo que mengua cuando hay calumnia. Este impacto directo sobre un bien jurídico personal es el título que hace del individuo un ofendido, y del ofendido una parte procesal. Sin embargo, ha sido relegado en el proceso, puesto que si la sociedad tiene un Ministerio Público a un representante privilegiado, el ofendido no tiene esa condición, y en legislaciones como la peruana está supeditado al inicio del proceso y relegado generalmente a los resultados del mismo.

## **2.- LA VICTIMOLOGÍA**

Corno subraya García Pablos de Molina, el Derecho Penal tradicional no se ocupa de las víctimas hasta el punto de que se ha dicho, no sin cierta crudeza, que en un supuesto de homicidio la opinión pública exige la reacción jurídico-penal, pero la víctima no plantea problema alguno, basta con enterrarla. De ser un personaje de importancia, un factor importante en la respuesta penal al delito en las sociedades más primitivas, la víctima pasa a desarrollar un rol accesorio, limitado o a ser testigo del fiscal, figura que progresivamente asume la función de la víctima, o a su eventual negativa a cooperar con el sistema.

Esta neutralización de la víctima es algo connatural a la propia existencia del Derecho Penal, del *jus puniendi*, sobre la base del cual los miembros de una sociedad renuncian a la venganza privada y ceden en manos del Estado la protección de la sociedad frente a la delincuencia. Con anterioridad al siglo XVIII, el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada. Pero progresivamente se inicia un proceso llamado a restringir y poner coto a la crueldad que podría suponer el resarcimiento de la víctima o sus familiares y que culmina con la actual situación de exclusión absoluta de la víctima de la respuesta social al

delito, por medio de la imposición de la pena y, como consecuencia indirecta de todo el sistema penal<sup>2</sup>.

Según la definición que se hizo en el Primer Simposio Internacional de Victimología, organizado por la Sociedad Internacional de Criminología en 1973 en Jerusalén, "victimología es el estudio científico de la víctima de un delito". Para los criminólogos, la víctima tiene un gran protagonismo en el estudio del delincuente y la víctima del mismo. Tanto es así que algunos autores aseguran que la responsabilidad de la víctima en cierto tipo de delitos puede ser igual e incluso superior a la del mismo delincuente.

Así, los criminólogos hablan de víctimas predispuestas, atraídas, voluntarias, culpables, destinadas, etc. Respecto a la víctima se han formulado muchas definiciones. Para lo que interesa a nuestro estudio, sólo tomaremos la que nos proporciona Soria citando la definición dada por la ONU en 1986, según la cual la víctima es "(...) aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del Derecho internacional (...)". Este concepto se ha encontrado en constante evolución, debiéndose en gran parte, al aporte de Von Hentig y Mendelsohn (teoría del interaccionismo), los que demostraron que la víctima no es un sujeto pasivo y estático, sino que interactúa con el autor del hecho.

La víctima es capaz de influir en la estructura, en la dinámica y en la prevención del delito. Como fruto de ese "redescubrimiento" de la víctima, las legislaciones de distintos países han receptado iniciativas y propuestas como son los programas de compensación, de restitución y de auxilio a la víctima. Esto se ha traducido especialmente en las sentencias de las organizaciones supranacionales, en Europa, América (en este último caso

---

<sup>2</sup> Versión del artículo "Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema" publicado por Mercedes de la Cuesta Aguado, editado por la Universidad Cádiz, Cádiz 1994

se ha ordenado reparaciones a las víctimas de agresiones por parte del Estado). Según Mendelsohn, existen cinco tipos principales de víctimas: a) la víctima totalmente inocente (o víctima ideal), b) la víctima de culpabilidad menor o ignorante: el comportamiento irreflexivo de la víctima desencadena el delito, c) la víctima voluntaria (tan culpable como el infractor): suicidio por adhesión, eutanasia, etc. d) la víctima más culpable que el infractor: víctima provocadora, imprudente, etc., e) la víctima únicamente culpable: víctima infractor, víctima simuladora, etc. Sin dudar, la víctima juega un papel importante en el delito. El sistema punitivo, sustentado en el *ius puniendi* estatal, sin embargo, no solo ha relegado a la víctima en su intervención en la investigación, sino que ha consolidado una forma de maltrato a sus derechos como veremos más adelante.

### **3.- MANIFESTACIONES DE LA POSICIÓN DEFICITARIA DEL AGRAVIADO EN EL PROCESO PENAL DE CORTE INQUISITIVO**

En los sistemas procesales inquisitivos al tener el Estado el monopolio de la Investigación y el Juzgamiento, el agraviado no tiene mayor participación en el proceso y no puede ser de otra manera puesto que de acuerdo a la regla del "secreto" la instrucción es reservada y no hay acceso a las partes a la misma. Este apartamiento del agraviado tiene como consecuencia principal específicamente en el proceso, de lo siguiente: a) falta de información a la víctima de los ritos y tiempos procesales (especialmente cuando el victimario no es detenido), b) frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena, o cuando se absuelve por insuficiencia probatoria o duda (no se debe olvidar que el criterio de conciencia, en legislaciones garantistas, es una barrera infranqueable), c) la víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario (preventiva o confrontación, además de la actuación preliminar), y d) finalmente, quizá lo más angustiante: la lentitud procesal.

### **III.- EL AGRAVIADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO.**

#### **1.- GENERALIDADES.**

Como se ha señalado anteriormente, el ofendido no tiene participación en el proceso. En el Perú el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 052, "Ley Orgánica de Ministerio Público", señala que este es el titular de la acción penal y la ejercita de oficio o a "instancia de parte" o por "acción popular". Es decir, el directamente perjudicado sólo puede denunciar el hecho, pero queda sustraído al mismo hecho de la investigación, con excepción de las acciones por querrela.

La acción penal se materializa con la formalización de la denuncia penal, en un primer momento, y luego con la acusación escrita. Es, por consiguiente, no sólo el impulso del proceso, sino que está presente a lo largo de su desarrollo. Es al mismo tiempo un derecho subjetivo y un derecho potestativo ejercido por su titular; como derecho subjetivo, la acción estaría encaminada a hacer funcionar la máquina del Estado en búsqueda de tutela jurisdiccional y como derecho potestativo, la acción es dirigida a someter al imputado a un proceso. En los casos de la acción privada, prima la voluntad del titular y es renunciable.

La acción penal se ejerce mediante la **denuncia**, esta puede ser efectuada directamente por el afectado o ejercitada por el Ministerio Público en su calidad de titular de la acción. La querrela es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación en los delitos que la norma expresamente concede este derecho -generalmente los delitos contra el honor-. La ley la establece como condición de procedibilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, la facultad investigatoria se condiciona a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal. En estos casos existe la figura del desistimiento que es una forma de perdón del ofendido, el cual crea mucha controversia no sólo en nuestra legislación sino en otras similares. Por ejemplo, en México se considera que el perdón del ofendido

es contrario a los derechos de la sociedad y del Derecho Penal. La facultad de desistimiento es más común sin embargo en los procesos por faltas donde se permite este acto procesal como forma de concluir el proceso.

## **2.- INTERVENCION DEL AGRAVIADO EN EL PROCESO BAJO EL AMPARO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES: LA PARTE CIVIL**

El concepto de parte civil nace de la doctrina francesa cuando en el siglo XVI se vuelve a separar la acción civil de la penal, y a marchar separada y paralelamente, adquiriendo el carácter de pública. La sola comisión del delito produce a la víctima, pero para su ingreso al proceso, de acuerdo a nuestra legislación, necesita constituirse como tal formalmente ante la justicia. El artículo 54 del Código de Procedimientos Penales vigente se señala quiénes pueden constituirse en parte civil y el artículo 57 del citado cuerpo legal que este "puede ofrecer las pruebas convenientes para esclarecer el delito", es decir, su actuación en el proceso es potestativa, no pudiendo intervenir en forma directa en el mismo.

Sin embargo, la parte civil ni tampoco el directamente agraviado pueden intervenir en la investigación. Ello evidentemente es un recorte al derecho de la propia víctima a conocer el resultado de la investigación, puesto que esta tiene el carácter de reservada. En nuestro país, dado el deficiente sistema de investigación a nivel policial, a la víctima se le impide conocer el resultado de las pesquisas y en muchos casos, es maltratada a nivel policial. Ello es aún más patético en los casos de violación de la libertad sexual donde la víctima, al denunciar el hecho, debe narrar los actos que de por sí le han causado daño emocional, encontrándose ante la posibilidad de no poder conocer los resultados de las indagaciones.

Como ilustración, el tema de la constitución de la parte civil en la investigación preliminar, ha sido materia de pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia 228/ 02), en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Ricardo Danies Gonzáles, toda vez que al igual que la norma procesal peruana, el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal colombiano define a la parte civil

en los siguientes términos; "Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de un abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal". Es este artículo de la norma materia de la acción, puesto que el accionante considera que la norma se basa en la vulneración del principio constitucional de la igualdad, en lo que respecta al acceso a la justicia. A juicio del demandante, la ley concede al sindicado "la libertad de actuar directamente en la defensa de su causa, de suerte que está facultado para aprehender directamente el expediente del sumario, y no obligatoriamente a través de abogado", mientras que impone al denunciante o al perjudicado, "quien adquiere el apelativo de parte civil", el deber de actuar por intermedio de apoderado judicial, lo cual viola el principio de igualdad; "coloca a la parte civil en situación de desventaja y deja al denunciante o al perjudicado en manos de abogados inescrupulosos". Al resolver esa causa, la Corte Constitucional de Colombia consideró que "(...) el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos". En su fallo declaró "exequible, en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 del 2000 (Código de Procedimiento Penal), en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad - *lo que importa el derecho a intervenir en la investigación* - y a la justicia"<sup>3</sup>.

### **3.- EL DERECHO A LA VERDAD**

La ausencia del agraviado en la fase investigatoria e incluso en la instrucción, origina que se vulnere de manera otro derecho, el de conocer la verdad. El Estado no sólo tiene la obligación de investigar los hechos, sino también de garantizar que el ofendido conozca la verdad de los

---

<sup>3</sup> Extraída de la página web del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía. La cursiva es nuestra.

hechos. Por eso la ausencia de la participación activa del ofendido en la investigación lo priva de conocer la verdad de lo sucedido. El derecho a la verdad, como derecho fundamental de la persona, ya ha sido materia de amparo por organismos internacionales. Cada vez con mayor frecuencia se reconoce el derecho de las víctimas a conocer lo sucedido, especialmente en casos donde el Estado se presenta como agresor, o cuando los hechos son cometidos por organizaciones que se escudan en el anonimato.

No podemos, en pleno siglo XXI, pretender que el derecho a saber lo sucedido, esté rodeado de barreras, como el hecho de que el directamente perjudicado no pueda conocer lo sucedido especialmente cuando la investigación penal culmina en un no ejercicio de la acción penal, lo que deja una sombra de duda en los afectados. Al respecto, es interesante el caso de Consuelo Benavides Cevallos, (sometido por Amnistía Internacional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1997), quien fuera secuestrada por elementos de la Marina de Guerra del Ecuador con fecha 4 de diciembre de 1985 y posteriormente desaparecida. Pese a los petitorios, las autoridades militares negaron tener en su poder a Benavides; sin embargo, con fecha 28 de diciembre de 1998 los familiares lograron identificar su cadáver, el mismo que había sido encontrado en la provincia de Esmeraldas. Iniciada la investigación castrense, no pasó de la etapa de pesquisas. Formulada la denuncia ante los órganos civiles, estos la desestimaron por no existir elementos suficientes que sustenten la tesis de la desaparición a manos de elementos militares y pese a que posteriormente se identificó y sentenció a funcionarios menores, no se logró identificar y sancionar a los autores de la desaparición forzada, tortura y homicidio. Amnistía Internacional sostiene que en el caso Benavides "el Estado de Ecuador ha incumplido con su Deber de Garantía y ha fallado en sus obligaciones de investigar seriamente los hechos y de traducir en justicia y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada, tortura y ejecución extrajudicial de Consuelo Benavides y los encubridores de los ilícitos. Igualmente el Estado ecuatoriano no ha garantizado el Derecho a

la Verdad que le asiste a la familia Benavides Cevallos. Amnistía Internacional ha llegado a la conclusión que en el caso Benavides, el Estado de Ecuador ha permitido que se consolide la impunidad"<sup>4</sup>.

En el Perú, el año 1995, a raíz de unas denuncias efectuadas por medios periodísticos y declaraciones de testigos sobre la actuación ilegal del grupo Colina, que con fecha 3 de noviembre de 1991 habrían incursionado en una actividad social en Barrios Altos - un suburbio de la ciudad de Lima -, con el propósito de eliminar a integrantes del denominado Sendero Luminoso, matando a varias personas, ocasionando un largo peregrinaje de los familiares y de los heridos en busca de conocer el por qué de la ferocidad con el que actuaron dichos sujetos, y ante indicios de la existencia de los delitos de asesinato y lesiones graves, la jueza del 16 Juzgado Penal de Lima, doctora Antonia Saquicuray abrió instrucción contra Julio Salazar Monroe (general del ejército) y otros, con fecha 18 de abril de 1995. Sin embargo, el Congreso Constituyente Democrático del Perú mediante Leyes N°s 26479 y 26492 dictadas en el mes de junio de 1994 -la primera publicada en el diario oficial el 15 de dicho mes-, concedió amnistía general al personal militar investigado por hechos derivados de la lucha contra el terrorismo, precisándose poco después con la Ley N° 26492 que dicha amnistía era de obligatorio acatamiento por los órganos jurisdiccionales. Con ello el Legislativo detuvo el proceso judicial que en esencia buscaba saber quienes fueron los autores de los hechos denunciados, en la medida que las sindicaciones si bien eran imprecisas, ameritaban investigación pues era evidente que existían indicios de la comisión de delitos de lesa humanidad. En el interín, en una decisión valiente -teniendo en cuenta las circunstancias políticas de la época- con fecha 16 de junio de 1995, la jueza a cargo del proceso inaplicó la Ley N° 26479 prefiriendo la Constitución y los tratados internacionales a los que

---

<sup>4</sup> Extraído del memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos – Ecuador 1997.

el Perú se encuentra adscrito. Lo resaltante de esta resolución es que por primera vez –al menos que se tenga conocimiento- un juez, al preferir la norma constitucional, lo hace en el entendido de que un instituto de naturaleza constitucional, como lo es la amnistía, no puede ser oponible a un derecho fundamental como la vida, o el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional, como obligación de todo Estado de investigar violaciones a los Derechos Humanos. Introduce - aunque no lo menciona específicamente - el denominado "derecho a la verdad" como una de las garantías a favor de la víctima, concepto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conviene resaltar también la posición de la vocal superior doctora Napa Lepano, quien conoció de la causa en grado de apelación, quien señala la necesidad de un debido proceso y el derecho a que se investigue estos hechos por ser de trascendencia (voto singular en la causa 424-95, tramitada ante la Décimo Primera Sala Penal de Lima). Si bien el tribunal de ese entonces, por mayoría revocó la decisión de la juez Saquicuray, es interesante saber que el criterio de los jueces peruanos fue evolucionando hasta aceptar en la actualidad que el perjudicado tiene derecho a conocer - dentro de un proceso- la verdad, aunque sea legal, sobre los hechos. Como corolario, es importante resaltar que mediante sentencia de fecha 14 de marzo del 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el allanamiento del Estado peruano respecto a los hechos denunciados, ordenó una serie de reparaciones y estableció en uno de sus considerandos -punto VIII, acápite 45- que las víctimas y sus familiares tienen el derecho a "(...) conocer la verdad de los hechos ocurridos en Barrios Altos". Con fecha, 8 de abril del 2006, se publicó en el diario oficial El Peruano la sentencia y el acuerdo reparatorio entre las partes. En atención a lo anterior, es evidente que el agraviado ya no puede ser un elemento, estático dentro del proceso. No se debe perder de vista que la ejecución del delito al igual que la ciencia, se ha sofisticado en su realización, lo que se evidencia, por ejemplo, en la destrucción de los objetos del delito, la anulación física de la víctima, la mimetización de lo

obtenido ilegalmente -como el lavado de activos-. Sin embargo, esta sofisticación adquiere mayores dimensiones cuando el agresor es el Estado, especialmente cuando se presentan violaciones de derechos humanos, pues a los afectados se les hace muy difícil conocer la verdad de los hechos. Por ello resulta importante conceder a la víctima una mayor participación en el proceso, pues como se verá ésta es la tendencia en la garantía de los derechos humanos, los que deben ser privilegiados no sólo en el caso de los imputados sino también en el caso de los agredidos, especialmente cuando el agresor es el Estado a través de uno de sus miembros.

#### **4.- EL DERECHO A IMPUGNAR**

Concordante con el derecho a la verdad está el derecho a la impugnación. En nuestro ordenamiento procesal, en la fase de investigación, acorde con los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se permite que el perjudicado en el caso de que el fiscal no ejercite la acción penal, pueda formular queja ante el superior respecto a este hecho y con el pronunciamiento del superior culmina el procedimiento. Esto en aplicación extensiva del principio a la doble instancia que consagra el artículo 139 de la Constitución peruana. Sin embargo, a nivel judicial nos encontrábamos con que al disponerse el "no ha lugar a la apertura de instrucción", el afectado no goza del derecho a impugnación, argumentándose que al no existir proceso mal podría ejercer la impugnación. Este fue uno de los temas de mayor cuestionamiento en la etapa inicial del proceso (lo que se ha venido superando con la Jurisprudencia), puesto que el mandato de no ha lugar, aunque en muchos casos importe el archivo provisional del proceso, impide al directamente afectado el derecho a un proceso judicial donde pueda, entre otros, conocer lo sucedido. El ordenamiento procesal vigente concede solo a quien se constituye en parte civil el derecho a la impugnación en caso de sentencia absolutoria o en caso de discrepancia sobre el monto de la reparación civil. El no constituido en parte civil sufre una suerte de indefensión. En suma, el derecho a la impugnación en el Código de Procedimientos Penales se encuentra recortado al agraviado

propiamente dicho por cuanto: a) si no se ha constituido en parte civil no tiene derecho a impugnación alguna, y b) si se hubiera constituido en parte civil solo puede ofrecer pruebas y su impugnación solo puede estar referida al monto de la reparación civil. Es evidente que en estos casos la legislación juega en contra del agraviado, que muchas veces observa impotente que el hecho denunciado queda sin sancionar.

Entonces podemos concluir que en el Código de Procedimientos Penales vigentes existen esencialmente las siguientes limitaciones al derecho de impugnación del agraviado:

- a. Si no se ha constituido en parte civil, no tiene derecho a impugnación alguna.
- b. Si se ha constituido en parte civil, solo puede ofrecer pruebas y su impugnación solo puede estar referida a la sentencia absolutoria y monto de la reparación civil.

## **5.- EL AGRAVIADO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Un primer intento de sustituir el vigente Código de Procedimientos Penales se dio en 1991 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal (1991), el mismo que se ocupa del denominado "actor civil" en sus artículos 82 a 87. Demás está decir que ni en la Exposición de Motivos del citado texto legal ni en los artículos citados se deslinda la situación del agraviado en el proceso, limitándose a señalar que "puede" solicitar se le tenga por constituido en actor civil y al igual que el texto anterior le está permitido colaborar durante la actividad procesal. Quizá lo resaltante del texto es el artículo 87 en el que se señala que la constitución del actor civil impide que el mismo sujeto presente demanda indemnizatoria en vía extrapenal, quizá teniendo en consideración los procesos en materia civil sobre responsabilidad extracontractual.

Sin embargo el nuevo Código Procesal Penal, plasmado en el Decreto Legislativo N° 957<sup>5</sup>, representa un avance con relación a la normatividad vigente. En general, este código se encuentra dentro del modelo

---

<sup>5</sup> Publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 29 de julio del 2004

acusatorio – con rasgos adversariales y establece entre sus novedades la indagación previa a cargo del Ministerio Público, el juzgamiento por distinto juez de la investigación y dentro del sistema garantista predominante consagra principios que deben respetarse en defensa de los derechos del imputado.

En el tema que nos ocupa, debe destacarse la introducción de formas de negociación respecto a la reparación del daño, entre estos se encuentra la aplicación del principio de oportunidad - que ya se venía aplicando- así como la terminación anticipada del proceso -artículo 468 y siguientes- lo que permite que imputado y víctima lleguen a un acuerdo sobre la reparación civil, introduciéndose en el proceso la denominada "diligencia de acuerdo". En la norma procesal, se distingue en forma nítida la figura del agraviado de la del actor civil. En efecto, de acuerdo con el Título IV del Libro Primero del Código Procesal Penal, en sus artículos 94 y siguientes la víctima tiene derecho a ser informada de los resultados de la investigación y a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, y a ser escuchado antes de cada decisión que importe la extinción o suspensión del proceso. Creemos sin embargo, que aún continúa limitada la participación del agraviado en la investigación.

En cuanto al actor civil, el artículo 101 de la norma procesal señala que este debe constituirse antes de la culminación de la investigación preliminar. Asimismo, señala que la constitución de parte civil excluye la posibilidad de reclamar indemnización en vía extrapenal, lo cual nos parece discutible, puesto que las consecuencias de un ilícito no solo se traducen en perjuicio directo sino también en la existencia de un daño moral, el cual no podría ser discutido en la vía penal.

Finalmente, la norma se ocupa en los artículos 493 - Libro Sexto- de la ejecución de la pena y la reparación civil, en la cual deben observarse las reglas del Código Procesal Civil. En ella se permite la intervención tanto del agraviado como del fiscal en la ejecución de la sentencia.

Como se verá, el novísimo ordenamiento procesal penal reconoce un estatus especial al agraviado dentro del proceso. Ello precisamente para

evitar la desigualdad de este en el proceso. No basta un proceso rodeado de garantías para el procesado, quien si bien tiene el derecho de que su culpabilidad sea probada, tampoco es factible dejar sin tutela jurisdiccional los derechos del perjudicado con el hecho. Ello porque uno de los fines del proceso debe ser el alcanzar la paz social en justicia. En suma, el ordenamiento procesal que está entrando en vigencia progresivamente concede mayores derechos al agraviado, a fin de que su intervención no quede relegada en el proceso.

## **6.- PROBLEMÁTICA DEL AGRAVIADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL.**

Si bien el agraviado tiene un nuevo rol en el modelo procesal penal, son varios problemas aún que la víctima tiene para considerarse que su derecho se encuentra adecuadamente tutelado. Veamos:

a) *Sustitución de la víctima.*- El primero de los cuales tiene que ver con la idea de que el Ministerio Público como defensor de la legalidad y de la sociedad puede llegar a acuerdos con el imputado a su nombre, salvo que se constituya en actor civil. De una u otra manera la norma obliga al agraviado a intervenir en proceso si desea un adecuado resarcimiento. Así los acuerdos de Terminación Anticipada muchas veces excluyen al agraviado e incluso cuando este se encuentra presente debe contemplar como Fiscal e imputado llegan a un acuerdo.

b) *Inadecuada protección a víctimas y testigos.* La delincuencia organizada cada vez sofisticada sus métodos de ejecución del delito y prevé contingencias en caso de falla de sus operaciones. O se elimina a los testigos y propia víctima o se les intimida a fin de que no rindan testimonio en juicio. Entonces al no existir una adecuada protección (no resulta suficiente el programa de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público reglamentado por Res. 729-2006-MP-FN) no es posible conseguir un testigo fidedigno y, si es la misma víctima las amenazas en ocasiones logran que retrocedan de su inicial imputación. Inclusive como es costumbre en nuestro país la Policía Nacional antes de que el Ministerio

Público efectúe todas las diligencias de la investigación “filtra” información a la prensa que permite identificar a los agraviados o testigos poniendo en peligro su seguridad, lo cual hace mucho más difícil un trabajo de protección a estos.

c) *Ausencia de políticas de retribución.*- Se tiene que la víctima cuando deba concurrir al proceso como testigo, lo que importa la pérdida incluso de sus labores habituales no es recompensado, respecto al perjuicio económico que sufre. No existe legislación expresa – salvo en el sector público - que indique que no se descuenta remuneración por asistir a una diligencia judicial ocasionando que muchos testigos en el afán de no verse perjudicados en su centro de labores no asistancia a la citación judicial y en el peor de los casos si asisten no prestan la adecuada colaboración que el caso amerita.

d) *Prohibición de doble proceso.* Otro de los problemas que enfrenta el agraviado en proceso es la regla contenida en el artículo 12.1 del Código Procesal Penal, esto es que, la intervención en el proceso como actor civil inhabilitada al directamente perjudicado a interponer demanda en vía extrapenal para el resarcimiento del daño. Ello ocasiona una *selectividad* de la intervención del agraviado en proceso. Es evidente que si el infractor posee capacidad económica – por ejemplo el chofer que causa lesiones o muerte – los perjudicados preferirán accionar en la vía civil y, si el infractor es de escasa posibilidad económica los agraviados no tendrán mayores inconvenientes de intervenir en proceso.

e) *Problemática de los delitos contra la familia.* Panorama diferente al común de los delitos se presenta en los procesos de omisión a la asistencia familiar – los que ocupan buena parte de los procesos penales con el nuevo sistema - . Generalmente es la víctima o quien tiene la custodia del menor alimentista quien insiste en intervenir en proceso, pero desconociendo su papel más aún si por falta de medios económicos no puede conseguir asistencia letrada. Esto ocasiona incluso divergencias con el Ministerio Público pues en el fondo lo que el agraviado quiere es que el procesado cumpla con pagarle los adeudos pendientes, circunstancia difícil

cuando el procesado no cuenta con medios económicos. En estos casos aún cuando se dicte pena la víctima no se encuentra satisfecha lo que ponen en cuestionamiento la naturaleza misma de este tipo de procesos donde la prisión debe ser lo último que se dicte contra el deudor.

f.- *Derecho a ser oído.*- Si bien la norma le impone deberes, su derecho a ser oído se encuentra limitado. El artículo 95 del Código Procesal Penal señala los derechos del agraviado en proceso, pero en la práctica, debido a los rezagos del sistema inquisitivo especialmente en la dependencias policiales, actualmente en fase de la investigación el agraviado tiene nula injerencia puesto que el pensamiento inquisitivo se encuentra muy arraigado entre los operadores del derecho y por ende la noción del "secreto" impide a la víctima conocer el resultado de las investigaciones preliminares. Por ende cualquier reclamación que pudiera efectuar no tendrá mayor atención e inclusive en casos como los de la afectación al honor sexual la afectación es mayor pues la víctima sufre una doble vejación, al ser obligada a prestar diversas declaraciones sobre los mismos hechos.

g.- *El Agraviado en las faltas.*- Distinta también es la problemática de las faltas donde el agraviado al sufrir un delito menor no tiene un mecanismo inmediato para hacer valer sus derecho pues de la denuncia policial debe remitirse lo actuado al Juez de Paz Letrado – artículos 482 y siguientes del Código Procesal Penal – quien cita a audiencia, dándose la circunstancia que al no existir acusador público – el Fiscal no participa en la investigación ni en el Juzgamiento lo cual es un rezago del sistema inquisitivo pues el Juez concentra todas las facultades – si el agraviado no concurre a la audiencia el proceso queda archivado. En muchos casos resulta que dada el pequeño monto de lo afectado el agraviado no concurre a audiencia fomentando la impunidad de los infractores.

#### **IV.- LA REPARACIÓN CIVIL: EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN**

En realidad, en nuestra práctica procesal la constitución en parte civil se ha limitado, en esencia, a obtener una reparación civil adecuada. Ello en atención al principio del interés. Alejandro Báez, citado por Teófilo Olea y Leyva, señala en su "lógica", que el interés es el móvil de todas las acciones humanas. Igualmente, Jhering y Chiovenda señalan que el interés es la condición específica de la acción. Por ello es que la constitución en parte civil, en el proceso penal peruano, obedece al interés de lograr una reparación. Sin embargo, existen ilícitos que por su gravedad no son adecuadamente resarcidos en la vía penal. Estos se encuentran referidos a los homicidios o lesiones por negligencia (ejemplo: accidentes de tránsito) los que al ser sancionados generalmente no imponen una reparación acorde con los intereses de la víctima. Es por ello que en su mayor parte la víctima o sus representantes prefieren no intervenir en el proceso, en el entendido que su constitución en parte civil les impediría obtener una adecuada reparación, que podría lograrse en el proceso civil. Ello encuentra explicación, en tanto en el proceso penal se privilegia la persecución del delito; sin embargo, en el proceso civil se discute la procedencia o no de la pretensión. En el caso del daño moral, es necesario establecer si el sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo ha sido vulnerado. Es decir, que los hechos en que se funda el daño alegado deben trascender a tal extremo que los accionantes hayan percibido un menoscabo sentimental. Creemos que ello no puede ser materia de un proceso penal.

En el ordenamiento penal peruano se contempla el instituto de la reparación civil como una forma de indemnización a la víctima. Así, los artículos 92 y 93 del Código Penal de 1991 señalan que la reparación civil se fija conjuntamente con la pena y que esta comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Es interesante resaltar que el Código Penal peruano de 1924 –ya derogado– era más amplio al establecer los alcances de la reparación civil, pues comprendía además de los señalados, la reparación del daño causado, así como la pérdida a favor del Estado de los bienes que hubiera obtenido en

forma Indebida en los casos de los delitos de concusión, peculado y otros en agravio del Estado. Al margen de ello, es obvio que el texto legal en nuestro ordenamiento resulta muy vago, - no olvidemos que este Código Penal es de hace más de una década - y, si bien las sentencias disponen una forma de resarcimiento ella en su mayor parte no se cumple. La razón es muy sencilla: el 60% de los procesos en el Perú tienen relación directa con los delitos contra el patrimonio y es evidente que quien delinque es porque desea un beneficio con el apoderamiento; por lo tanto, al fijarse una reparación civil pecuniaria generalmente se convierte en "letra muerta" por lo que en el 95% de los casos las víctimas de estos delitos, además de sufrir un daño, se ve ante la circunstancia de que el daño no es reparado, puesto que la reparación civil en nuestro país solo se ha limitado al pago pecuniario.

Por ello, los operadores jurisdiccionales han buscado otros medios para hacer efectiva la reparación civil, como el considerarla como regla de conducta; sin embargo, en los últimos años reiterada jurisprudencia ha señalado que la reparación civil no puede ser considerada como regla de conducta, ya que acorde con el principio constitucional de que "no hay prisión por deudas", su imposición como regla de conducta resulta errónea en atención a su naturaleza jurídica, no pudiendo supeditar la condicionalidad de la pena a la exigencia de su pago". Ello hace necesario la búsqueda de otras alternativas para hacer efectivo el pago de la reparación civil, como el trabajo del sentenciado en busca de ingresos que permitan el pago de la reparación civil. En los últimos años en nuestro país se han creado en materia penal, especialmente dentro de la Corte Superior de Justicia de Lima, juzgados dedicados en forma exclusiva a la ejecución de las sentencias, los que se encargan de perseguir el pago de la reparación civil; sin embargo, su labor se ve entorpecida porque en la gran mayoría de los casos el sentenciado no cumple con el pago por carecer de recurso. Por ello son necesarias otras alternativas a fin de que la finalidad de la reparación no sea estéril y antes que un resarcimiento se convierta en un perjuicio aún mayor a la víctima. Esta podría traducirse,

por ejemplo, en la creación de alternativas de trabajo para el sentenciado a fin de que se procure fondos para abonar la reparación civil.

## **V.- CONCLUSIONES**

De lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) En el Código de Procedimientos Penales vigente en varios distritos judiciales de la República, no se encuentra debidamente garantizado el rol del agraviado.

b) La constitución en parte civil del agraviado con dicha norma procesal no cumple a cabalidad el derecho a la verdad a que tiene derecho toda persona afectada con un acto ilícito.

c) La reparación civil en el proceso penal peruano resulta de discutible ejecución, puesto que el sentenciado en la mayoría de los casos, elude su pago si es fijado en forma pecuniaria, ocasionando que la víctima además de haber esperado largamente en la búsqueda de la verdad, al final no encuentre resarcimiento alguno.

d) Se debe buscar alternativas para hacer cumplir en forma efectiva el pago de la reparación civil, como el trabajo obligatorio para fondos por reparación civil.

e) En el Código Procesal Penal el directamente perjudicado participa en forma activa en la investigación penal, así como en la ejecución de la pena, proponiendo inclusive alternativas para el cumplimiento de la reparación civil.

g) la no concurrencia del agraviado o querellante particular en los procesos privados y las faltas ocasiona la conclusión del proceso lo cual adquiere gravedad en los casos de las faltas donde no existe garantía de Juzgamiento pues el Juez reúne todas las facultades (interroga – aún cuando sea relato de los hechos - y juzga)

Aún con lo señalado debe reconocerse que la nueva norma procesal mejora el papel de la víctima dentro de un marco de garantías y lo saca del olvido en que se encontraba en el sistema inquisitivo. Sin embargo hay mucho por hacer especialmente por los derechos a ser oído y de tener

una adecuada protección. Será el día a día y la actuación de los magistrados tanto del Ministerio Público como del Poder los que den a la víctima un adecuado lugar dentro del nuevo proceso penal. Si lo logran habrán dado un paso muy importante en lograr la confianza de la ciudadanía respecto a su sistema de justicia.