

LA CONCILIACIÓN

José María Palacios Mejía
Magistrado Corte Suprema de Justicia,
Honduras

Jesús Fernández Entralgo
Magistrado Audiencia Provincial de Madrid,
España

PRESENTACION

Dentro de la labor de divulgación del nuevo Código Procesal Penal y con el propósito, además, de que ese instrumento jurídico sea conocido no solamente en cuanto a la mera normativa, sino que en estudios doctrinarios que ayuden a la interpretación de la misma, la Corte Suprema de Justicia con la ayuda generosa de la Agencia Española de Cooperación Internacional y del Consejo General del Poder Judicial de España, está publicando una serie de cuadernos judiciales en las que se desarrollan temas específicos de la ciencia procesal penal, las que serán puestas en manos de los operadores de la Justicia con el fin de que, estudiándolas, puedan desempeñarse de manera más eficiente.

Se ha dispuesto que esta serie de cuadernos judiciales lleve el nombre de don Rafael Alvarado Manzano, insigne jurista hondureño que vivió entre los siglos XIX y XX. "De origen bien modesto, creció compartiendo con los libros las estrecheces de su hogar". Recorrió toda la jerarquía del Poder Judicial, desde Juez de Paz hasta Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; fue Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Rector de la Universidad Nacional, en varias ocasiones; llegó a Diputado a.C. Congreso Nacional, del cual fue Presidente; desempeñó varias Secretarías de Estado; cuando ejerció la profesión de abogado "gozó de merecida fama por su competencia, moralidad y rectitud"; y en el ejercicio de la cátedra, a nivel secundario y en la Universidad, hizo gala de la profundidad de sus conocimientos y de su capacidad para transmitirlos. En su bellísimo artículo "Abogacía" publicado en "Honduras Literaria", nos dejó estas sabias enseñanzas:

"Empero, si todo esto es cierto, si la Abogacía es el apoyo del débil contra el fuerte, si por ella se deslindan debidamente los derechos de cada uno, se imparte la justicia, guardándose toda la igualdad que ella implica, y por su medio se conserva la armonía entre los individuos, la paz entre (as familias y el orden en la sociedad y hasta entre las naciones; también es cierto que para que proporcione los eminentes beneficios anotados, y para que brille con todos los esplendores de sus virtuales excelencias, debe reunir en su ejercicio dos condiciones absolutamente indispensables: la probidad y la ciencia". "Los abogados que ejercen su profesión sin la honradez, sin la integridad y rectitud que demanda su delicada misión, y que exige la confianza que en ello se deposita; en vez de ser amigos y protectores de la humanidad, se convierten en encarnizados enemigos".

"Mas, aunque supongamos en los Letrados [as mas rectas intenciones y la más acrisolada virtud profesional, poco o nada adelantaría la sociedad, si la toga no fuese realmente el signo representativo de la verdadera ciencia; sin ésta, los extravíos y aberraciones, serían de otra índole, pero siempre aberraciones, y por lo mismo, tos intereses sociales estarían siempre expuestos a [as consecuencias de la oscuridad, de la confusión y del desconcierto, consecuencias que no deben aceptarse, aunque vengan presididas por la mejor buena fe".

INDICE LA CONCILIACION



INDICE

LA CONCILIACIÓN

INTRODUCCIÓN: NORMA Y CONFLICTO.....	1
1.1.- Las Judas del Doctor Fausto.....	1
1.2.- « En el principio del Derecho ¿fue...?».....	1
1.2.1.- La perspectiva normativista.....	1
1.2.2.- El punto de vista conflictivista.....	2
1.2.3.- Conflicto, norma y proceso.....	3
1.3.- Las formas de resolución del conflicto.....	4
1.3.1.- El recurso excepcional a la autotutela.....	4
1.3.2.- La autocomposición espontánea.....	4
1.3.3.- La autocomposición mediada: mediación y conciliación.....	6
1.3.4.- La heterocomposición.....	8
1.3.4.1.- La amigable composición.....	8
1.3.4.2.- La jurisdicción.....	9
1.3.4.2.1.- El arbitraje.....	10
1.3.4.2.2.- El proceso jurisdiccional.....	11
2.-LA CRISIS DEL PROCESO JURISDICCIONAL COMO PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	12
3.-LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, ALTERNATIVOS A LA VIA JURISDICCIONAL.....	15
4.-LA CRISIS DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	27
5.-LA RECUPERACIÓN DE LA VICTIMA COMO PERSONAJE PROTAGONISTA DEL DRAMA PENAL.....	36
6.-LA VICTIMA FRENTE AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....	44
6.1.- El concepto de «víctima».....	44
6.2.- Los planos de tutela de la víctima en el Derecho Penal sustantivo.....	50
6.2.1.- La apertura a la legítima defensa.....	50
6.2.2.- La tutela del bien jurídico de la víctima directa lesionado o puesto en peligro es la fuente de legitimación de la intervención punitiva del Estado.....	51

6.2.3.- La influencia de la reparación del daño causado a la víctima en la responsabilidad penal por delito o falta.....	52
6.2.3.1.-La responsabilidad civil derivada de la infracción penal.....	52
6.2.3.2.-La reparación de la víctima como presupuesto condicionante de la aplicación del principio de oportunidad y de la suspensión condicional de la persecución.....	62
6.2.3.3.-El comportamiento reparador del responsable penal y la determinación de la pena: la circunstancia atenuante por arrepentimiento espontáneo.....	62
6.2.3.4.-La reparación de la víctima como presupuesto condicionante de la obtención de beneficios en la fase de ejecución de la pena.....	68
7.- LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PROCESAL PENAL...	70
7.1.- La intervención de la víctima en el procedimiento penal.....	74
7.1.1.- Intervención simple de la víctima en el procedimiento penal.....	76
7.1.1.1.-El derecho de la víctima a la información sobre los resultados del proceso.....	77
7.1.1.2.-El derecho de audiencia previa a la resolución sobre la procedencia de la extinción o suspensión de la acción penal.....	78
7.1.1.3.-El derecho de participación en las audiencias públicas.....	80
7.1.1.4.- Derecho a objetar el archivo administrativo ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso.....	81
7.1.2.- Intervención cualificada de la víctima como parte en el procedimiento penal.....	82

7.2.- El poder de disposición de la víctima sobre el proceso y sobre su objeto.....	85
7.2.1.- La iniciativa de parte condicionante de la iniciación del proceso: instancia de acción pública y querrela privada.....	85
7.2.2.- Negociación del objeto del proceso.....	86
7.3.- La protección de la víctima en el proceso penal...	89
7.3.1.- La posibilidad de reparación del daño causado a la víctima (como persona física o jurídica perjudicada) dentro del proceso penal.....	89
7.3.2.- La protección preventiva y urgente de los intereses de la víctima.....	91
7.3.3.- La protección de los intereses de la víctima interviniente en el proceso.....	93
8.- PERSPECTIVAS POLITICO-CRIM IN ALES.....	97
8.1. La lesión de intereses individuales, además de la lesión general de bienes jurídicos, debe incorporarse a la conceptualización del injusto penal.....	97
8.2.- La reparación individual como parte esencial de la sanción penal.....	98
8.2.1.- La apertura de una <<tercera vía>> en el sistema penal: la reparación.....	98
8.2.2.- Reparación (civil) frente a la pena: dos realidades heterogéneas.....	100
8.2.3.- La reparación como sustitutivo de la pena: la propuesta abolicionista.....	100
8.2.4.- Las vías intermedias.....	102
8.2.4.1.-La reparación como pena.....	102
8.2.4.2.-La reparación como «sanción independiente»>>.....	103
8.2.5.- Reparación, compensación, conciliación.....	107
9.- LA «CONCILIACIÓN MEDIADA» COMO MEDIO PROCESAL PARA LOGRAR LA REPARACION.....	110
10.-CASOS EN QUE PROCEDE.....	128
10.1.- En los juicios de faltas.....	128
10.2.- En los delitos de acción privada.....	129

10.3.- Delitos de acción pública dependiente de Instancia particular.....	132
10.3.1.- Las lesiones leves, las menos graves y las culposas.....	132
10.3.2.- Las amenazas.....	134
10.3.3.- Estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años.....	134
10.3.4.- El hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito.....	135
10.3.5.- La estafa y otros fraudes, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado.....	136
10.3.6.- La usurpación.....	138
10.3.7.- Los danos.....	138
10.3.8.- Los relativos a la propiedad intelectual e industrial y a los derechos de autor.....	139
10.5.- Delitos que admiten la suspensión de la persecución penal.....	143
11.- TRAMITE.....	144
12.- EFECTOS TANTO PARA LA VICTIMA COMO PARA EL IMPUTADO.....	145
13.- BIBLIOGRAFÍA.....	146

LA CONCILIACION

Jesús Fernández Entralgo

1.- INTRODUCCION: NORMA Y CONFLICTO

1.1.- Las dudas del Doctor Fausto

Casi al comienzo de su <<Fausto>>, Goethe presenta a su Protagonista, encerrado en su gabinete de estudio, enfrentado a la tarea de traducir el primer versículo del Evangelio de San Juan: «En el principio, fue la palabra»¹. El Doctor Fausto duda. No se plantea, desde luego, posibles influencias del pensamiento de Heráclito, tan vecino, un día, de Efeso como el evangelista cuando escribe el fragmento; pero no queda satisfecho traduciéndolo literalmente; y, tras un discurso en busca de su sentido último, sobradamente conocido, en el que dos conclusiones provisionales –« ... en el principio, fue la mente (o el concepto) ...»²y < ...en el principio fue la fuerza (o la energía)...»³ - sirven de primera premisa para una nueva secuencia argumentativa, concluye: <<En el principio, fue el hecho (o la acción)»⁴.

1.2.-<<En el principio del Derecho ¿fue ...?>>

1.2.1.- La perspectiva normativista

También el jurista formado en la tradición de la Ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*) estaba convencido de que «en el principio fue la Norma».

¹Im Anfang war das Wort»

²«Im Rnfang war der Sinnrr

³ ((Im Anfang wor die Kraft)

) ulm Anfang war die Talk)

A fin de cuentas, la Norma es, ante todo, Palabra; palabra divina cuando se creyó que provenía de Dios, a través de sus intermediarios, los sacerdotes o el Monarca absoluto, que decía traer de **El** la legitimidad de su poder, pero también, cuando provino del equivalente laico de Dios: el Pueblo (que expresa su voluntad a través de sus intermediarios, los (parlamentarios elegidos democráticamente) o el Caudillo que se presenta (convencida o interesadamente) como su <<encarnación> carismática

Coherentemente el jurista que profesa la fe normativista reduce su tarea a interpretar y aplicar **la** norma como si se tratara de un dogma; de una verdad revelada y que él-en cuanto jurista- no tiene por qué criticar. La Dogmática es el territorio del jurista, Doctor Fausto de las normas, lo mismo que la crítica de estas queda para el político o el sociólogo, cada cual desde su peculiar perspectiva.

Pero éste, claro, es sólo un punto de vista.

1.2.2.- El punto de vista conflictivista

Dos grupos de pastores cananeos -los de Isaac y los de Guerar- discuten agriamente por el aprovechamiento del agua de un pozo. El pozo se llamó *Hesek*, <<de la riña>⁵, en recuerdo del suceso. Se refiere así en el primer libro de la Tora, el de los orígenes o del Génesis (26, 20)⁶

En la Iliada (XVIII, 497-508), se describe la escena grabada por Hefestos en el escudo destinado a Aquiles. Representa un juicio. Dos hombres litigan porque uno reclama de otro una indemnización por la muerte de un hombre. En la plaza, las gentes del

⁵ O ((de la contienda, o «del desafío», porque de estas tres formas se traduce al castellano. La traducción de *hesek* como «contienda es utilizada por Ederly, M., en *Libro del Génesis y Haftarot en versión castellana*», Dfus Hamakor, Jerusalén, 1982, Pág. 177, por considerarla mas fiel a la tradición talmudica. Aun cavaron otro pozo conflictivo, llamado *Sitnah*, o *del hostigamiento*. **SOLO** tras cavar un tercer pozo, fue tan grande que permitió a la gente de Isaac abastecerse autónomamente.

⁶ Díez Picazo, L., *«Experiencias jurídicas y teoría del Derecho»*, Ariel, Barcelona, 1974, Pág. 11

pueblo rodean a los litigantes, y toman partido por uno u oír otro.

Dos alguaciles contienen a ese público bullicioso. Los ancianos aguardan sentados formando un círculo sagrado. Por turno, son llamados a dar su parecer. En el centro, dos talentos de plata aguardan a aquel cuyo criterio se tenga por más razonable⁷.

Desde otra perspectiva, en el principio, fue el conflicto. En el fondo del fenómeno jurídico palpita el conflicto; y en el, actual o posible, encuentra la norma su sentido.

Las normas jurídicas no son *intransitivas*, sino *funcionales*. Así se viene entendiendo secularmente en el entorno cultural occidental.

Forma parte de la filosofía cristiana que <<el sábado es para el hombre, y no el hombre para el sábado>>; lo mismo que del espíritu jurídico del Romano, que el Derecho existe por y para los hombres ; para prevenir o resolver los conflictos que los enfrentan.

Diez-Picazo escribe: «...Frente a la pura concepción normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses... », que estalla « ...siempre que entre dos o mas personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas ... »⁹.

1.2.3.- Conflicto, norma y proceso

En el principio fueron los conflictos; y también, los mecanismos para resolverlos con arreglo a las pautas que proporcionan las normas jurídicas. El proceso jurisdiccional es uno de esos mecanismos.

Denis Salas pone esta disposición del espacio escénico)) procesal como ejemplo del juicio entre y por iguales: ((*Du proces penal*)), PUF, Paris, 1992, pág. 11

((*Hominum cause omne ius constitutum sit*)) (Hermogeniano: D. I, 5, 2): Diez Picazo. L., ((*El sentido histórico del Derecho Civil*)), Reus, Madrid, 1959

Diez Picazo, loc.cit., pags. 7-8

En el principio fue el conflicto. En el principio fue el proceso.

En el principio fue la acción que lo impulsa. Tal vez el desasosegado Doctor Fausto intuía esta lectura procesalista del inicio del Evangelio de San Juan.

1. 3.- Las formas de resolución del conflicto

1.3.1.- El recurso excepcional a la autotutela

La forma más elemental imaginables de resolución del conflicto es la autotutela, autodefensa o autoayuda, individual o colectiva.

Ocurre, empero, que esta posibilidad parece incompatible con los principios que se tienen por elementales para superar el *estado de naturaleza* en interés de la organización de un modelo de convivencia que combine las exigencias de paz y de orden justo.

Por eso, la autotutela se encuentra rígidamente limitada a las hipótesis de legítima defensa y el estado de necesidad, contempladas por el Artículo 24 [1 y 2] del Código Penal de Honduras. Tomarse la justicia por la mano, acudir a vías de hecho para reanalizar el propio derecho fuera de los cauces institucionales establecidos para ello, puede ser, incluso, conducta tipificada como delito por el Artículo 208 de ese mismo Código.

1. 3.2.- La autocomposición espontánea

«...Cuando la gente se decide a solucionar sus conflictos (en lugar de obviarlos), el método más utilizado -explica Linda Singer- es el de la negociación, en el que las partes intentan solucionar sus diferencias personalmente. Conforme van recurriendo a vías de

solución más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas en el proceso, como en el caso de la mediación, o en el caso de técnicas mixtas. Cuanto mas se incrementa la participación de un tercero, tanto mas poder ceden las partes para solucionar sus conflictos. La cesión de poder alcanza su máximo nivel cuando las partes se someten a un veredicto, contemplando en el bloque derecho, en el que los terceros toman decisiones vinculantes por las partes. ... Los procesos básicos de resolución de conflictos son la negociación, la mediación y el arbitraje...» 11

Las propias partes en conflicto pueden, en efecto, encontrar la solución al litigio que las enfrenta. Del tenor literal del Artículo 2000 del Código Civil hondureño se desprende que se identifica la transacción con la auto composición, cualquiera que sea su contenido y sin distinguir si espontánea o provocada, pero reclama siempre que haya conflicto entre partes.

Se distinguen dos modalidades de autocomposición por negociación¹².

cabe que uno de los litigantes se avenga a lo pretendido por el otro.

El allanamiento -en sentido amplio- conduce a una renuncia (Extrajudicial) al derecho que inicialmente afirmaba tener o si el conflicto se ha judicializado, a un allanamiento de la persona demandada o a un desistimiento de la demandante. Siempre, se insiste, es precisa la preexistencia de un litigio, aunque no se haya Judicializado. La renuncia no conflictiva no se considera -de acuerdo con el Artículo 2000 del Código Civil- modalidad de transacción.

Singer, L.S., ((Resolution de conflictos. Tecnicas de actuacion en los ámbitos empresarial, familiar y legal.)), Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1996, pags. 31-32

Sobre las dos técnicas de negociación, competitiva (a todo o nada») o en colaboración (buscando el equilibrio entre reciprocas concesiones), véase Singer, loc.cit., pág. 33

Ambas partes pueden, asimismo, ceder parcialmente en sus contrapuestas pretensiones. El litigio se resuelve, entonces, mediante lo que, en la bibliografía especializada, se considera como transacción en sentido estricto.

1.3.3.- La autocomposición mediada: mediación y conciliación

Si las partes no pueden arreglarse espontáneamente, cabe la posibilidad de que una tercera persona (física o jurídica) intente su acercamiento, facilitando la comunicación y la búsqueda de una solución entre ellas. En los procesos de mediación « ... lo más importante es el trabajo con [as personas para que sean ellas mismas quienes puedan llegar a encontrar una solución... >>¹³

La mediación (en sentido amplio) es, como pone de relieve Gelsi Bidart¹⁴, «...algo que surge entre otras personas (al menos dos) que se pusieron o intentaron ponerse en comunicación, que fracasaron total o parcialmente en el intento y que no pueden, por sí solos, reanudar, apresurar, lograr el resultado que cada uno (eventualmente ambos interlocutores), proyectaron o, tal vez, avizoraron...». «...La mediación es la irrupción de un tercero en el diálogo personal para insertarse en él, no para introducir un nuevo contenido, sino para posibilitar el desarrollo de su planteamiento explícito o implícito, ya en él...»¹⁵.

13

Gimenez-Salinas Colomer, E., ((La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo, en ((La mediación penal), Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999. Torres Escamez, S. ((La mediación como medio de solución de conflictos. La necesidad de su urgente regulación), en <<Actualidad Jurídica Aranzadi>>, 448, 2000, Pág.) entiende, por ello, que constituye un medio de autocomposición entre las partes. De otra opinión es Pedraz Penalva, E. ((El proceso y sus alternativas>>, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pag. 36) cree, en cambio, que se trata de un mecanismo heterocompositivo, aunque las partes conserven su libertad de decisión en definitiva.

14

Gelsi Bidart, A., ((Sentido de Mediación), Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997, Gratificentro, Tegucigalpa, 1999, págs. 3-4

15

Gelsi, *Ibidem*, pag. 3.

6

Coincidentemente, para Jorge Fábrega¹⁶, la mediación es « [el] procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar formulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas...»

Se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución a través del diálogo. «...[El] "ideal realizable" y a veces realizado, es -advierte Gelsi Bidart- el diálogo.

>>a) ... [Desde] el punto de vista de las relaciones interpersonales, por tratarse del modo natural y espontáneo de verificar dicha relación...

»b)... [Porque] los interlocutores son los que mejor conocen los hechos en que se basan; y

»c)... [Porque] la coincidencia en el interés facilita el diálogo...)>, 7

El objetivo de la mediación- escribe la profesora Giménez-Salinas- es buscar «... una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutral...»¹⁸. El mediador o intermediario carece de poder para imponer una solución a las partes en litigio, porque no se encuentra por encima de ellas, sino a su mismo nivel¹⁹.

A partir de esta base, en la bibliografía no existe consenso a la hora de establecer el deslinde entre las modalidades específicas de Autocomposición mediada, a saber, la mediación y la conciliación²⁰.

¹⁶

Fabrega P., J., medios Alternativos de Solución de Conflictos con Especial Referencia a la República de Panamá v a la de Estados Unidos», Ponencia expuesta en el XV Congreso mexicano de Derecho Procesal. Mayo de 1997, pag. 8.

¹⁷

Loc. cit., pag. 4.

¹⁸

Loc. cit., pag. 18

¹⁹

El mediador se encuentra situado inter partes, no supra partes: Montero Aroca 20 Barona Vlar, S., «Solución extrajudicial de conflictos. (Alternative dispute resolution) (ADR) y Derecho Procesal», tirant to blanch, Valencia, 1999, pags. 79 y ss.

El mecanismo autocompositivo mediado puede ser puesto en marcha por ambas partes en conflicto o por una sola de ellas, o por iniciativa del mediador no provocada por ninguna de aquellas.

En su modalidad más estricta, el mediador es un simple mensajero entre las partes en conflicto; «...un *mintius*, incluso itinerante (de una parte a otra) que transmite sin ríspidas modalidades, el punto de vista de cada una, hasta que se llegue a cierto acuerdo que solo resta, después, redactar.

»... Otras veces, el mediador va más allá y, llegada la etapa oportuna, formado el clima y verificado el acercamiento, hace salir del estancamiento, procurando expresar -siempre sobre la base del diálogo efectuado- una solución que, en lo fundamental conforme los dos puntos de vista: ya es un conciliador. ...>>".

1.3.4.- La heterocomposición

El desarrollo del mecanismo de mediación puede conducir a una solución propuesta por el conciliador, el cual expresa el máximo punto *de acuerdo* al que han podido llegar las partes.

En la heterocomposición, esas partes pierden su protagonismo creativo de soluciones en beneficio de una tercera persona (física o jurídica) a la que encomiendan que les proponga una que permita superar el conflicto.

1.3.4.1.- La amigable composición

El amigable componedor presenta a las partes su proyecto razonable de acuerdo entre ellas (no necesariamente con arreglo a normas Jurídicas), quedando, éstas, en libertad de aceptarlo o rechazarlo.

21 - Gelsi, loc. cit., pags. 5-6

22 El amigable componedor a... resuelve] el entuerto heterónomamente, pero según las reglas libradas a su lea] saber y entender, a "verdad sabida y buena le guardada"... - Conservando la imparcialidad, pero sin sujetarse a la "neutralidad", porque participa activamente en el logro del desenlace más justo y razonable...) Veris once, k.o., «Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Base para su implementación» Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997. Graficentro. Tegucigalpa, 1999, pag. 4

Esta falta de vinculación de los litigantes a la propuesta presentada diferencia la amigable composición de la jurisdicción en sentido amplio.

1.3.4.2.- La jurisdicción

Escribe Serra Domínguez: «... Cuando los particulares no pueden regular espontáneamente sus relaciones, cuando la función preventiva del contrato o de la ley es insuficiente, o cuando las soluciones contractuales o legales son contrarias al valor del Derecho, se Interrumpen las relaciones sociales y es indispensable la remoción del obstáculo para que el ordenamiento jurídico pueda seguir su curso...».

Y «... [Cuando] los particulares no intenten o no logren resolver Espontáneamente entre ellos, con arreglo a las reglas legales o prescindiendo de ellos, sus divergencias jurídicas, deberán acudir a la Administración de Justicia para que sea esta quien resuelva sus diferencias ...» 23

Sin embargo, esta identificación entre jurisdicción aparato Judicial del Estado puede ser incorrecta. Lo esencial de la Jurisdicción es la delación de la decisión vinculante del conflicto a un tercero imparcial. El proceso jurisdiccional es, tan solo, una de las posibilidades de manifestación de la vía jurisdiccional para la resolución heterocompositiva de conflictos²⁴.

23 Serra Domínguez, M., ((Jurisdicción)), en sus estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969, pag. 20

²⁴ Serra, loc..., cit..., págs. 21 y 22. Ramos Méndez, F, (derecho y Proceso, Librería Bosch, Barcelona, 1978, págs. 117 y 118) escribe: o... La jurisdicción surge cómo una necesidad a consecuencia de la restricción cada vez mayor de la acción directa ((de las personas. La resolución de los conflictos, la declaración del de-echo entre los individuos, exige por pura lógica, dentro de la sociedad, la intervención de un tercero imparcial. Este sujeto es el que realiza la actividad que denominamos Jurisdicente. Por consiguiente, la aparición de esta persona en el ámbito de la sociedad organizada es exigencia de la general repulsa del primitivo administrarse justicia por la propia mano. Y ello es así también en la actualidad (piénsese sino en el arbitraje y en su revitalización en determinados sectores sociales), aunque predominantemente ese tercero sea hoy por hoy un profesional, una persona especializada, que asume en la sociedad el encargo de ejercer la jurisdicción.... >>

La identificación entre la jurisdicción la resolución de conflictos,

En sus diversas modalidades²⁵ ha sido criticada porque, se afirma,

procesos sin controversia y controversias sin proceso²⁶.

Precisamente, como ejemplo de los primeros se cita el penal. Morón Palorrino²⁷ ha replicado que también en el es posible descubrir un conflicto entre la parte acusadora, que pretende la imposición de una pena²⁸, y la acusada, que se opone a esa pretensión.²⁹

1.3.4.2.1.- El arbitraje³⁰

El arbitraje es, no solo una vía claramente heterocompositiva de solución de conflictos³¹, sino «...una institución de naturaleza jurisdiccional³², por la asimilación esencial de las funciones del arbitro con las del juez en el momento culminante de la decisión.

Si bien los árbitros carecen de imperium para la ejecución de

²⁵

Véase un resumen de ellas en Serra, loc. cit., págs. 24-25; y en Ramos Méndez, loc. cit., págs. 122 y ss.

²⁶

Serra, loc. cit., pág. 25

²⁷

<<Sobre el concepto de Derecho Procesal), en <<Revista de Derecho Procesal», págs. 51 l y ss.

²⁸

Esta es la pretensión característica del proceso penal. En los sistemas en que es posible pretender además el resarcimiento de las consecuencias perjudiciales de la infracción penal se produce, en realidad, una acumulación de pretensiones heterogéneas que se enjuician en un mismo procedimiento y decide)) -por regla general- en una misma resolución.

²⁹

Las críticas a la perspectiva conflictivista de la jurisdicción se basan en la ausencia de verdaderos derechos en conflicto y en la eventual falta de contradicción de intereses. Puede verse una exposición del problema en Serra, (Jurisdicción)) cit., págs. 25 y ss.

³⁰

Serra Domínguez, M., <<Naturaleza jurídica del arbitraje>>, en (Estudios...» cit., págs. 571 y ss.

³¹

Torres Escámez, loc. cit., pág. 1, sobre ideas bien conocidas de Carnelutti.

³²

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es discutida. Por una parte, se alega su origen contractual; por otra, la posibilidad de que el árbitro no se ajuste al Derecho vigente, sino que decida con arreglo a equidad; y una tercera crítica recuerda que el árbitro carece de poderes de ejecución. Un resumen y análisis crítico de estas ideas puede consultarse en Serra, ((Naturaleza...)) cit., págs. 573 y ss.

sus pronunciamientos... los laudos que expiden son "equivalentes"
De las sentencias de fondo judiciales. ...»³³.

El laudo del árbitro, a diferencia del dictamen del amigable componedor, vincula a las partes, y constituye título jurisdiccional que puede ser ejecutado a instancia de parte. A diferencia del Juez, en cambio, el árbitro no puede hacer ejecutar, por sí mismo, lo decidido en su laudo, sino que es preciso acudir a un órgano jurisdiccional del Estado (el Juez) para que ordene su ejecución. El árbitro, pues, tiene «auctoritas» para resolver el caso vinculando a las partes con su decisión (diferencia cualitativa trascendental con el amigable componedor), pero -como no pertenece al aparato del Estado- no tiene «imperium», poder de ejecución de lo dispuesto³⁴.

1.3.4.2.2. - El proceso jurisdiccional

El proceso jurisdiccional es la institución mediante la cual un órgano jurisdiccional público resuelve de manera irrevocable y con arreglo al Derecho vigente en el foro, un conflicto jurídico concreto entre partes, que contrapone la pretensión de una de ellas que formula al órgano jurisdiccional una pretensión a la que la otra se opone³⁵.

³³

Berizonce, loc. cit., pág. 6. Se conocen, en la práctica norteamericana, técnicas mixtas de mediación y arbitraje, denominadas «med-arb» (Barona loc. cit., págs. 81-82)

³⁴

Sobre la distinción entre «auctoritas» (como saber o verdad socialmente reconocidos) y «potestas» o «imperium» (como poder socialmente reconocido), trasladada desde el Derecho Romano a la Teoría General del Derecho, véase; D'Ors, A., «Lex y ius en la experiencia romana. De las relaciones entre auctoritas y potestas» y «Autoridad y Potestad», en «Escritos varios sobre el Derecho en crisis», Roma-Madrid, 1973; y Carreras Llensana, J., «Las fronteras del Juez», en Fenech, M. Y Carreras, J., «Estudios de Derecho Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1962, págs. 103 y ss.; y Gutiérrez de Cabiedes, E., «Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal», en «Estudios de Derecho Procesal». EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 37 y ss.

³⁵. Un resúmen) sobre las diferentes maneras de entender el proceso jurisdiccional, puede encontrarse en Gimeno Sendra, loc. cit., págs. 155 y ss.

2.- LA CRISIS DEL PROCESO JURISDICCIONAL COMO PROCEDIMIENTO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

Jesús Fernández Entralgo

El modelo jurisdiccional de solución de conflictos parece encontrarse hoy en crisis. Jorge Fabrega³⁶ resume alguna de las causas que, a su juicio, la han provocado:

1.- La acumulación de causas más allá de las posibilidades reales del aparato judicial.

Carlos Pérez González pone un ejemplo significativo de los

Extremos (bordeando el surrealismo judicial) a que puede

conducir una situación así. En México -relata³⁷- el pleno del Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Nayarit (Méjico) determinó que dejaría de conocer los asuntos que le fueran planteados particularmente por los bancos, ya que ocupaban la casi totalidad de su tiempo, y carecían de presupuesto y de personal cualificado. Fechaba la anécdota a finales del año 1996.

2. - « La inevitable dilación en [solucionar los casos] por carencias presupuestarias endémicas, en discordancia con la actual dinámica social y económica.»³⁸

Loc. cit., pag. 4; coincidentemente, Twining, W., «Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», en ((Modern Law Review», 1993, pag. 380

Pérez González, C., <<La Conveniencia Presente y Futura de Utilizar Medios Alternativos en la Solución de Litigios, Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997; Graficentro, Tegucigalpa, 1999, pag. 3

En su conocida tragedia <<Hamlet>>, Shakespeare hace que el joven príncipe de Dinamarca vacile ante la idea del suicidio, por temor a las pesadillas que puedan atormentarle durante el eterno sueño de la muerte. Entre esas pesadillas mencionaba los retrasos de la Justicia (<<dilays Of justice>>). El problema, por lo visto, viene de antiguo.

3.- «Cierta ineficacia y la consecuente pérdida de confianza [colectiva] en el sistema y en los altos costos económicos que esto implica»

4.-«El carácter formalista del derecho procesal al igual que la concepción legalista de la justicia. »³⁹

5.-El lenguaje judicial es hermético, arcaico, lleno de fórmulas "estereotipadas" esotérico, inaccesible al público... [Se] levanta una valla entre los abogados y todas aquellas personas que, aunque involucrados en el proceso, no lo manejan.»

6.-El carácter tradicionalmente conservador del juzgador El derecho es aplicado por funcionarios que, por razón de su posición económico social, o de su formación profesional, son reacios a los cambios y se convierten en una barrera, a veces infranqueable, en la actualización y vitahización de las normas jurídicas.)>

7.-Los fallos judiciales adolecen de un alto grado de impredecibilidad que genera inseguridad jurídica. Cita esta lapidaria frase de Jerome Frank (en su obra «Courts on Triah»): «...El pronóstico del curso de los fallos o incluso un fallo particular en algunos campos por lo menos puede ser, tal vez, tan probable como la predicción de un meteorólogo... >).

8.-La hostilidad popular a una justicia formal, ritual y deshumanizada, y el deseo de que sea reemplazada por una

Fabrega se extiende sobre este extremo: a... La ley se ha preocupado y se preocupa mas por una actuación y un fallo legalista, que por un fallo justo. El "tecnicismo" modalidad sofisticada del formalismo es un "valor determinante" de la jurisprudencia. Dentro de ese contexto el juez tradicional se interesa en establecer "la verdad formal" (las reglas probatorias y el instituto de las ficciones, a pesar de importantes innovaciones, desempeñan un papel dominante) y en disquisiciones "lógico-lingüísticas", mas que en consideraciones sociales y cuestiones de hecho. El formalismo que genera criterios lingüísticos Llevan al juez a divorciarse de la realidad social y de la justicia del caso concreto. El fallo -y las argumentaciones del abogado litigante, que conoce el modo de pensar del juez- se contrae a argumentaciones y formalismos mis que en aspectos de justicia. El juez que dicta una sentencia que se ajusta formalmente a la ley siente que ha cumplido adecuadamente su deber, pero la parte agraviada y el publico que vive el caso quedan con una sensación de frvstración y resentimiento.»

13

Jesús Fernández Entralgo

justicia flexible, de acuerdo con las modalidades del caso concreto ("La justicia del cadí", Weber), humana. ».

9.- «El ordenamiento procesal nunca ha seguido el ritmo de la dinámica social Las reformas procesales siempre llegan tardíamente subsisten las formas residuales. En la actualidad, por ejemplo, el proceso continua siendo formalista, lento y oneroso con preclusiones rígidas, procedimientos artificiales, divorciados de la tecnología moderna, que le corresponde en la sociedad de hoy. El justiciable que entra por vez primera en un tribunal se siente en un mundo irreal. »

Esta visión de la Justicia puede ser discutirse. podrá ser acusada de caricatura (inocente o interesada) que desfigura grotescamente la realidad actual, ignorando las transformaciones que ha experimentado el modelo de solución jurisdiccional de conflictos; podrá discutirse cuanto hay de demagogia en la formulación de los reproches que se hacen a ese modelo, pero difícilmente podrá negarse que esa es, todavía hoy, la percepción mayoritaria que la Sociedad tiene de ella.

14

3.- LOS MODELOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS, ALTERNATIVOS A LA VIA JURISDICCIONAL

Jesús Fernández Entralgo

Y esa percepción negativa ha servido de acicate no solo para la búsqueda de reformas encaminadas a la racionalización y mejora de los mecanismos jurisdiccionales, sino para potenciar otros alternativos ya conocidos e idear formulas nuevas. Así surgen las variedades de lo que se conoce como (Solución *Alternativa de Conflictos*)⁴⁰, las «ADR»⁴¹. Cappelletti define las «ADR» como «...mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales. ...») 41, de los que son paradigma la mediación y la conciliación.

Con ellos, con todo, advierte tranquilizador, Roberto Omar Berizonce, «...no se persigue suplantar al proceso jurisdiccional sino, en todo caso, brindar instancias diferenciadas, alternativas para dirimir los diferendos. La solución del conflicto puede provenir no solo del juez, sino también, y a menudo, de las propias partes, bajo la dirección de un tercero imparcial que no necesariamente es letrado»⁴³.

40 41

42

Se entiende solución alternativa a la jurisdiccional.

Siglas de la denominación inglesa ((*Alternative Dispute Resolution*)). Véase, por ejemplo: Cappelletti, M. y Garth, B., « El acceso a la justicia», Colegio de Abogados, La Plata, 1982, págs. 1982 y ss.; y Cappelletti, M., ((*Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*)), en ((*Modern Law Review*», 1993, págs. 282 y ss. En Francia se ha traducido como «*Modes Alternatifs de Règlement des Conflicts*» (en siglas: ((MARC))) : larrosson, aLes modes alternatifs de rpglement des conflicts: presentation gdnerale», ((*Revue Internationale de Droit Compare*)), 1997, prigs. 325 y ss.

Cappelletti, M., ((*Alternative Dispute Resolution ...*) tit., pag. 282; definición reproducida por Barona Vilar, S., ((*Solution extrajudicial de conflictos. ((Alternative dispute resolution) (ADR) y Derecho Procesal*», tirant to blanch, Valencia, 1999, pag. 49

43

Berizonce, lo

15

Jesús Fernández Entralgo

En 1906, Roscoe Pound dictó una trascendental conferencia, en Saint Paul (Minnesota), ante la «American Bar Association». Su título no podía ser más expresivo: «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice»; ¡las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia. En 1961, analizando las causas del descontento popular perceptible en Saint Paul, manifestó su preocupación porque el sistema legal y el judicial no parecían capaces de resolver los problemas de los Ciudadanos.

En su septuagésimo aniversario tuvo lugar una Conferencia cuyos ponentes coincidieron en proponer la desjudicialización de la solución de determinadas categorías de conflictos, para deferirlos a órganos no jurisdiccionales⁴⁴. Las propuestas quedaron reflejadas en las recomendaciones conclusivas de la Conferencia, sugestivas de la conveniencia de idear y experimentar diferentes formulas de resolución de conflictos Alternativas al proceso jurisdiccional⁴⁵.

La semilla de la Conferencia prendió rápida y fructíferamente, dando lugar a un aluvión bibliográfico y a una encendida polémica, muy radicalizada. Silvestri⁴⁶ escribe, al respecto, que, «...desde el primer momento, en cada uno de los lados de la barricada se alinearon autorizados juristas, inmediatamente seguidos por expertos en las ciencias más diversas, exponentes del mundo político e incluso por opinion makers de la prensa y de la televisión. ...»⁴⁷.

44

44

45

46

47

Levin-Wheller (Eds.), ((The Pound Conference. Perspectives on Justice in the Future)), St. Paul, Minnesota, 1979; Singer, loc. cit., pag. 19

Levin-Wheller (Eds.), ((The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future)); St. Paul, Minnesota, 1979; Singer, loc. cit., pag. 19

American Bar Association, «Report of Pound Conference Follow-Up Task Force»

La «*huida de la jurisdicción*»⁴⁸ hacia los modelos alternativos de solución de conflictos (tópicamente, la mediación y, en menor medida, el arbitraje) se defendió utilizando varios y diversos argumentos.

Se afirma la conveniencia de recordar que el ideal de superación de un litigio es la solución asumida por ambas partes. Este modelo de «justicia coexistencial»⁴⁹ encuentra su contrapunto, desde luego, en el modelo jurisdiccional, y sobre todo en su arquetipo, el proceso, encomendado a los órganos estatales integrados en el Poder Judicial. Sin embargo, la corriente alternativista va más allá ((. Lo exponen muy bien estas palabras de Esther Gimenez-Salinas: «... La mediación supone el nacimiento de una nueva ideología, par ((la mayoría inspirada en las palabras de Nils Christie, en 1972, en Inglaterra expresadas ya en la famosa frase que los jueces y abogados se han convertido en "ladrones de conflictos" y que hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Para el los "propietarios" del conflicto han de ser los únicos capacitados en resolverlo. Algo parecido a como los psicoanalistas expresarían la crisis, es decir como la única forma de crecer...))>⁵⁰.

La solución « a la carta» a la que pueden llegar las partes, mediante un acuerdo facilitado por el mediador, responderá siempre mejor a las características específicas de su concreta controversia que la posible sentencia de un Juez. A nivel más general, el menor formalismo de los mecanismos de mediación permitiría una diversificación en esquemas apropiados a las diferentes posibles *series de* conflictos. Así se lograría alcanzar el ideal de la denominada tutela jurisdiccional diferenciada»⁵¹.

El acuerdo mediado de las partes produce, además, según los partidarios de su extensión en la mayor medida posible, un beneficioso efecto social. La decisión de un juez o de un árbitro siempre cerrará el litigio en falso si no consigue pacificar a las partes; si estas no han conseguido variar su concepción polémica del conflicto; si la decisión jurisdiccional convierte a una de ellas en ganadora absoluta a la otra en no menos absoluta perdedora; o a ambas, en descontentas perdedoras en parte, sin conseguir una victoria total sobre el contrario. En cambio, el acuerdo conseguido entre ellas, merced a la intervención del mediador, si logra este objetivo de pacificación.

Algo más, sin embargo, contribuye al creciente éxito de las fórmulas de resolución mediada de conflictos.

Las consideraciones económicas no habían sido ajenas a él. En definitiva, son las mismas que ya, antes, habían allanado el camino a la generalización, primero en el Derecho angloamericano, y, luego, en la Europa continental, a las vías transaccionales de conclusión o evitación del proceso penal. La perspectiva economicista de la función jurisdiccional, propia del «Análisis *Económico del Derecho*» contempla los problemas de la administración de Justicia como cualesquiera otros que pueda plantear la necesidad de distribuir, de la manera más eficaz posible, unos recursos escasos (*method of allocating scarce resources*). Igual que el neoliberalismo capitalista desconfía de la intervención pública en la Economía, se desconfía de la intervención reguladora (regulatory) del Juez en la resolución de los conflictos sociales, insistiendo en el riesgo de arbitrariedad. Siempre será

51

Prato Pisani, «Sulla tutela giurisdizionale differenziata», en «Rivista di Diritto Processuale», 1979, págs. 536 y ss.

18

preferible, desde esta perspectiva, que sean los propios litigantes -por sí solos o con la ayuda de un mediador- los que encuentren solución para ellos⁵². Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos permitirían obtener los mismos, y sus mejores resultados que el proceso jurisdiccional, con un considerable ahorro de tiempo y de dinero.

La relación entre el contexto económico y el auge del movimiento en pro de soluciones de conflictos alternativas al proceso se descubre, además, teniendo en cuenta la pleamar liberal que caracteriza este fin de siglo en el mundo occidental. La hostilidad hacia la ingerencia del Estado (o, más genéricamente, de cualquier Poder público) en problemas que, se cree, encontrarían mejor, más rápidas y menos costosa solución confiados a la espontaneidad social favorecería la tendencia a la *desjudicialización* de los conflictos⁵³. El progresivo abandono de la vía jurisdiccional sintonizaría con el auge de la privatización de áreas cada vez más numerosas e importantes del sector público. Ahora, simplemente, le habría tocado el turno a la Justicia⁵⁴.

52

53

54

La conciliación

Bibliografía elemental, en lengua española, sobre el análisis económico del Derecho»: Coase, R.H., ((El problema del coste social)), en ((Hacienda Pública Española. n.º 68, 1981, Págs. 245 y ss.; Cooter, R. & Ulen, TH., (<Derecho y Economía)), Fondo de Cultura Económica. México, 1998; Posner, R.A., ((El análisis económico del Derecho)), Fondo de Cultura Económica, México, 1998; Paz Ares, J.C., « La Economía política como Jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del Derecho», en «Anuario de Derecho Civil», 34, 1981, págs. 608 y ss.; Polinsky, A.M., «Introducción al análisis económico del Derecho», Barcelona, 1985; Torres López, J., «Análisis económico del Derecho», Madrid, 1987; Pastor, S., ((Una introducción al análisis del Derecho)), Madrid, 1989; un resumen muy didáctico de los principios básicos de esta Escuela puede consultarse en Rodríguez Molinero, M., «Introducción a la Ciencia del Derecho», Cervantes. Salamanca, 1991, Págs. 104 y ss.; Durán y Lalaguna, P., «Una aproximación al análisis económico del Derecho», Comares, Granada. 1992.

Resnik. ((Procedural Innovations, Slashing over: A Comment on Deborah Hensler's A Glass Half Full, a Glass Half Empty)), en ((Texas Law Review)), 1995, 1638

Pag.

Tras la gestión privatizada de los establecimientos penitenciarios, ha llegado la hora de los *ADR brokers*, como la *American Arbitration Association* o los *Judicial Arbitration and Mediation Services (JAA9S)*: véase Reuben, ((Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution)), en 85 ((California Law Review>, 1997, págs. 577 y ss.

19

Jesús Fernández Entralgo

Esta presentación tan favorable de aquellos mecanismos tiene su correlato en las críticas que ponen de relieve el lado negativo de lo que se propone como solución de la desastrosa situación de la Administración de Justicia⁵⁵.

Así, se reprocha la precipitación con que, a la vista del insatisfactorio funcionamiento del proceso jurisdiccional, se propugna (y se acepta en cada vez más numerosas reformas legislativas) su abandono para recorrer el camino de los mecanismos alternativos. Se olvida una idea ya desarrollada por Jeremy Bentham⁵⁶, a saber, que, cuando los defectos de la vía jurisdiccional no funcionan, procede corregirlos, en lugar de apresurarse a abandonarla⁵⁷.

Claro que esas reformas pueden exigir no solo imaginación jurídica, sino incremento de dotaciones presupuestarias. Así se llega a un problema ((de gran calado: el papel que la misma Sociedad que se queja amarga (y, en buena parte, justificadamente) de su Administración de Justicia, le asigna dentro de su escala de preferencias expresada en términos de asignación presupuestaria.

La cuestión excede lo estrictamente económico (aunque la relación sea patente) para afectar a intereses públicos y privados.

Abrir vías a la solución mediada de conflictos es algo muy distinto a su imposición, cerrando consecuentemente, o restringiendo severamente, el acceso al proceso. Entre los

55

56 57

((...desde el principio -escribe Silvestri (loc. cit., pag. 49)-se manifestó la tendencia a divulgar una imagen iconográfica bien precisa de los métodos alternativos, presentados en el heroico papel del Príncipe Azul de turno, empeñado en salvar el sistema judicial de la inminente catástrofe...>> Esta ironía ((imagen del Príncipe Azul proviene de Wald, ((ADR and the Courts: An Update)), en 46 ((Duke L.J.)), 1997, pags. 1445 y ss. En su ((De l'organisation judiciaire et de la législation))

((Le devoir du législateur est de corriger la procédure, et non de chercher des expédients pour s'en passer)>. Lo city Denti, V., ((Un progetto per la giustizia civile)), Bologna, 1982, pag. 348

20

derechos de la persona -escribe Silvestri- debería incluirse el derecho a «un día en el tribunal»".

Lo anterior conduce de la mano a la interrelación entre proceso jurisdiccional y garantías. Muchas de las formalidades, que se dice entorpecen y encarecen la vía jurisdiccional, desempeñan una importantísima función garantista, que no escapó a los procesalistas alemanes de finales del siglo MX, cuando se ocuparon del formalismo judicial ((Justizförmigkeit)). El carácter informal que tanto se elogia, al abordar los mecanismos alternativos de solución de conflictos pueden esconder en su entraña un serio peligro de reducción de garantías".

Lo peor es que esa reducción de garantías termine por gravar a la parte más débil. Se reproduce el debate surgido a propósito de los mecanismos de conclusión o habitación transaccional del proceso penal. Si no se asegura el poder de negociación («*bargaining power*») entre las partes, cualquier solución convencional del conflicto puede encubrir la imposición de la voluntad de la parte más fuerte, menos perceptible en procedimientos menos formalistas pero también menos transparentes.

Elisabetta Silvestri escribe lucidamente: «...Oficialmente, la propuesta de crear una alternativa al proceso tenía su origen en

59

a... el derecho a un day in court ... u: loc. cit., pag. 53, con cita de Amos, ((A Day in Court at Home and Abroad, en 2((Cambridge Law Journal)), 1926, pags. 304 y ss.

a ... El proceso y sus ritos tienen un carácter iniciativo que ciertamente escapa a la comprensión del hombre medio, pero la "justicia de rostro humano" dispensada con los instrumentos alternativos confunde a menudo la ausencia de formalidades con la ausencia de garantías. Para citar solo algunas de las garantías olvidadas con más frecuencia, baste pensar en las relativas a la independencia y la imparcialidad del órgano del enjuiciamiento "alternativo", o bien del sujeto al que se confían las funciones de mediación o de conciliación, especialmente en los casos en los que el procedimiento está totalmente organizado y gestionado por una de las partes en litigio. Otro aspecto poco garantista es la escasa transparencia de los procedimientos, que a menudo imponen un deber de secreto a todos los participantes. Nada más lejano de la publicidad del procedimiento, reiteradamente exaltada como una de las principales garantías aseguradas por los ordenamientos...>), y cuyo «valor social» ha sido puesto, por ello, de relieve en la bibliografía especializada: Silvestri, loc. cit., pag. 53

21

el noble intento de asegurar a estratos cada vez mas amplios de población formas adecuadas de tutela, una tutela que la llamada justicia formal, con sus retrasos, los elevados costes y el acentuado tecnicismo, no podía garantizar mas que a una elite de sujetos...». El objetivo principal de las propuestas de introducción de mecanismos alternativos de solución de litigios es, sin duda, la consecución del mas alto grado posible de «...eficiencia del sistema, que se creía alcanzable aplicando una lógica elemental: a mas fueros alternativos, mas causas resueltas. La exigencia de encontrar a toda costa un medio cualquiera para reducir la carga de trabajo de los Tribunales hacia perder de vista otros problemas, como -sobre todo- los relativos a las garantías ofrecidas a los posibles beneficiarios de los instrumentos alternativos en materia de competencia, independencia e imparcialidad de quienes tendrían que resolver las controversias que se estimaba no merecedoras de las decisiones de un tribunal...»

Pero junto a-o por debajo de- estos encomiables propósitos, podrían latir otros, menos loables. « ... En efecto, de un lado se proponía liberar a los tribunales del fastidio producido por el incesante aumento de las causas de modesto valor económico, a menudo repetitivas y por eso consideradas tan poco útiles para favorecer el progreso de la ciencia jurídica como para merecer el epíteto *de gargabe* casos. Del otro, se perseguía el objetivo de frenar el activismo de los jueces sustrayendo a su intervención, a menudo considerada demasiado progresista y desestabilizadora, cuestiones de gran resonancia social y política, como las relativas a los derechos civiles, la tutela del consumidor, la protección del ambiente...

))¹⁰
60

Jesus Fernandez Entralgo

Silvestri, loc. cit., pags. 4R-49. Sintonicamente, Stempel, ((Reflections on Judicial ADR and tuhe Mult-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Ouverture, or Fledgling Adulthood?), en I 1 ((Ohio St. J. Disp. Res.), 1996, pags. 297 y ss. Singer (loc. cit., pAgs. 13-14), tras poner de relieve los defectos de la intervencion judicial on la resolution de conflictos, anade esta precisión: ((...A pesar de haber analizado convenientemente los defectos del sistema [judicial..., seria estúpido ignorar [as r3andes ventajas del mismo a la hora de establecer principios básicos; principios (Joe la mayoría de nosotros consideramos vitales para proteger nuestras libertades individuales. Sin it mAs lejos, durante los últimos cuarenta años, los tribunales han sido el último recurso de detenninadas razas o grupos minoritarios cuyos intereses no estaban respaldados por un grupo parlamentario mayoritario...))

22

Tal vez no sea, por ello, extraño que « [uno. de](#) los mas convencidos partidarios de los métodos alternativos... [haya sido] Warren Burger, _ conocido por su actitud conservadora y por su hostilidad hacia e1 *judicial activism*, en particular cuando este se aplicaba a la tutela de los conocidos como nuevos derechos...»⁶¹

Finalmente, se recuerda que la solución de conflictos no es el único fin legitimador reconocido de la vía jurisdiccional. La decisión jurisdiccional -al margen de las posibilidades de fundar el juicio en el puro sentimiento de equidad- ha de resolver el litigio con arreglo al Derecho aplicable al caso. No es posible ignorar esta dimensión de la jurisdicción como instrumento de realización de los mandatos contenidos en las normas reguladoras del conflicto⁶²; reforzando, de este modo, la confianza colectiva en la vigencia efectiva del sistema normativo; función que equivaldría a la denominada oprevención general positiva» de que se habla en Derecho Penal⁶³.

Los sistemas de solución de conflictos alternativos al proceso jurisdiccional, explica Torres Escamez⁶⁴, surgen «... en los años 60 y 70 en los Estados Unidos, primero en los ámbitos académicos e intelectuales y más tarde en los profesionales y

61
62
63
64

Loc. cit., pág. 2
La conciliation

Silvestri, loc. cit., pags. 48-49. Warren Burger fue el convocante de la Conferencia Pound. En un trabajo publicado en el periódico de la *American Bar Association* (alsn't There a Better Way?), en ((ABA Journal)), 274, 1982) escribió que temía que pudiéramos estar abogados (...a una sociedad invadida por hordas de abogados, hambrientos como una plaga de langosta. y brigadas de jueces, más numerosos que nunca...>u, advirtiendo que se estaba Llegando «...a un punto en el que el sistema judicial -tanto estatal como federal- puede, literalmente, hundirse antes de finales de siglo...», vaticinio catastrofista que, afortunadamente, no se ha cumplido.

Lo que se denomina, en el ámbito jurídico angloamericano, ((*Enforcement of Law*)). Sobre las denominadas «teorías objetivas» sobre la esencia de la jurisdicción, puede verse Serra, loc. Cit., pags. 29 y ss.; Ramos, loc.cit., págs. 124 y ss. Información crítica y bibliografía básica sobre la prevención general positiva puede encontrarse en García-Pablos, A... ((Derecho Penal. Introducción>), Universidad Complutense, Madrid, 1995, págs. 89 V ss.; y Mir Puig. S., <<Derecho Penal. Parte General)). Barcelona, 1996, page. 51.

sus Fernández Entralgo

judiciales⁶⁵. De allí se extiende inmediatamente a Canadá, tip a Inglaterra en los 80 y al resto de Europa en los 90⁶⁶. También sudamericanas. En Argentina, concretamente, su éxito ha sido espectacular...»⁶⁷.

Los modos de solución mediada de conflictos pueden construirse como vías alternativas a la jurisdicción⁶¹, o como mecanismos insertos en ella.

Esta inserción puede articularse de dos formas básicas.

Puede, por un lado, exigirse que las partes, antes de acudir a la vía jurisdiccional, acudan a una instancia conciliadora, pública

65

66

67

63

De Palo. G. Y Guidi, G., « Risoluzione alternative delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti », GiutTr6, Milano, 1999; véase, asimismo, en su relación con el mundo anglosajón, Barona, loc. cit., pgs. 47 y ss.

Torres Escamez comienza su trabajo con estas palabras: «... "El fantasma de la mediación recorre Europa". podríamos decir parafraseando la conocida aseveración marxiana...» (loc. cit., pág. 1)

La Ley 24.573 de 25 de octubre de 1995, y su Reglamento aprobado por Decreto 1021/95, de diciembre de 1995 (modificado en 1996), introducen la mediación obligatoria previa a juicio, exceptuando algunas materias, entre ellas, la penal. Se justifica recordando (...el proceso de acumulación de causal judiciales que se incrementa día a día, lo que genera un grado de morosidad incompatible con las exigencias de una villa comunitaria armónica, y la consecuente necesidad de encontrar los medios apropiados para atender los problemas...); véase Barona, loc. cit., pgs. 149 y ss.

En la práctica norteamericana, tiene esta naturaleza el llamado ((pequeño proceso» ((Mini-trial)); iniciado por acuerdo de las partes, ante un asesor neutral, que, previas las alegaciones de las partes, emite lo que podría definirse, importando términos informáticos, una sentencia virtual), un dictamen sobre cómo sería resuelto el caso por un tribunal común. Partiendo de esta base, las partes se reúnen para tratar de llegar a un arreglo. La ((American Arbitration Association)) ha elaborado unas reglas de procedimiento del «Mini-Trial» ante órganos de la asociación. Figuras similares son el procedimiento ante un ((ovente neutral)) ((Neutral Listener), o ((Early Neutral Evaluation)) y el arbitraje por Jurado Sumario ((Summary Jury Trial)). El veredicto del Jurado Sumario, al igual que el dictamen emitido por el ((adjudicator) en caso de procedimiento de decisión no obligatoria ((Non binding ex parte adjudication)) en litigios sobre patentes o secretos comerciales, no es vinculante. Lo es, en cambio, la decisión del ((juez

24

privada⁶⁹. En otros casos, el órgano judicial competente para decidir el caso puede inducir a las partes a que intenten una conciliación entre ellas, antes de abrir el proceso; cabe, incluso, que imponga ese trámite previo de conciliación⁷⁰. Una última posibilidad consiste en que el mismo Juez actúe, en una audiencia preliminar, posterior a la admisión de la demanda, excitando a las partes a llegar a una solución del conflicto, y hasta actuando directamente como mediador⁷¹. Estas variedades de mediación, *esponsorizadas* judicialmente⁷², no han dejado de ser objeto de críticas por sectores que ponen en duda la competencia de un órgano judicial para intervenir como mediador⁷³.

a la carta» ((Rent Judge)) en el llamado ((proceso privado)) ((Private Judging)), en realidad, una modalidad de arbitraje. Véase, Silvestri, loc. cit., pgs. 52-53; y Fabrega, loc. cit., pgs. 17 y ss.

En la República Federal Alemana, en 1924 se suprimió la exigencia de conciliación previa a la iniciación del proceso civil. En diciembre de 1999, se aprobó una ley federal autorizando a los Länder a reintroducir esta conciliación obligatoria ante un órgano adecuado en determinadas materias. La conciliación imperativa se introdujo en Italia en 1995. Esta exigencia desaparece, en cambio, en España, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.

Así, en la ((Civil Justice Reform Act)) norteamericana, de 1990, y en la Ley inglesa de reforma del procedimiento civil («reforms Woolfu), de abril de 1999, que encuentra su antecedente en la ((Family Law Act)) de 1996: véase, Silvestri, loc. cit., pág. 53; y Torres Escamez, loc. cit., pág. 2

71

72 13

El irónico adjetivo es utilizado por Silvestri, loc. cit.

Bundy, («The Policy in favour of Settlement in an Adversary System»), en 44 (flastings Law Journal)), 1992, pgs. 1 y ss.; Brazil «What Lawyers want from Judges in the Settlement Arena»), en 105 oF.R.D.) 1985, pgs. 85 y ss. Este trasplante de mecanismos de mediación al interior del proceso en el ámbito angloamericano ha sido calificado como preocupante esquizofrenia (*apervasive schizoid element*): Genn, ((Understanding Civil Justice)), en Freeman (ed.)))Law and Opinion at the End of Twentieth Century)), 50 ((Current Legal Problems)), 1997, pag. 169

En este sentido se orientan las reformas de 1983 y 1993 de las ((Federal Rules of Civil Procedure)) norteamericanas, y mecanismos como la <<Early Neutral Evaluation)) o la conciliación endoprocesal, también en el ámbito jurídico norteamericano.

25

mar

de disponibilidad del objeto litigioso por las partes; se **progresivamente** se extienden a otras, tradicionalmente sustraídas a su poder de disposición; una de ellas, el Derecho Penal.

⁷⁴ Concretamente, en el ámbito de la justicia vecinal: Carrasco Andino, M., «La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)», en *Jueces para la Democracia*, 34, 1999, pag.75

26

4.- LA CRISIS DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Es sobradamente conocido el hondo juego de palabras de Radbruch: tal vez no se necesite un *Derecho Penal distinto*, sino algo *distinto del Derecho Penal*⁷⁵.

Frente a la fe que se tuvo en otra época (y aun se tiene en el presente en amplios sectores sociales⁷⁶), en el Derecho Penal como instrumento de resolución de conflictos individuales y sociales, hoy se cuestiona agriamente su funcionalidad, poniendo incluso de manifiesto sus efectos paradójicamente desocializadores.

Así la pena (o tal vez, más concretamente, la ejecución de la privación de libertad tal como se concibió en los dos últimos siglos), se dice:

- Instaaura o agrava el proceso de estigmatización;
- Puede hacer perder el miedo a la cárcel;

⁷⁵
⁷⁶
⁷⁷

La conciliación

Jesus Fernández Entralgo

Se trata de un juego de palabras partiendo de «*besser*» (mejor): «...[Podría ser]... que la evolución del Derecho penal trascendiera del derecho penal mismo y que la mejora del derecho penal desembocara no en un derecho penal *mejor*, sino en un derecho de *mejora* (reforma) y prevención, que fuera *mejor* que el derecho penal, es decir, más humano e inteligente-»: Radbruch, G., «Filosofía del Derecho», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 221.

Por cierto, sin distinción de sesgo ideológico. Sobre el «realismo de izquierda», versión izquierdista de la ideología de ((*Law and Order*): Smauss, G., ((Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale)), en *Atti delitti e delle pene*, 111-1, 1985, pág. 94. Véase, a título de ejemplo, Gintenez-Salinas, ((La conciliación víctima-delincuente...y tit., pág. 73. Suele incurrirse en un vicio de generalización de los efectos negativos de la respuesta penal a partir de los demostrados de la pena privativa de libertad, por tanto que ésta haya venido siendo el arquetipo de pena.

27

Entralgo

- Genera un alto riesgo de reincidencia al ser un delito (o «subcultura criminal»);
- Produce un proceso de adaptación negativa y de desocialización;
- Da lugar a una progresiva pérdida del sentimiento de responsabilidad por los propios actos.

Estos efectos negativos afectan de modo especialmente intenso a los menores. Así, en su estudio sobre la reincidencia, Funes y Redondo⁷⁸ concluyen que cuanto más joven se produce el ingreso de una persona en prisión, mayor es la probabilidad de recidiva penal.

Los especialistas ponen asimismo de manifiesto la proliferación; de las llamadas penas «simbólicas»⁷⁹, encaminadas a producir, en la Sociedad, una sensación de dureza de la respuesta penal, que queda desmentida en la práctica. Así; la prevención, en algunos Estados, de multas cuantiosísimas en materia de represión del narcotráfico carece de trascendencia práctica cuando se imponen a personas de escaso o nulo poder económico⁸⁰.

A la vez, el alarmante incremento de la población carcelaria, incluso en países tenidos por *ejemplares* en el ámbito del mundo

711 (Funes, J. y Redondo, S., «Estudio sobre la reincidencia», Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1993; véase, asimismo, Equipo de Mediación del Departamento de Justicia [de la Generalitat de Catalunya], «(La mediación penal juvenil en Cataluña», en « La mediación penal ...n tit., pags. 31 y ss.

79 Hassemer, W., «Prevención en el Derecho Penal», en «Poder y Control», 0, 1986, pag. 96

80 En otros casos, sirven de sedicente instrumento expropiativo de los beneficios obtenidos por el tráfico clandestino de las sustancias prohibidas, tratando, de este modo, de superar las dificultades que habitualmente se encuentran para demostrar el origen ilícito de las fortunas de los grandes narcotraficantes.

28

82

83 Aubusson de Cavarlay, B., «Hommes, peines et infractions», en «Année sociologique», 35, 1985, pag. 293. Véase los datos en Wacquant, loc.cit., pags. 101 y ss.

capitalista occidental", se empieza a contrapesar con la amplia concesión de medidas de suspensión del proceso, o de la condena o de la ejecución de la pena (lo que puede producir una imagen distorsionada de la «presión penal» efectiva allí donde se da esta «huida de la pena privativa de libertad») sustituidas por la suspensión condicional de su ejecución". Los estudios realizados sobre la extracción social de la población carcelaria revelan la exactitud del diagnóstico de Bruno Aubusson de Cavarlay, a propósito del funcionamiento de la Administración de Justicia en Francia, en el período de 1952 a 1978: la multa es la pena que grava a la burguesía (grande o pequeña); la prisión no ejecutada (por suspensión condicional, *probation o sursis*) es propia de las clases populares; la prisión efectiva, carga sobre el subproletariado".

Por otra parte, con el paso del tiempo, resulta imposible cerrar los ojos a la realidad del fracaso de la respuesta penal, así parece resolver los conflictos individuales y sociales comp para reencauzar al delincuente.

81 Gimenez-Salinas y Colomer, E., «(La mediación: una visión desde el derecho penal», en «Anuario de Derecho Penal y Criminología», 11, 1997, pags. 111-112. Véase también el alarmante de población penitenciaria en Estados Unidos (648 por 100.000 habitantes, en 1997: Bureau of Justice Statistics, Washington, Marzo de 1999), la inflación carcelaria en algunos países de la Unión Europea no es menos preocupante. Para el período de 1983 a 1997, el índice de crecimiento era del 240 % en Holanda, del 192 % en España y del 140 % en Portugal, según las Estadísticas Penales Anuales del Consejo de Europa, publicadas en 1999. Según esa misma fuente, en Portugal y en España, respectivamente, el porcentaje de presos por delitos de narcotráfico ascendía al 36 y al 30 por ciento de la población carcelaria. A lo anterior ha de unirse el aumento de la tasa de superpoblación en los centros penitenciarios. En 1997, en el ámbito de la Unión Europea, y de acuerdo con la información estadística del Consejo de Europa, siete Estados superaban el número de plazas penitenciarias disponibles. La relación entre el número de presos y el número de plazas llegaba al 136, 129 y 127 por ciento, respectivamente, en Portugal, Grecia e Italia.

Ferrajoli, L. y Zolá, D., «Marxismo y cuestión criminal», en «Democracia Autoritaria y Capitalismo Moderno», *El Viejo Topo*, Barcelona, 1980, pags. 89-90; Wacquant, L., «Les prisons de la misère», *Raisons d'Agir*, Paris, 1999, pags. 94 y ss.

35, 1985, pag. 293. Véase los datos en Wacquant, loc.cit., pags. 101 y ss.

29

Entrada

No es, por ello, extraño, que el *neorrealismo* penal norteamericano, tan estrechamente ligado a los planteamientos del llamado *Análisis Económico del Derecho*, a partir de los puntos de vista de la *Escuela de Chicago*, haya renunciado al ideal de la resocialización, pare legitimar la pena en función de su capacidad disuasoria de posibles comportamientos delictivos (legitimación por prevención general y especial- que fue patrocinada por utilitaristas viejos y nuevos, también en el espado de cultura jurídica *continental*) y de incapacitación de quienes han puesto de manifiesto su peligrosidad al cometer un delito.

Sin embargo, la amenaza de la pena (incluso de la capital, allí donde se mantiene) tampoco parece producir un sensible efecto disuasorio. Un incremento de la gravedad de las sanciones y una mayor eficacia de los aparatos policial y Judicial (aumentando los índices de probabilidad de descubrimiento y castigo de los delitos y reduciendo la duración del procedimiento penal) han contribuido, ciertamente, a elevar la cifra de población reclusa, pero no han mejorado proporcionalmente la situación.

N, desde luego, parece que la pena privativa de libertad (a menudo, precedida de alguna experiencia de internamiento en centros correccionales de menores, presente recurrentemente en mochas

biografías criminales) produzca efecto resocializador alguno. Incluso hay buenas razones para afirmar que la *estigmatización* que lleva consigo (y que fue puesta de relieve por los seguidores del *labelling approach*) acrecienta el riesgo de recidiva.

El desconcierto de penalistas y criminólogos tal vez tenga algo que ver con el no poco interesado abandono de los puntos de vista socioeconómicos (mantenidos, por ejemplo, por la corriente de la Criminología Crítica) en el análisis de la génesis de la criminalidad.

Sin necesidad de participar de los postulados del materialismo histórico, es innegable que, en el *Tercer Mundo*, y en las amplias bolsas de marginación y pobreza dentro de las Sociedades más

30

Jarrafadas, la criminalidad tiene mucha relación con la cultura y la pobreza; y, en palabras de Nils Christie¹⁴, que evocan otras, muy anteriores, del epígono del *regeneracionismo* español, Joaquín Costa, «... la pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de prisiones...».

En las capas emergentes de la Geografía del desarrollo, por otra parte, las pautas de organización socioeconómica han debilitado los nexos de solidaridad (potenciando perspectivas egocéntricas -de *selfishness*- que parecen consustanciales a la Economía capitalista y se vienen repitiendo, con mayor o menor disimulo, desde sus *evangelistas* del siglo XIX) y el fondo ético que reforzaba psicológicamente frente a la tentación del delito.

Con estos antecedentes, arrecian [las críticas del abolicionismo al sistema penal, material y procesal. Giménez-Saunas] cite estas ideas expuestas, desde esta perspectiva, por Elena Larrauri:⁸⁶

La ley penal no es inherente a las sociedades. Antes del establecimiento de la ley criminal había otra forma de manejar los conflictos y resolver los problemas tales como el uso de la ley civil, por ejemplo:⁸⁷

84 85 86

87

((Los límites del poder), tit.

((La conciliación víctima-delincuente...) tit., pág. 76

Larrauri, E., ((Abolicionismo del Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista, en ((Poder y Control), págs. 95 y ss.

Todavía hoy, la ley civil, en determinados ordenamientos, puede encubrir normas penales; o desempeñar una función punitiva, como *los exemplary or punitive damages* del Derecho angloamericano: Brazier, M., ((Street on Torts)), Butterworths, London, 1988; Napier, M., «European Perspectives for Practitioners», en Holding & Kaye, 1993; Stanton, K.M., ((The modern Law of Tort). Sweet & Maxwell, London, 1994. Sin embargo, no se pueden confundir las naturalezas y funciones respectivas de los mecanismos civiles y penales de prevención y reacción frente a hechos socialmente indeseables: Silva Sánchez, J.M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *Revista del Poder Judicial*, 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 201-202

31

Jesus Fernández Entralgo

El crimen tiene [?] tiene una realidad ontológica. Con ello señala que bajo la etiqueta de delito se a --Pan loch unasei de compra~~os que no tied

del sistema penal sino más bien el producto del sistema

La Ley penal trabaja con imágenes falsas. Se basa en acciones en vez de interacciones. Se basa en sistemas de responsabilidad biológica⁹ antes que en sistemas de responsabilidad social.

La ley penal ha probado en repetidas ocasiones su incapacidad para cumplir los objetivos declarados. La prevención especial o general no son conseguidas: el intento de conseguir las a cualquier precio conlleva un recorte de las libertades.

La ley penal ha dado muestras de ser selectiva en cuanto a las conductas a criminalizar⁹⁰, a la persecución de determinadas actividades y

res

pecto de su aplicación⁹¹ Desde el momento que no ued
pe preveni

todo del o perseguir ito, los agentes de control y el sistema penal entero se dirigen solo a deted
,, a los comportamientos, no necesariamente los más danosos.

90 91

El sistema penal se ofrecería, de este modo, como un producto cultural artificial, 9 on aarttfactu, en el sentido clue da a esti e con
rracut.

x epto Fe

Aun cuando sub.sisten concepciones que ligan el delito (o, tat vez, mas exactamente, la violencia o la de.sviacion) a factores biologicosl
-a nueva information que

proporcionan Jas investigaciones sobre Genetica o sobre la inf7uencia de los neurotransmisores sobre el comportamiento humano ha venido a sustituir las especulaciones, que hoy parecen tan ingenuas, de la vieja Scuola Positiva como (singul una armente de la ortodoxia lombrosiana)- la oposicion se plantea entre el delito

cuestion de decision individual de la persona que se enfrente al sistema de norrnas que regulan la convivencia social, y el delito como algo mucho mas complejo, generado, total o parcialmente, por la propia construction de esa convivencia. Proceso

de cnmrnahzacron primaria

Proceso de criminalization secundaria. Una critica reciente de la realidad de los mecanrsmos de criminalization secundaria, puede verse en Wacrluanl, loc.cit.

En la medida que no cumple sus funciones declaradas, la fey penal es acusada de actuar como un mecanismo de reproduction de las relaciones capitalistas de production, resumen y reproduction o en el mejor de los casos de infligir una pena carente de todo sentido.

Estas criticas (que atanen tanto al sistema penal como al Proceso jurisdiccional penal) han tenido eco en el plano l' international. En el XIII Congreso International de la Asociacion International de Derecho Penal" se establecieron una serie de significativas conclusiones:

«...Los sistemas modemos de Justicia Penal han conocido y siguen conociendo dos desarrollos divergentes:

El Derecho Penal se utiliza como medio expeditivo decontrol social, el cual sobrepasa sus funciones originarias, creando un inminente peligro de hipercriminalizacion.

1. 1. Se tiene un escepticismo cada vez mayor sobre laeficacia del sistema traditional de Justicia Penal, en especial de la pena como medio funcional del control social. Los conceptos de rehabilitation, de disuasion y de castigo son objeto de acerbas criticas. Esto ha llegado a reabrir la discusion sobre otros medios para alcanzar los fines

21: Aun mss, la propia justicia penal ha sido sometida a critics- El Proceso penal tiende a restringir la interaction de las panes implicadas en un conflicto de delimitation de la responsabilidad de una de ellas solamente. Las partes directamente irrllphcadas, sobre todo las que se sienten lesionadas son incapaces de resolver el conflicto que subyace en el litigio penal tal como ellas to sienten En tales condiciones, el Proceso penal corre el nesgo de dificultar, en vez de facilitar, la Paz entre los interesados.

Richout Rodriguez, A., aXII Congreso International de Derecho Penal (Recomendaciones)>>, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

Jesus Ferndndez Entralgo

3. Desde esta perspective, 1 la diversion debe considerarse como una formula nuevay'd deseable de tratar los problemas contemporaneos del sistjema penal, al menos por dos razones:

3.1. La *diversion* peodría evitar el peligro de hipercriminalizaciorio- No restringe las funciones propias del Derecho ° Penal, pero puede mitigar los efectos negativos.

3.2. La *diversion* puede también ayudar a superar lo que se denomina crisis de la punición, facilitando respuestas adecuadas al delito cuando [las sanciones penales se consideren inadecuadas.

4. La *diversion* no debe ampliar funciones que corresponden al Derecho penal, ni institucionalizar o restringir los litigios que ya ahora se solucionan por vías

informales o indirectas⁵- La sustitución de medidas penales por las medidas que dimanarían de la *diversion* con intervención no debe dar lugar a un mayor rigor en el tratamiento de los infractores»

Estas críticas coexisten, paradójicamente, con un movimiento de refuerzo del sistema penal (y de su arma favorita, la prisión) como medio de control social sobre las clases más desfavorecidas, golpeadas por la realidad del abandono progresivo del modelo de Estado asistencial, del afianzamiento del neoliberalismo económico *globalizado* y del auge del ideal del *pensamiento único*".

Loïc Wacziarg (loc. cit.) ha escrito recientemente sobre este extremo, relacionando el incremento actual de la *prisión penal* con las tendencias -a ambos lados del Atlántico- al mayor grado de control social del subproletariado, articuladas en una política de *tolerancia cero* y en la transformación del viejo *Estado tutelar* (asistencial) en un nuevo *Estado punitivo* (por tratar de traducir, lo más precisamente posible, su juego de palabras, al denunciar el peso del *Etat-providence* al *Etat-pénitence*).

34

contexto constituye un buen caldo de cultivo para la multiplicación de mecanismos alternativos a la vía adicional de los conflictos penales, y hasta al propio sistema penal.

35

5.- LA RECUPERACION DE LA

VICTIMA COMO PERSONAJE PROTAGONISTA DEL DRAMA PENAL

Jesus Fernández Entralgo.

El Estado moderno asumió, entre sus funciones, la garantía del mantenimiento de las condiciones esenciales para el desarrollo de una justa y pacífica convivencia social. Como corolario, asumió también, en régimen de monopolio, el poder de castigar, con penas, aquellos comportamientos definidos como gravemente comprometedores para bienes jurídicos fundamentales y principios básicos de aquel modelo de convivencia colectiva.

No solo se ponía fin a las viejas formas de venganza privada, sino que -fuera de los casos excepcionales, ya aludidos con anterioridad, de justificación de una actuación en legítima defensa o para la protección de un bien prevalente en *estado de necesidad*- quedaba prohibido -incluso bajo amenaza de una pena, como igualmente queda explicado- el recurso a las vías de hecho en busca de la efectividad de un derecho o interés legítimo propio.

El delito pasó, así, a ser cosa entre el delincuente y el Estado; y, en la misma medida, se eclipsaba el conflicto de fondo: el que enfrentaba al delincuente (como causante de un daño o creador de un intolerable peligro de que se produjese) y la víctima, actual o potencial, individualizada o difusa.

Esta prevalencia del enfrentamiento entre el delincuente y el Estado contribuyó a construir -sin duda, muy

36

nablemente- un modelo de Derecho Penal garantista⁹⁴. **bia** estar siempre muy claro que estaba prohibido hater **6** dejar de hater), as' como las consecuencias del «brantamiento de esa prohibición; y la persona contra la e se dirigiese el *Leviathan* estatal debía contrr con ngruas posibilidades de defensa, organizandose el proceso penal conforme -entre otros- al principio de *igualdad de rmas*.

Pero esa misma prevalencia fue sumiendo en una oscuridad cad((vez mss intensa a la victima. Lejos quedan -y enhorabuena- los tiempos de la venganza privada a go del ofendido o de su familia, grupo o tribu; la *edad de oro* de la victima" . El monopolio del poder penal por e,Estado produjo to que los estudiosos llama» su *rieuiralizacion*". La victima terming convirtiendose, en

Se ha convertido en topic((la cita de Ferrajoli, L., ((Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal)), Trotta, Madrid, 4ª ed., 2000; ((Derechos y garantías. La ley del 'rrAs d6611», Trotta, Madrid; 1999; ((Garantías)), en ((Parolechiave)). 19, 1999, traducción al español en ((Jueces para la Democracia)), 38, 2000; figs. 39 y ss.

z: El primero en utilizar esta expresión, que pronto hizo fortuna, fue Stephen Schaffer ((Victimology: the Victim. and his Criminal)), Reston Publishing Co. Inc., Virginia. 1977), explica Myriam Herrero Moreno ((Lt hora de la victima. Compendio de Victimologia», Instituto de Criminologia & EDERSA, Madrid, 1996, pag. 28; y caso, asimismo, García-Pablos de Molina, A., ((La resocialización...» -dotecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. Antonio Borja San Sebastián, 1989, p. 194; Silva Sánchez, J.M., ((La consideración...» 61 comportamiento de la victima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "Victimo-dogmatic() en «Victimologia», Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 1993, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pag. 13; Hassemer, W., ((Fundamentos de Derecho Penal)), Bosch, Barcelona, 1984, Pigs. 92 y ss.; Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., ((Introducción a la Criminología ,ra ; Y al Derecho Penal)), tirant to blanch, Valencia, 1989, pag. 29; Landrove Diaz, -. ('Victimologia)), tirant to blanch, Valencia, 1990. De la neutralización de la ictima suele hablarse peyorativamente, pero no siempre es así. Silva Sánchez considera un presupuesto indispensable de la ((desdramatización» del juicio y castlgo, como necesaria condición del ((distanciamiento)) imprescindible a tratar objetivamente el problem((y respetar las exigencias garantistas: `re la relevancia...v tit., figs. 190, 193-194,

37

Jesus Fernbndez Entralgo

expresivas palabras de Zipf, en el « vdstago olvidado de la justicia penal». ⁹⁷

La victima se convierte, de este modo, en una figura secundaria dentro del sistema penal. Es su *cenicienta*, y hasta -con sus pretensiones- de ser tenida en cuenta- puede parecer francamente fastidiosa a quienes solo tienen Ojos para el enfrentamiento entre delincuente y el Estado, en cuanto estructura de organization politics de una comunidad soberana.

Mas, sun: los estudios de la denominada *Victimodogmdtica*" (que se trata de derivar del principio de subsidiariedad de la intervention punitiva del Estado) descubren la contribution de la propia victima a la ocurrencia del hecho delictivo (la idea de la «'victim precipitation)), desarrollada a partir de la investigation estadística dingida, en los Estados Unidos de America, por Marvin Wolfgang"), que, en medida variable, provoca con su propio

93

Traducción española generalizada de aViktimidogmatik». También se expresz su significado como « viktimologischer Ansatz» o uperspectiva victimológica de la dogmatica penal: Silva Sánchez. ((La consideration...» tit., pag. 17

Tamarit Sumalla, J.M., ((La Victims en el Derecho Penal)), Aranzadi, Pamplona, 1998, pag. 18. Mervin Wolfgang, escribe Herrera Moreno (lot. tit., pag. 107), e... es un neto exponente de la operatividad y realidad de aquellas ideas formuladas en abstracto por VON HENTIG en relation con el vigor y trascendencia deljuego interactivo que asocia a un infractor con su victima...». Partiendo de sus investigaciones empirical, construy6 el modelo de ahomicidio precipitado» (Wolfgang, M.E., «Victim- Precipitated Criminal Homicide)), en aVictimology: A New Focus)), Ed. Drapkin & Viano, Lexington Books, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts-Toronto-London, 1974). esto es, aquel en el que a ...el papel de la victima se caracteriza por haber silo. en el drama criminal, quien primero ha acudido al recurso de la fuerza fisica dirigida en contra de su subsiguiente honucida. Los trios de victimo-precipitación se refiere a aquellos en los que la victima es la priniera en exhibir y usar un arma letal o golpear en un altercado; en suma, la primera en iniciar la interaction o recurrir a la violencia fisica ...» (lot. tit., fig. 80; traducción de Herrera Moreno, lot. tit., pag. 108). La falta de provocation de la persona que atgrede a otro pretextando actuar en legitima defensa es requisito para que pueda apreciarse la causa de justificación, como exige el Artículo 24.1.c), con la excepción de la defensa de familiares próximos. En los casos de legitima defensa la «victima».

38

comportamiento, colocandose en situaciones que aumentan su vulnerabilidad. Se trata -escribe Schneider"- «...de que la victima haya prestado con su comportamiento un aporte al hecho, o que su comportarniento pueda ser entendido o mal entendido por el autor como un consentimiento o una aprobacion de su hecho (interaccionsimbolica...))

Se invoca el principio de ((auto rresponsabilidad)> (o oresponsabilidad funcionab)IPI), para poner de relieve que la víctima o... ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que el sea la causa o antecedentes del hecho que to afecte...))102 . La Victimodogmatica -escribe Silva Sanchez- «...trata de examinar hasta que punto (y en que terminos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de victimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que estas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a el con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -en sentido atenuatorio o mcluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor...))103 Dogmaticamente implica una reconstruction de la Teoria del Delito desde la perspectiva de la victima.

paradójicamente, causa un mal (justificado, ciertamente) a su agresor, actual o potencial inmediato. Se cuestiona que la perspectiva de la victima aporte al tratamiento del problems nuevas dimensiones que no proporcione la Dogmatica Bustos & Larrauri, lot. tit., pags. 23 Y ss. tradicional. entocada al delincuente:
Loc. tit.. pag. 373

((Funcional Responsibility» : Schaffer, lot. tit.: (<... La victima es responsable... de su propia victimization ...Els no se debe poner en situaciones victimógenas, en las cuales pueda llegar a ser facilmente victima...» (Schneider, lot. tit., pags. 373-374)
Bustos). Larrauri, lot. tit., pags. 24-25

Silva Sanchez, I.M., ((La consideration del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimodogntatica".», en aLa Victimologian, Cuadernos de Derecho Judicial. xv, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993, pag. 18

39

Jesus Ferndndez Entralgo

La Victimodogmatica -como hate notar Tamarit i Sumalla¹⁰⁴, basandose en el muy utilizado trabajo critico de Dunkel¹⁰⁵ - no ha tenido buena acogida¹⁰⁶. Se le reprocha que sus conclusiones fallan respecto de ciertos delitos y de ciertas victimas; se la acusa de dar lugar a una desproteccion de las victimas¹⁰⁷; y se cuestiona su compatibilidad con algunos principios constitucionales e incluso con el modelo mismo de Estado social de Derecho, en el que -se argumenta- la pureza del ideal de subsidiariedad tna

Tamarit i Sumalla, J.M., ((La reparacio a la victima en el Dret penal. Estudi i critica de les noves tendencies politico-criminals)), en la Coleccion <(Justicia i Societat». 11. Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. -Centre d'Estudis Juridics i Formacio Especialitzada. Barcelona, 1993. 105

Dunkel, F., ((La Viclima en el derecho penal, i,En vias de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la victima», en ((Papers d'Estudios i Formacio», Centre d'Estudis Juridics i Formacio Especialitzada, 8, Barcelona, 1992; pags. 63 y ss.

Se habla, no sin ironia, de una euforia (Seelmann, aDogmatik and Politik der "Wiederendeckung des Opfers", en ((Rechtsdogmatik and Rechtspolitik», Hamburger Ringvorlesung, Berlin, 1990, pag. 159) por adoptar el punto de vista de la victima, «...en la que algunos tratan de descubrir la panacea de los males del sistema del Derecho penal, V que -por otro lado- tanto recuerda la euforia deltratamiento resocializador de los Thos sesenta...» (<<Sobre la relevancia...> cit., pag. 191). A la desilusion tras la euforia resocializadora alude Roxin. C., <<La reparation en el siste ma juridico-penal de sanciones»; en «Jomadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"»; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991,pag. 21

<... La revelation implicita en el diseho de WOLFGANG obraba una brusca ruptura con el estereotipo de victima inerte y pasiva, una ruptura doctrinal cuya intencion 6ltima era alterar la percepci3n social del delito, rutinariamente banado en un claroscuro maniyueista.

vComo contrapartida negativa, el concepto de "precipitation victimal", arrebatado de las manor de WOLFGANG y desmanadamente lrasladado a otros contextos delictivos hasta el punto de desvirtuarse, termino deteriorando la reputaci3n general de toda una epoca victimologica, que hubo de pechar, no siempre con justicia, con la calificacion critica de "etapa victimo-culpabilista" ..» (Herrera Moreno, lot. cit., pag. 108)

40

la respuesta penal ha de contrapesarse con las exi~encias principio de solidaridad¹⁰⁸.

" La preocupaci3n por el delincuente parece producir un efecto perverso sobre la victima. Hans Joachin Schneider gone de relieve que, en la investigation empirica s.bre los 4ue ban sido victimas del delito, se llevo a un recono.itn lento esencial: «...la victima no solo sufre el hecho Punibje en si mismo, sino que sufre tambien, a traves de la reaccio_n formal e_i informal sobre el hecho, danos psicicos, s.ciales, economicos y fisicos... La victima se considera abal,donada y incompendida por parte de su entorno social. En el proceso penal ella se siente menospreciada como objests, de la squeda de la verdad. Frecuentemente piensa que ella es yelrdadero acusado en lugar del autor...>> 109

El Derecho Penal no puede desconocer que el delito afecta, desde luego, a la organización de la sociedad con arreglo a principios de convivencia justa y pacífica, pero

30-eitan como ejemplos de aplicación de criterios victimológicos o de nti, insidieraciones de responsabilidad funcional, la deslegitimación de 10 que, de \$ty modo, sería legítima defensa, en trío de previa provocación del que ; (impropiamente) se defiende (Artículo 24.2 [c] del Código Penal hond,ureno), o 'tío

6Aetuacn por provocación previa del agredido (Artículo 26.4;sintenco con oVPJros preceptor de Leyes tanto europeas continentales -Código Pe_n f^l suizo [Zy-yAm anglosajonas): Schneider, loc. cit., pgs. 374-375. Desde otra unto de "atzresponderían al mismo planteamiento la imposición legal de &beres de €S "eccion a ciertos establecimientos especialmente expuestos a ataatMe s contra ' lrooidd >iwpea, como los supermercados o -en Espana- las entidades ban,carias.

U1%edeg. H.F. La prima jurídica de la víctima en el Derecho y en el proceso penal en «Guadalupe de Política Criminal» 35, (1988) 357. Hb. s. i. Oie

"e miedos, angustias, rencores, etc. El problema es que a través del proceso penal, a veces piensa que el acusado es ella, en lugar del autor...> (C4i imenez 11nas Colomer, E., ((La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho petut reparadL orn, en ua mediación penal) cit., pig. 74).

41

Jesus fernandez Entralgo

.tampoco que, directa o indirectamente, el delito compromete bienes jurídicos individualizados. El delito - escribe GarciaPablos de Molina¹⁰ «...no enfrenta simbólicamente al infractor y al Estado, sino que expresa un conflicto entre tres protagonistas: delincuente, víctima y comunidad...». Silva Sanchez cita unas palabras de Barnett que compendian muy bien este nuevo enfoque: o...donde un día vimos una infracción contra la sociedad, ahora vemos una infracción contra la víctima individual. En cierto modo, es una forma de sentido común de ver el delito. El ladrón armado no roba a la sociedad: roba a su víctima. Por tanto, su deuda no es con la sociedad; to es con la víctima... >> 111

La víctima es, además, una pieza fundamental del proceso de criminalización secundaria, y de la función de control social que cumple la actuación práctica de las normas penales; eso que se expresa en el mundo anglosajón con la difícilmente traducible expresión *enforcement of* Law¹¹².

¹⁰ «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria" (El penado como víctima del sistema legal)), en ((La Victimología» cit., pig. 311

¹¹¹ uSobre la relevancia ...) cit., pig. 187; toma la city de Barnett [«Restitution a new paradigm or criminal justice» en Barnett, R.E. y Hagel, J., «Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process»), Harvard

University, 1977 de Fattah, ((From a Guilt Orientation to a Consequence Orientation. A Proposed New Paradigm for the Criminal Law in the 21st Century)) en ((Betrag für Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree and J. Wessels zum 70. Geburtstag)), Heidelberg, 1995, pig. 790. En detinliva, en los delitos contra intereses colectivos o difusos (como los contra la salud pública o el medio ambiente) siempre puede descubrirse -como telón de fondo- la tutela de intereses particulares, aunye no individualizados.

¹¹² Gimenez-Salinas, ((La mediación) cit., pig. 74, con cita de Dunkel. La víctima es considerada el ((portero)) del procedimiento penal (Schneider, loc. cit., pig. 357', Maier, J.B.J., ((La víctima y el sistema penal)), en (<Jueces para la Democracia» 12, 1991, pig. 42).

42

Su negativa a denunciar los hechos delictivos de los que ha sido sujeto pasivo influye decisivamente en el indeseable incremento de la *cifra negra*, del número de delitos cometidos pero desconocidos por los aparatos policial y judicial¹¹.

De este modo, en el último cuarto de siglo, se ha ido prestando también una mayor atención a los intereses de la víctima en el proceso penal. Se extiende la opinión que cree que la víctima o...no puede seguir siendo mero objeto de la investigación judicial, sino un participante activo de esta, un sujeto de derechos, informado, atento, colaborador y responsable de su marcha«...»¹¹⁴

¹¹³ Schneider, loc. cit., pig. 357; Maier, o La víctima...» cit., pig. 42; Kaiser, G., (<Introducción a la Criminología)), Dykinson, Madrid, 1988, pig. 134

a cc El redescubrimiento ...) cit., pig. 311

43

6.- LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Jesus Fernandez Entralgo

6.1.- El concepto de «víctima»

Conviene, ante todo, precisar el alcance conceptual del significante «víctima»; palabram que evoca fácilmente representaciones de fuerte carga emocional, pero sobre cuyo significado preciso discuten, con patente escasa seguridad y una dosis no pequeña de confusión de ideas, penalistas, criminólogos en general y victimólogos en particular¹⁵.

Una primera aproximación semántica (la más apegada a su origen etimológico, que envuelve una remisión a la idea de objeto de sacrificio¹⁶) hace de «víctima» significante de «persona que padece daño por culpa ajena por causa fortuita»¹⁷.

Así, la víctima sería, en sentido estricto, la persona concreta sobre la que recae la conducta típica de la infracción penal; topicamente, aquella a la que se causa un daño corporal o sufre un directo expolio de algún bien que tiene en su poder material¹⁸.

Desde el punto de vista jurídico penal, por víctima se entiende, ante todo, la persona física o jurídica (o, en caso de los llamados «delitos contra intereses colectivos o difusos», como pueden ser los contra el medio ambiente o la salud pública, el conjunto

¹⁵ Varela Castro, L., ((Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso)), en ((La Victimología)), Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 99; Tamarit Sumalla, J.M., ((La víctima en el Derecho Penal)), Aranzadi, Pamplona 1998, pag. 149

¹⁶ La primera acepción de «víctima»), de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la define como «Persona o animal [atados, si se sigue el rastro etimológico latino] sacrificado o destinado al sacrificio».

¹⁷ Tercera acepción, según el Diccionario de la Lengua Española.

¹⁸ Bustos, J. y Larrauri, E., uVictimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas, IURA-10, PPU, Barcelona, 1993, págs. 17 y ss.

44

ndiferenciado de personas a las que abstractamente puede lesionar o poner en peligro la conducta típica) titular del bien jurídico que se pretende tutelar mediante la tipificación de un determinado comportamiento como infracción penal¹⁹.

La Declaración de la Sociedad Internacional de Victimología, presentada en el Congreso Internacional de Naciones Unidas, en 1985²⁰, entiende por víctima a...toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de un grupo o colectividad...))

Es, esta, la «víctima directa» o principal. Junto a ellas, pueden coexistir y llamadas «víctimas indirectas», personas físicas o jurídicas cuyos intereses se ven perjudicados por efecto reflejo de la infracción penal²¹

Maier (lot. cit., pag. 52); Tamarit uLa víctima..., cit., pag. 149. Landrove (en ((Victimología)) cit., pag. 88) hace notar que la palabra víctima no es un concepto técnico que se maneje en Derecho Penal, donde importa el sujeto pasivo (individual o colectivo) de la infracción penal, aludido habitualmente (sobre todo en la jerga legal) como ((ofendido)).

-Sole Riera, J., ((La tutela de la víctima en el proceso penal)); I.M.Bosch Editor, Barcelona, 1997; pag. 21.

¹⁹ Avila Ortiz, F., Comentario al Artículo 17, en Palacios Mejía, J. Ivil' y Fernandez Entmlgo, J. (Coors.), ((Código Procesal Penal Comentario)), 2000, utiliza un concepto amplio de víctima, clue comprende a los perjudicados que no son sujetos pasivos del delito; también Sole Riera (lot. cit., pag. 21), cuando define la «víctima») como (t...aquei sujeto, persona física o jurídica, grupo o colectividad de personas, que padece, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito...) Varela Castro (lot. cit., pag 99) patrocina el empleo de esta acepción amplia, que comparte la Declaración de 1985, de la ONU, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso del poder. Víctimas son; según ellas, (c...las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas financieras o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscrib el abuso de Poder...), pero extiende el concepto a a...los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización...w Landrove, ((Victimología)) cit., pag. 64. Berislain critica la identificación entre víctima y sujeto pasivo, y patrocina un concepto amplio, al estilo de la Declaración de la ONU (Berislain, J.A., ((Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro)), en oLas víctimas en el proceso penal)), Consejo General del Poder Judicial & Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000, págs. 21-22.

45

Así, en caso de homicidio, víctima directa es la persona fallecida, mientras serán víctimas indirectas las personas que, por su relación familiar o de afecto, experimentan un daño moral estricto (el doloroso vacío) que produce la ausencia del difunto²².

En los casos de delitos contra bienes colectivos o difusos, la víctima adquiere perfiles difusos, que dificultan su intervención en cualquier foro, y, por supuesto, en el proceso, sin que esos colectivos indiferenciados (masas) de personas puedan identificarse con las asociaciones y entidades que actúan invocando la defensa de sus intereses como título de legitimación para obrar²³.

En el Artículo 17 del Código Procesal Penal («Quiénes tienen el carácter de víctima») se utiliza un concepto amplio de víctima, que engloba tanto a la directa como a la indirecta, a efectos de atribución de legitimación para intervenir en el procedimiento penal, como parte o sin llegar a asumir esa condición.

¹²² En ocasiones, en delitos de desapoderamiento, cuando el expoliado es un mero tenedor de la cosa que otro le encomendó, pueden surgir dudas acerca de quién es (víctima) y quien (sujeto pasivo) o (perjudicado): Bustos y Larrauri, loc. cit., pág. 17. Tienen el caso en que se sustrae a una persona la cosa que su propietario le había encomendado llevar de un punto a otro.

¹²³ Maier (loc. cit., pág. 52) escribe: ((...Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no solo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen precisamente para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos...o. El contenido que da al concepto de víctima puede ser muy funcional desde el punto de vista procesal, pero confunde la condición de (víctima) en sentido estricto con la edificación por sustitución de la víctima) y, ocasionalmente, también por coincidencia parcial con ella, cuando se forma parte del colectivo indiferenciado que constituye el sujeto pasivo del delito. Por lo demás, el círculo semántico del significante «víctima») puede ampliarse considerablemente (hasta resultar, finalmente, poco manejable), y hasta permitir un desdoblamiento de perspectiva que hata de una misma persona ((culpable)) y «víctima del mismo delito (por ejemplo, el adicto a una sustancia psicoactiva prohibida que negocia con ella para financiar su adicción): Bustos y Larrauri, loc. cit., págs. IR y ss. Distinguen, en efecto (loc. cit., pág. 45) entre a ... víctima en sentido estricto, esto es, la persona directamente afectada por el delito (dentro del cual hay que considerar al perjudicado)...n y (...víctima en el sentido amplio (testigos, delincuente, responsable civil, familiares, etc.) ...))

46

Así, en el numeral 1, se enuncia, desde luego, la víctima directa, y «... [el directamente ofendido por el delito, incluyendo el o y demás entes públicos o privados ... »; esto es, la persona, física o jurídica (pública o privada) directamente ofendida, en tanto titular del bien jurídico protegido por la comisión de conductas que infringen el ordenamiento penal.

Avila Ortiz" interpreta que se incluye en este caso al Estado, pues no cabe duda que también es titular de más de algún bien jurídico protegido, bien puede ser la propiedad, la salud de la población en los delitos que tienen relación con el tráfico de drogas, y, su seguridad interior o exterior, etc ...)). Este comentario parece alguna precisión. El Estado está legitimado para intervenir, como acusador, en el proceso penal a través del Ministerio Público, cualquiera que sea el titular (público o privado, individual o colectivo) del bien jurídico protegido, salvo que se trate de una acción perseguible exclusivamente por la víctima o requiera previa instancia de persecución de esta como requisito de procedibilidad. La intervención del Estado y demás entes públicos o privados como víctima directa en el proceso penal (hipótesis que parte del Artículo 17.1) emerge que sean titulares del concreto bien jurídico protegido por la infracción penal. Si, por ejemplo, consecuencia de un delito contra un interés personal individual (la vida, la integridad física, el patrimonio), un ente público o privado sufriese un perjuicio reflejo, carecería del punto de víctima, aunque todo fuese indirecto, salvo que pudiera bajar en el numeral 3) de este Artículo.

;) Cuando el delito es de los que están contra un interés colectivo (por ejemplo, el medio ambiente), este resulta compartido ; un conjunto indeterminado de personas, físicas o jurídicas, titular del bien jurídico -y víctima directa es esa colectividad²⁵.

I.:ot. Cit.

b25

¹⁵ Por eso, se elude a estos delitos como «delitos sin víctima», expresión que ha de entenderse «sin víctima individualizada».

47

Avila Ortiz¹²⁶ se plantea: < ... En estos casos, al darse un atentado contra uno de estos bienes, ¿A quien debe considerarse victima? Sabemos que todos los habitantes de la Republica tenemos derecho a un medio ambiente sano, y el Estado tiene el deber de velar y proteger el medio ambiente, la respuesta por tanto, no es sencilla, ya que podrian ser victimas todos los habitantes de la Republica aunque no hayan sufrido en absoluto por la infraccion cometida. Existen sin embargo, vanas organizaciones que no son sociedades que persiguen fines de lucro, ni son entes gubernamentales, pero que su finalidad principal es la de proteger estos derechos o intereses de la comunidad, como to es el medio ambiente, se trata de las ilarnadas organizaciones no gubemamentales, mas conocidas como las ONGs, estos organismos, en rru opinion, por proteger aquellos derechos y representar de alguna manera a ciertos grupos de ciudadanos, podrian considerarse como victimas de un delito de la naturaleza que se ha senalado...». La solution podria resultar criticable desde el punto de vista legal estricto. La alusion a los comuneros de un patrimonio indiviso esta'obviamente prevista en relation con bienes individualizados. La posibilidad de representation de la victima del delito por una asoclacion (admitida por el Artículo 98) exige que esta ostente esarepresentacion por otorgamiento de la victima directa. Cabría argumentar que, si todos somos cotitulares mdivisos del derecho a un bien no ndividualizable, cada persona es (co)victima directa, y, en tal caso, ostentaria legitimacion procesal penal activa, pudiendo intervenir, como parte acusadora, en el proceso, por si misma o confiriendo su representation a una de las asociaciones aludidas por el Artículo 98 antes citado.

En el numeral 2) se consideran victimas al <<...conyuge o companero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuanto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido...».

¹²⁶ Loc. tit. Obviamente, el planteamiento del problema solo tiene trascendencia desde el punto de vista de la legitimacion para intervenir en el proceso penal como parte acusadora.

48

Estas son victimas indirectas, y solo tienen el carácter de tales cuando se trate de un delito consumado de homicidio, lo que se explica -tratándose de delimitar la legitimacion procesal penal activa, esto es, la legitimacion para intervenir en el proceso penal como parte acusadora- por la imposibilidad de que la victima directa (fallecida) pueda personarse en el procedimiento¹²⁷,

Podría sorprender la mencion de los padres adoptivos, sin verse acompañada de la inclusion de los naturales, matrimoniales y extramatrimoniales.

Esta desafortunada omision no debe entenderse como consecuencia de estos familiares tan proximos, sino por entenderse, a los padres naturales englobados en el grupo de parientes por consanguinidad hasta el cuanto grado, comprensivo así de la linea directa como de la colateral.

En fin, en el numeral 3, se atribuye asimismo el concepto de victima a «... [los] socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio indiviso ...».

Como la mera comunidad de bienes no supone la afectación de aquella, las victimas directas son los comuneros que componen, cotitulares del derecho patrimonial lesionado que se encuentra en peligro. Por el contrario, cuando se trata de una sociedad, es esta la victima directa, en cuanto goce de personalidad jurídica, aunque se atribuya legitimacion procesal activa a los socios en cuanto afectados indirecta o reflejamente por la infraccion penal.

¹²⁷ Avila Ortiz, loc. cit.

49

6.2.- Los pñanos de tutela de la victima en el Derecho Penal sustantivo

6.2.1.- La apertura a la legitima defensa

La victima de una agresión actual o inminente esta legitimada para defenderse frente a ella. El Artículo 24.1 del C6digo Penal la exime de responsabilidad penal, porque su comportamiento defensivo -aunque lesione bienes del agresor- esta justificado ¹²⁸. Exige una reaction frente a una agresion ilegítima y, ademas, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. La defensa individual presupone la imposibilidad de acudir a una instancia institucional protectora¹²⁹ y la proporcionalidad entre agresión y reaction defensiva¹³⁰.

Como el dano causado en legitima defensa plena esta justificado, el causante no mcorre en responsabilidad ni penal ni taln poco civil¹³¹.

¹²⁸ En el precedente Artículo 22 se distinguen tres clases de causas de exención de responsabilidad: causas de inimputabilidad, causas de justificación y causas de inculpabilidad. Tras enumerar, en el Artículo 23, las causas de inimputabilidad, el Artículo 24 enuncia una serie de causas de exención de responsabilidad clue - aunque no se diga expresamente en el precepto- hay clue inferir clue constituyen causas de justificación.

¹²⁹ Por eso lia sido frecuente relacionar la apertura de la legitima defensa con la delegación del poder de castigar del Estado (clue asume, ciertamente, el monopolo de la violencia pero, en contraparticia, tambien el deber de proteger a las personas clue conviven dentro de sus fronteras) en la persona agredida injustificadamente.

¹³⁰ La falta de alguno de los presupuestos justificativos (salvo -segun opinión generalizada- la agresión ilegítima, clue constituye la esencia misma de la causa de justificación, sin perjuicio del efecto de una err6nea interpretaci6n de la situaci6n

por el clue responde a to clue tree equivocadamente una agresión ilegítima) hate clue el causante ilegítimo del mal responda penalmente, aunque su responsabilidad est6 atenuada (a tenor del Artículo 26. 1).

¹³¹ La legitima defensa no se encuentra mencionada entre [as hipótesis de responsabilidad civil en caso de exención de responsabilidad penal. reguladas Pot el Artículo 106 del C6digo Penal.

50

La tutela del bien juridico de la victima directa lesionado o puesto en peligro es la fuente de legitimaci6n de la intervenci6n punitiva del Estado

La antijuridicidad como elemento estructural del concepto de delito, deriva de la lesi6n o puesta en peligro de un bien juridico (individualizado o colectivo o difuso) por la conducta de una persona³². El ideal del *pexcho Penal* minimo aspira a reservar la respuesta penal para los supuestos de ataque mas intolerable a bienes juridicos y valores wMiderados fundamentales para la construction y el mantenimiento ,&una convivencia social justay pacifica.

La tutela de la victima_ a deriva de la trascendencia del reconocimiento de sus bienes y derechos como parte esencial de la ganizacion de ese ideal de convivencia social.

El maximo grado de condicionamiento del poder punitivo del o por la protection del derecho de la victima se pone de esto en los casos de disponibilidad absoluta o relativa de ella directamente sobre la responsabilidad penal del *blé*¹³³ o sobre el proceso penal imprescindible para la sici6n de la pena correspondiente a la infraccion penal 114

⁷ Estfl muy extendida la perspectiva denominada *de la re lay la except;A-»:* se &tipifica una conducta porque -por regla general- lesiona o pone en peligro un bien **uridico:** pero, excepcionalmente, la conducta tipica puede encontrarse justificada, **por** concurrir alguna causa legitimadora establecida legalmente.

l'// Así Ocurre cuando el perd6n expreso del ofendido, o de quien tenga su ^T representaci6n legal en los delitos perseguibles solamente a virtud de querrela o denuncia del agraviado, extingue la responsabilidad penal (.=Articulo 96.5 del C6digo Penal). La ausencia de perd6n funciona, en estos casos, como una eOndici6n de procedibilidad. El proceso iniciado (tras cumplirse el requisito de Presentaci6n de cluerella o denuncia) subsistirA s6lo en cuanto no medie el perd6n de persona legitimada para ello. Ese perd6n, clue extingue la responsabilidad Penal, extingue la action penal (Articulo 42.1 del C6digo Procesal Penal), Qrovocando la conclusi6n del proceso de cognici6n sin condena o el proceso de 434 djecucion de la pens ya impuesta por sentencia firme.

C+osos de acciones p6blicas dependientes de instancia particular (Articulo 26 del ~de dicho Codigo)' n're aei6n con **el** Artículo 96.5^a del C6digo^a Penal, en relaci6n con el 42.1 del Procesal Penal.

51

6.2.3.- La influencia de la reparación del dano causado a la victima en la responsabilidad penal por delito o falta

6.2.3.1.-La responsabilidad civil derivada de la infracción penal

El ambito de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal en el Derecho hondureño

El concepto de infracción penal («delito»), en su acepción amplia) se construye sobre la base de la descripción abstracta de una conducta humana que se prohíbe, conminando con una pena su realización. El comportamiento prohibido (en principio, y a menos que, excepcionalmente, concorra alguna causa de justificación que lo legitime) constituye un ilícito. De ese ilícito - doloso o culposo- puede nacer un crédito (y la correspondiente deuda) por la reparación (en sentido amplio) de los daños y perjuicios producidos. Como ese crédito y esa deuda no tienen su origen en un contrato (en cuanto convenio entre las partes) o en un hecho asimilable (cuasicontrato), la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito se denomina < extracontractual > 135.

En el Artículo 1346 del Código Civil, al enumerar las fuentes de las obligaciones, se incluyen, junto a la ley, al contrato y al cuasicontrato, <<...los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia ...>>

Una lectura apresurada de este precepto conduciría a identificar los primeros (actos u omisiones ilícitos) con las

135
vease, por ejemplo, Pintos Ager, J., «Baremos, Seguros y Derecho de Daños», Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid & Civitas, Madrid, 2000, págs. 137 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M., «Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)», Dykinson. S.L., Madrid, 1997.

52

conductas intencionadamente causantes del dano, frente a las que se producen solo por imprudencia o negligencia.

Esta conclusión queda desmentida al interpretar el Artículo 1346 en relación con los 1349 y 1350. Esta interpretación sistemática es la que el hecho ilícito extracontractual puede consistir en:

Un acto (doloso o culposo) constitutivo de delito o falta; o

Un acto penalmente irrelevante, pero ilícito.

Al primero se refiere el Artículo 1349, reenviando -en cuanto a la regulación- a lo establecido en el Código Penal.



En cambio, la responsabilidad civil derivada de <<...actos u omisiones en que intervengan culpa o negligencia no penadas por la Ley...>>, se regula -de acuerdo con el Artículo 1350 del Código Civil- por las disposiciones correspondientes del Código Civil. Aun cuando el tenor literal del precepto solo se refiera a conductas culposas, habrá que entender, a mayor abundamiento, ensvas las normas que imponen la responsabilidad civil por reparación de daños injustificados a los causados intencionadamente, cuando no constituyan infracción penal.

La responsabilidad civil extracontractual se rige por un principio general proclamado por el Artículo 2236 del Código Yil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, teniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Coincide, a la letra, con el Artículo 1902 del Código Civil español, y ambos encuentran su antecedente próximo en el 1392 del francés¹³⁶. Todos ellos, a su vez, son expresiones de

M Todo acto de una persona que, incurriendo en falta, haya causado un daño a otro, obliga a su autor a repararlo ((Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer)). La responsabilidad surge no solo cuando el daño haya sido causado intencionalmente, sino también por culpa, imprudencia o descuido; así lo dispone el siguiente artículo 1383: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence»

53

Jesús Fernández Entralgo

uno de los tres *praecepta iuris* que sirvieron de cimiento al colosal edificio del Derecho Romano y que prohibía causar injustificadamente daño a otro: *alterum non laedere* (Ulpiano, D., 1, 10, 1, 1).

Puig Brutau escribió, hace decenios, que, al Artículo 1902 del Código Civil español se puede aplicar lo que Lavison afirmó un día de su equivalente francés: suena a manifiesto (o ... *reads like a manifesto*...)>; entendiéndose que no es «... una regla estricta, pues no atribuye una consecuencia precisamente detallada a un supuesto que también se halla previsto con detalle, sino que se limita a señalar un punto de partida para el razonamiento que habrá de decidir si un caso determinado queda dentro del ámbito normativo del precepto...»¹³⁷. En el caso del Artículo 2236, antes transcrito, las normas de desarrollo son los artículos 2237 a 2343, salvo -se insiste- en caso de que el hecho lesivo constituya delito o falta, en cuyo caso, entonces, en juego, los artículos 105 y siguientes del Código Penal.

Establece, el primero de ellos, que «... [todo] aquel que incurre en responsabilidad penal por un delito o falta, es también civilmente...». En realidad, no toda infracción penal genera responsabilidad civil, sino, obviamente, solo aquella que causa daños o perjuicios».

El ámbito de la responsabilidad civil por delito o falta es muy amplio, y tiende, cabalmente, a conseguir el ideal de resarcimiento íntegro de los perjuicios causados a la víctima (y a cualquier otro perjudicado).

137

138

Puig Brutau, J., (Fundamentos de Derecho Civil), 11-2º, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 661; la cita de Lawson, F.H. corresponde a su (Negligence in the Civil Law*. Oxford, 1950, pág. 29). El Artículo 19 del anterior Código Penal español adolecía de esta misma imprecisión. El Artículo 109.1 del vigente, de 1995, está redactado más correctamente: ((La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados...))

Pág 54

Comprende, de acuerdo con el Artículo 107 del Código Penal:

a) La restitución de la cosa [cuando se ha producido su desapoderamiento], siempre que sea posible¹³⁹. Si la cosa restituida presenta daños o menoscabos, deberán repararse, por imperativo del Artículo 108. La reparación del daño moral por desapoderamiento no procede en caso de restitución de la cosa, como se desprende de la restitución que establece el Artículo 109 en relación con el denominado «valor de afectación», que es, en realidad, una modalidad de daño moral. Además, habrán de indemnizarse cualesquiera otros perjuicios (económicos, dada la limitación ya mencionada en caso de restitución) ocasionados por la privación temporal de la cosa, a tenor del Artículo 111.

b) La reparación del daño comprende tanto el material como el moral.

b.1) La reparación del daño material procede, a la vista del tenor literal del Artículo 109,

b.1.1) En caso de imposibilidad de restitución de la cosa;

b.1.2) En caso de destrucción de la cosa afectada por el hecho punible; y

b.1.3) En caso de causación de daños materiales, sin destrucción de la cosa afectada.

b.2) La reparación del daño material consistirá:

b.2.1) En el equivalente económico de la cosa destruida o de imposible restitución; o

_____ b.2.2) En el importe de la reparación del daño material; y ~rv No to serf, si ha sido adquirida per un tercero en condiciones tales que resulte irreivindicable de el, come excepciona el ultimo incise del , rticulo 108.

55

b.2.3) f~n la cuantía que se fije coma compensación del Llenominado «valor de afección>>, en realidad, una -fnodalidad de daño moral¹⁴.

b.3) La reparación¹⁴¹ del daño moral -a la vista del tenor literal del Artículo 110 del Código Penal- parece limitada al causado a la «...honra, dignidad, honestidad o a... [otroy] intereses de orden moral ...». La literalidad del precepto puede dificultar la reparación del denominado «daño biológico>> o « fisiológico>>, consistente en el menoscabo que el hecho punible produce en la integridad corporal o en la salud psicofísica de una persona, así coma la pérdida consiguiente de su calidad de vida¹⁴² .

¹⁴⁰
Valor sentimefrtal del objeto para el agraviado: Córdoba Roda, J., en Córdoba Roda, J., Rocifrguez Mourullo, G., Del Toro Marzal, A. y Casaba Ruiz, J.R. "Comentarios al Código Penal», Ariel, Barcelona, 1972, pag. 577, la allicción que el sujeto pasivo del delito experimenta al comprobar el detrimento que el bien de su apfeero sufrió coma consecuencia de aquél: Arias Rodríguez, J.M., en «Código Penal Comentadou. Akal, Madrid, 1990, pag. 264.
Suele utilizorse el término (compensación) -en lugar de ureparaciónu, indentnizacio^{0>} o «resarcimiento»- a propósito del daño moral en sentido amplio, porque no es posible fjar objetivamente, en estos casos, el equivalente económico del daño causado, al faltar el punto de referencia que constituye el precio, porque los bienes de la personalidad no son susceptibles de negociación en mercado. La variabilidad y consiguiente dosis de inseguridad que supone la cuantdracron judicial de esa compensación ha estimulado la baremación legal de esa compensación. En la bibliografía especializada se distinguen varios tipos de esa calidad de vida coma concepto general y mas comprensivo, hasta hablarse de una «inflación» del concepto de daño personal; así, Junta al perjuicio consistente en la pérdida o disminución de la capacidad de dsfrutar de la vida (lo que en la bibliografía francesa se conoce comp oprejudice d'ag~ment¹) se mencionan el «perjuicio sexual), el uirtlantilu o « juvenib o la reducción de la «expectativa de vidav. A título de ejemplo de obras sobre el daño corporal en lenpa española, cabe citar: Angel Yagüez, R. de, «Tratado de responsabilidad civil», Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, 1993; Azpeitia, G.A., Lozada, E. Y Moldes A.J.A., «El daño a las personas. Sistemas de reparación Doctrina y Jurisprudencia», Editorial AbaoO de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998; Díez-Picazo, L., «Derecho de daños», Madrid, Civitas, 1999; Fernández Entralgo, J., oValoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor, en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Martial Pons, Madrid, 1997; Iribarne, H.P., ((De los daños a la persona)), Sociedad Anónima Editora, Comereral"ndustrial y Financiera, Buenos Aires, 1995; Medina Crespo, M., «La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/ 95)), DykirIS OA Madrid, 1997; Vicente Domingo, E., «Los daños corporales: tipología y valoración», Barcelona, Bosch, 1994.

56

4) La indemnización de perjuicios.

De acuerdo con el Artículo I 1 I del Código Penal comprende, desde el punto de vista personal,

b.4.1) Los causados al ofendido, esto es, al titular del bien jurídico tutelado mediante la tipificación de la conducta prohibida coma infracción penal; y

b.4.2) Los producidos a una persona de la familia del ofendido o a un tercero¹⁴¹ . Sera precise, en todo case, probar la

relación de causalidad (o, mas correctamente, de imputación objetiva) entre el hecho punible y el perjuicio ¹⁴⁴, ^{v.Xs. el denominado daño «per rebate» o ((par carambola» o «indirecto», traducción M. odavoye par r'c'phel)), o ((r'g'Jtechis)), en la terminología francesa (Lambert-Faivre, Y., adroit du dommage corporel. Systemes d'indemnisation, Dalloz, Paris, 1996, pag. 260). utilizada igualmente por especialistas de lengua española: F. ... cente, Joe. tit., pags. 211-SS; De Angel, lot. tit., pag. 83; Iribarne, lot. tit., gs. 431 y ss. y 611 y ss.}

etttiale6n Prieto IPantale6n. F., ((Causalidad e imputación objetiva: criterios de 6iputación)), en Asociación de Profesores de Derecho Civil, aCentenario del 6digo Civil (1889-1989)), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 990, 11, pags. 1.561 y ss.; y Comentario al Artículo 1.902, en Paz-Ayes odríguez, C., Díez-Picazo Pence de Le6n, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch; (CComentario del Código Civil)), II, Ministerio de Justicia, Secretaria General 6Cnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, gags. 1971 .y ss.J ha trasladado imbito de la responsabilidad civil extracontractual el criteria de imputación etiva acunado inicialmente en el penal. El juicio de causalidad material se rIda en el «experimento mental» consistente en suprimir hipotéticamente el «o enjuiciado, y ponderar si; en tai case, no se habria producido el daño- La 4Mputación objetiva requiere algo mas: la posibilidad de poner a cuenta de aquel ,Acto el resultado perjudicial. Para ello se utilizan una pluralidad de criterios: a) el ' 'criterio de exclusion par riesgo general de la vida: ((...No son imputables '4bjetivamente aquellos daños que sean realization de riesgos habituales ligados a f'l'h'existencia natural del danado...)); b) el criteria de la prohibición de regreso: - ' «-No imputable

es objetivamente el dano cuando, en el

proceso causal danoso,

iertamente puesto en marcha per el demandado, se ha incardinado ~Irrevenida mente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero, o que dicha conducta se hays visto sign ificativamente favorecida par la ttiación del demandado o, con mas claridad, sea una de aquellos que la nomta de idado infringida terra la finalidad de prevenir...v; c) el criteria de la provoca<ión:

57

Jesus Ferndndez Entralgo

Desde el punt° de vista material, el contenido de la deuda indemnizatoria de los perjuicios coincide, por imperativo del Artículo 111, con el de la deuda de reparación. Comprende pues, tanto los perjuicios materiales como los morales, y rígen para estos ultimos, las mismas limitaciones estudiadas a propósito de la reparación de danos.

Los mecanismos colectivos de cobertura de la victima

a)

El seguro de suscripción obligatoria.

Uno de los mecanismos que hacen posible la reparación de la victima, previendo la insolvencia (total o parcial) del responsable personal, o el desconocimiento de la identidad del infractor, consiste en la imposición legal de suscribir un

c<...Una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en on accidente de trafco sufrido en persecución de un delincuente o de un danante que huia del lugar de los hechos. Los danos derivados de tales lesiones serin objetivamente imputables a quien hula, siempre que pueda estimarse que la persecución fue "provocada" por el, en el sentido de poder considerarse una conducts no irrazonable, atendida la condición del perseguidor ... y tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cab° en ese momento y manera, y las probabilidades de exit° de la misma...o «...El danado asume el riesgo del que fnalmente resulta victima... en so intent° de salvar su vida, integridad fisica o bienes, o la vida, integridad fisica o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aqui habra que afirmar la imputación objetiva del dano...» ; d) el criterio del incremento de riesgo: No habra existido... incremento de riesgo y, por ende, no cabri imputar objetivamente el resultado, cuando se constate con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que un resultado sustancialment° identico al acaecido se habria producido tambien, de habrr obrado el danante diligentemente...»; e) el criterio del tin de protección de la norma fundamentadorª de la responsabilidad: a ... No pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos danosos que caigan fuera del ambit° o finalidad de protección de la norms sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado...»; y t) el criterio de la adecuación: c...No cabe imputar objetivamente un concreto evento danos° a la conducts causante del mismo, cuando la producción de dicho O'ento habria sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observad^{or} experimentado que, contando ademas, en su caso, con los especiales conocimre^{ntos} del danante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el moment° en que el danante se dispuso a realizar la conducts que desemboc6 en el event° danos° de cuya imputación se trata...»

58

seguro de responsabilidad civil que garantice, al menos, la percepcción de unos minimos indemnizatorios.

El seguro de suscripción obligatona suele operar en ambitos especificos de nesgo, como el automovilistico, la Gaza, el transporte aeronautic° o la energia nuclear, por citar ejemplos tópicos.

Este sistema de aseguramiento forzoso (cuyo incurnplimiento es sancionado administrativa e incluso penalmente¹⁴¹) se completa con la organización de fondos publicos que sirvan de respaldo económico para el caso de ausencia de concertación del seguro obligatorio en un caso concreto.

Los planes de ayuda publica a la victima.

En los paises del area anglosajona surgi6, por primera vez, la idea de que deberian arbitrarse mecanismos públcos institucionalizados de reparación a las victimas de los delitos. Vivimos en una *sociedad de riesgos* (*oRisikogesellschaft*): en expresiva caracterización de Beck¹⁴²), y es razonable que se imponga la reparación publica de los danos generados por aquellos peligros que los aparatos estatales de control no han silo capaces de conjurar.

La idea, lanzada tempranamente (en 1957) en un Artículo de lesa Margery Fry ¹⁴⁷, cal6, primero, en Nueva Zelanda, e se aprob6, en 1963, la «*Criminal Injuries Compensation Act*» (1963); y, al ano siguiente, en Inglaterra, donde vio la luz el «*Criminal vies Compensation Scheme*»). En 1968, se aprob6 la «*Criminal Injuries to Persons Compensation Act*»), para da del Norte.

1 Artioulo 636 del C6digo Penal espanol castiga este incumplimiento como c^oita.

En America, en 1965, California y Nueva York aprobaron sistemas similares, conocidos asimismo en Canada y Australia

En el ambito juridico germanico, destacan la Ley austriaca de prestaci6n de auxilios por delito (*oMerbrechen_s_Hilfeleistz/ngsgesetz>>*), de 1972, y la alemana de indemnizaci6n a victimas de delitos violentos (*«Gesetz Tiber die Enischddiguil_g f i i z - Opfer von Getivalentaten>>*), de 1976¹⁴¹.

Estos sistemas asistenciales no se confunden con la indemniza_ ci6n propiamente dicha, responsabilidad del causante del dano injusto, sino que la sustituyen (cuando no es posible hacerla efectiva, en todo o en parte, por insolvencia, total o parcial, o desconocimiento de la identidad del responsable) o anticipan. Encaja, mds bien, en el marco, cada vez mas amplio, de protecci6n p6blica contra el infortunio, cualquiera que sea su origen, aunque siempre se trate de conectar con alguna clase de riesgo cuyas consecuencias no sea razonable descargar (al menos en su totalidad) sobre la victima y con alg6n grado de funcionamiento irregular o insuficiente del Estado o de una Administraci6n P6blica.

La justificaci6n de estos mecanismos de reparaci6n p6blica se argumenta -resume Tamarit y Sumalla¹⁴⁹ - de diversas maneras. Se alude al fracaso del Estado en su funci6n de garante de la seguridad de quienes viven dentro de sus fronteras, tras haber asumido, aquel, el monopolio del poder punitivo, vedado -salvo

¹⁴⁸
¹⁴⁹ «La reparaci6n ...) Cit., pags. 25 y ss.

En Espana, la preocupaci6n por asegurar la reparaci6n de las victimas de delitos ha determinado la organizaci6n de Ayudas p6blicas, distinguiendose un tratamiento generico respecto de las victimas de delitos violentos, en general (Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Victimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual), y otro, especifico para las victimas de los delitos terroristas (Ley Organica 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, desarrollada por el Real Decreto numero 336/1986, de 24 de enero; Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre; Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio; y Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las victimas del terrorismo).

Tones contadas- a los simples particulares (una idea muy Fry 150), o a la ineficacia de las previsiones estatales onales de reparaci6n a las victimas¹⁵¹. Se alude

adamentamente al principio de solidaridad entre los miembros de ciudad en que se produce el hecho delictivo danoso¹⁵², o a gencias del Estado social de Derecho¹⁵³; o se sugiere la igualdad preventiva de semejantes mecanismos p6blicos catorios y hasta la propia parte de responsabilidad de la

edad en la criminogenesis¹⁵⁴. Sin embargo, la existencia de ;jdas de reparaci6n p6blica de los efectos nocivos del delito ede, como ya se ha advertido, servir ni como vehiculo de Mensaje antipedag6gico de indiferencia del causante hacia su fir de resarcir (con un consiguiente descenso de los niveles oguridad colectiva, tan destacado, en otro contexto, por tale6n Prieto¹⁵⁵) ni derivar en una repercusi6n, sobre los upuestos P6blicos, de costes que deben ser soportados, rdialmente, por el causante del dano. Por eso se preven mos para conseguir el reembolso de los pagos oficiales.

Por to dernas, la cobertura que proporcionan estas asistencias icas es doblemente incompleta: porque s6lo contempla ados danos (o sus consecuencias) y porque solo incluye ederivan de hechos delictivos dolosos especialmente graves.

I;oe. cit.; pero tambien Zipf, H., ((Die Bedeutung der Viktimologie fur die trafeschtspflege)), Kriminalpolitik, Karlsruhe, 1973, pag. 122

tntraud, U. «Staatliche Entschtdigung for Opfer von Gewalttaten in britanien and der Bundesrepublik Deutschland», Baden-Baden, 1980, pags. 23

Pt3ani, M., ((Per le vittime del recto)), en gRivista Italiana de Diritto e Procedura Penile)), 1989; I, prig. 468

SVeintraud, loc. cit., pags. 24-29

Casarioli, G., ((La riparazione pubblica alle vittime del recto fra solidariti sociale Politiea criminale>>, en (Indice Penale)) 24, 1990, pags. 324-325

Pantale6n, F., aSobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoracion de os personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulaci6n Vehiculos de Motor)), « Actualidad Juridica Aranzadi», VI, 1996, 245, pags. 1 / 188.

6.2.3.2.- La reparación de la víctima como presupuesto condicionante de la aplicación del principio de oportunidad y de la suspensión condicional de la persecución

La aplicación del principio de oportunidad legalmente reglada, en los casos prevenidos por el Artículo 28 del Código Procesal Penal, esta condicionada, esta subordinada -por disposición del Artículo 29.2- a que «... [se] haya reparado el daño causado o logrado acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación ...»; acuerdo cuyo quebrantamiento supondrá que el archivo «...quede sin efecto...», y el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal, si no hubiese transcurrido el plazo de prescripción (Artículo 31 del citado Código Procesal).

Un régimen semejante se establece en los artículos 36.3 y 38.2) del Código Procesal Penal sobre suspensión condicional de la persecución penal.

6.2.3.3.-El comportamiento reparador del responsable penal y la determinación de la pena: la circunstancia atenuante por arrepentimiento espontáneo

Es opinión generalizada entre los expertos que la determinación de la pena, en un sistema penal propio de un moderno Estado democrático de Derecho, ha de hacerse, ante todo, desde un doble punto de vista. Han de tenerse en cuenta, en primer lugar, dos factores objetivos: la importancia del bien jurídico protegido (desde la perspectiva de su relevancia para la organización de la convivencia social) y la gravedad del ataque que representa el comportamiento que lo lesiona o lo pone en peligro.

62

Pero la imposición de una pena sólo será legítima cuando la persona que lleva a cabo el comportamiento prohibido lo haya hecho intencionada o imprudentemente.

Los Códigos Penales proclaman expresamente que sólo figuran como delitos los hechos dolosos y, cuando así se expresa, los culpables. En el Código Penal alemán no hay un precepto equivalente, pero se infiere el principio de su Artículo 13. Los delitos sólo pueden ser dolosos o culpables, y, estos últimos, sólo «...en los casos determinados por la Ley...»¹⁵⁷

Esto es, del mismo modo que no hay delito ni falta sino cuando el hecho y su resultado pueden ser objetivamente puestos a cargo de quien realizó la primera, y causó materialmente el daño, es necesario que se acredite, además de esa imputación objetiva, una suerte de imputación subjetiva que sólo se da o, alternativamente, la persona autora del hecho ha ido dolosamente o, al menos, de forma imprudente.

En consecuencia, esta fórmula de compromiso que trata de superar la polémica suscitada en torno al lema *non est poena sine culpabilitate*, evitando la discusión, en modo alguno cerrada, el concepto mismo de culpabilidad que, para un sector desdenado de penalistas, está demasiado transido de ideas morales.

Precisamente este rechazo de cualquier planteamiento utilitarista hizo volver los ojos hacia las perspectivas utilitaristas

Así lo dispone el Artículo 15 del Código Penal alemán, que transcribe de modo prácticamente literal el 13 del portugués. El Artículo 5 del Código Penal español afirma tajantemente: «... No hay pena sin dolo o imprudencia. ...».

Lo completa el Artículo 21: «(No hay delito si, con ocasión de realizar un acto lícito con la debida diligencia, el autor causa un mal por mero accidente...».

63

Entraigo

en bogs desde finales del siglo XVIII, y muy smgularmente hacia; la nunca olvidada figure de Jeremy Bentham^{Sx}. Esta mirada retrospective confiére una importancia destacada a la funcion preventiva de la amenaza penal y de la imposition de la pena. Coinciden en ello comentés de pensamiento tan distintas corm un cierto desencantado izquierdismo penal y los fieles del «*Andlisis Economico del Derecho*», que hicieron de la disuasion (*deterrence*) la clave de boveda de su explication legitimadora del sistema penal

La amenaza de castigo contenida en la norma penal, a nivel macroscopico y en el piano de la *criminalizacion primaria* cumple una funcion de disuasi6n general o colectiva; y su cumplimiento (ahora, en el piano de la *criminalizacion secundaria*) desempeña, a la vez, otra (de *prevention general positive*), simbohca de la efectiva vigencia del subsistema normlativo.

Desde un punto de vista individual o personal, aquella amenaza funciona tambien come, factor inhibitorio del impulse, delictivo. Los analistas economicos del Derecho dirian que el delincuente potential se comporta, sopesando las ventajas que le proporcionaria la ejecuci6n de su idea criminal y los inconvenientes que representaria el eventual cumplimiento de una pena (ponderando no solo la gravedad objetiva de esta, sino l probabilidad del descubrimiento del hecho y de su autoria, y de su enjuiciamiento y condena), del mismo modo que cualquier

158

Seria imposible tratar de sintelizar en una nota la copiosisima bibliografia sobre esta materia. Un resumen de la perspective preventiva del Derecho Penal puede consultarse en Garcia-Pablos, lot. tit.; 80 y ss. Results muy interesante la consults de los siguientes trabajos, contenidos en el nnmero 0 de ((Poder y Control)) (1986): Ferrajoli, L., ((El Derecho Penal minimo)) (pigs. 25 y ss.); Mir Puig, S., ((Funci6n fundamentadora y funci6n limitada ora de la prevention general positive)) (pigs. 49 y ss.); Wolf, P., uEsplendor y miseria de las teorias preventives de la pena» (pigs. 59 y ss.); Baratta, R., aVejas y nuevas estrategias en la legitimaci6n del derecho penal» (pigs. 77 y ss.); Hassemer, W., ((Preveni6n en el derecho penal) (pigs. 93 y ss.); Hulsman, L.C., c(La crimin ologia critics y el concepto del delito)) (pigs. 119); y, por supuesto, la obra de Ferrajoli, L., ((Derecho y raz6n)) ya citada.

64

«consumidor que planes la adquisicion de un electrodomestico de *lif?ca Manta* o un automovil'S⁹.

.Aunque cuando el trasplante de esta optics microeconomicas *///* pueda hacerse con el desenfado que ha caracterizado a los cultivadores del *Andlisis Economico del Derecho*, la comparacion es enormemente expresiva.

l.a imposition de la pena subsiguiente al juicio de culpabilidad (en su sentido mss moralmente neutro) produce un efecto disuasorio individualizado sobre el penado; efecto que se vine, denominando de *prevention especial*.

Y para calcular, desde este punto de vista, la concrete intensidad del castigo que debia imponerse a ese *culpable*, se vino atendiendo a su actitud, antes, durante y despues de delinquir. El castigo estaria en funcion de la insociabilidad de la persona delincuente, de su desvinculacion del *contrato social* (en el sentido en que la Sociologia contempordnea atribuye a esta expresivn), de su indiferencia hacia los bienes tutelados mediante la amenaza penal, y respecto de la escala de valores y el modelo de convivencia democratica.

Por todo ello, tradicionalmente, la comprobali6n de unaactitud Positive de la persona condenada comp culpable de la infracci6n penal Justificaba la imposition de una penamds suave, dentro de los mdgenes legates establecidos previamente. En temtzos terapeuticos (tantas veces utilizados Por los penahstas), el *efecto medicinal* de la pena quedaba razonablemente garantizado, en estos trios, a dosis punitivas reducidas¹⁰.

1-9

La conciliacion

65

Vease, edemas de la bibliografia citada con anterioridad, Montero Soler, A. Y Torres Lopez, J., « La economia del delito y de Ins penas. Un analisis critico», Cornares. Granada, 1998

Alastuey- Dobon hate notar clue la pena se establece, inicialmente, en funci6n de la S-avedad del injusto y de la intensidad de la culpabilidad, pero el comportamiento postdefectivo del culpable, cuando es indiciario de una actitud favorable a su readaptaci6n a las exigencias de la convivencia arreglada a Derecho, -puede tenerse en cuenta a la horn de la individualization de la pena y de la opci6n por la aplicacion de substitutivos de aquella: Alastuey Dobon, M.C., aLa reparacion a la victims en el marco de las "anciores penales». Tirant to blanch, Valencia, 2000, pigs. 452-455

65

El Artículo 26 del Código Penal enuncia, en su numeral ; , comp circunstancia atenuante, « ... [haber] procurado el culpable, con medios eficaces, reparar el mal causado o impedir sus perniciosas consecuencias. ... » .

Esta causa de atenuación tiene en cuenta la actitud del culpable hacia su víctima. Se diferencia, pues, de las descritas en los números 8 (« ...SI pudiendo el reo eludir la acción de la Justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad competente... ») y 9 (« ... no haber en el proceso otra prueba directa que la confesión del procesado...»), que atienden a la colaboración activa del culpable con los aparatos policial y judicial de investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales, aunque también pueda repercutir positivamente en la satisfacción de los intereses de la víctima.¹⁶¹

Se justifica la reducción de penas -argumentos sugestivamente Tamarit Sumalla¹⁶²- «...en primer lugar porque, en términos estrictamente pragmáticos, se hace necesario ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar cumplimiento a un interés general en que sea satisfecha la víctima (interés que se extiende a todos los ciudadanos, como víctimas potenciales de futuros delitos) ...; y, en segundo lugar, también por motivos preventivos, dado que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un indicio de su predisposición a una regeneración que disminuya la peligrosidad...»

En Derecho español, este desdoblamiento no se produce -con las excepciones de los Códigos de 1882 y, sobre todo, de 1928- hasta el vigente Código Penal de 1995 (Artículo 21 [4' y 5']). Las dos circunstancias transcritas -explica Rodríguez Mourullo (en Rodríguez Mourullo, G. [director] y Jorge Barreiro, A. [coordinador] «Comentarios al Código Penal», Civitas, Madrid, 1997, pág. 115- consisten en «...comportamientos postdelictivos, que se benefician con la atenuación por obvias razones utilitarias de política criminal: se trata de conseguir que el autor colabore con la Justicia, facilitando con su confesión el esclarecimiento de los hechos, o bien que repare el daño causado a la víctima o disminuya sus efectos...»¹¹

¹⁶² Tamarit i Sumalla, J-M-, « La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio crítico de las nuevas tendencias político-criminales»). Justicia i Societat, 11, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993, págs. 52-53

66

Lo importante es el intento de reparación utilizando medios eficaces¹⁶³. La eficacia es la idoneidad para producir la reparación, aunque ésta no se consiga en su integridad. Cabe, pues, la mera reparación parcial atenuatoria; e incluso que el esfuerzo desplegado por el culpable no haya tenido éxito en absoluto; lo importante es que haya hecho cuanto estuviese en su mano para proceder a la reparación. No bastan, eso sí, las puras protestas de buena voluntad reparadora, si no se traducen en hechos.

De este modo, la perspectiva reparadora no impide la consideración de la actitud personal de aquél. Esta combinación de criterios es compartida por otras legislaciones¹⁶⁴.

No se establece -como en algunas legislaciones (la española, la italiana)- un tope cronológico para la realización de esta reparación atenuatoria, aunque la conclusión del juicio en primera instancia por sentencia impedirá la apreciación de la circunstancia, aunque

¹⁶³

Silva Sánchez (loc. cit., págs. 201-202) pone de relieve la diferente perspectiva del Derecho Civil de Danos (o de la Responsabilidad Civil Extracontractual) y del Derecho Penal: «...El planteamiento civilista no puede sino centrarse en el resultado de efectiva reparación: pleno restablecimiento del *status quo* patrimonial. Desde el punto de vista del Derecho penal, en cambio, tan relevante -o más- que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en cuando en el mismo se expresen los elementos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma...); y añade esta advertencia: «...Incluso, desde la misma perspectiva [penal], podrían existir casos en que, dada una reparación efectiva del daño, existieran dudas acerca de que convegan los elementos de resocialización y aceptación de la norma, en cuyo caso cabría asimismo discutir lo adecuado de atribuirle relevancia jurídico-penal ...»

¹⁶⁴ A título de ejemplo, el Artículo 72.2 del Código Penal portugués incluye entre las causas de atenuación especial de la pena a) (...haber realizado actos demostrativos de sincero arrepentimiento del agente, y singularmente la reparación de los daños causados hasta donde le haya sido posible...); b) En Italia se llega a conclusiones coincidentes al aplicar la atenuante, contenida en el inciso final del apartado 2 del Artículo 62 de su Código Penal, y consistente en que el culpable o...antes del juicio ... se haya ocupado, espontánea y eficazmente, de eliminar o atenuar las consecuencias -s dañosas o peligrosas del delito...». Tras su modificación, en 1994, el Artículo 46 del Código Penal alemán (epigrafiado « conciliación entre autor y víctima, reparación del daño». cabe una atenuación postestativa de la pena, que se convierte en exclusión de las penas menos graves (menos de un año de privación de libertad o 360 días multa), cuando se d alguno de estos presupuestos: que el autor repare totalmente, o en su mayor parte, el daño causado, o lo pretenda seriamente, en un intento de lograr una conciliación con la víctima; o que la indemnice totalmente o en su mayor parte, si la reparación del daño le ha supuesto prestaciones personales importantes o una renuncia igualmente relevante a un derecho.

67

no, por supuesto, su toma en cuenta a efectos de concesión de la libertad condicional, a tenor del Artículo 76 del Código Penal.

Aunque el tenor literal del precepto sugiere un comportamiento personal del culpable, la conducta directamente reparadora puede no ser ejecutada personalmente por el culpable, sino por un tercero, pero siempre será preciso, para que se produzca el efecto atenuante, que haya sido el mismo sujeto agente quien ha decidido y encargado a terceros la actividad tendente a reparar o a facilitar la persecución del delito ante la imposibilidad de llevarla a cabo personalmente. Del tenor literal del precepto, no se desprende limitación de la aplicación de la circunstancia a los delitos dolosos. Podrá, pues, apreciarse, en caso de delito imprudente.

6.2.3.4.-La reparación de la víctima como presupuesto condicionante de la obtención de beneficios en la fase de ejecución de la pena

a)

La suspensión condicional de la ejecución de la pena.

No se exige, a diferencia de otros Derechos, que el condenado haya satisfecho o intentado satisfacer sus responsabilidades civiles (que, por cierto, quedaran subsistentes pese a la concesión del beneficio, de acuerdo con el inciso final del Artículo 72 del Código Penal), aunque el órgano judicial pueda tomar en cuenta la indiferencia del condenado hacia el cumplimiento de aquellas responsabilidades como un factor negativo del pronóstico de comportamiento futuro a que se refiere el Artículo 70.3.

b) La libertad condicional.

Si se exige, para que el juzgador en primera instancia pueda conceder la libertad al reo en quien concurren los requisitos

68

que establece el Artículo 76 del Código Penal, la condición que enuncia su numeral 3), a saber: «... [que el reo] ...haya restituido la cosa y reparado el dano en los casos de delitos Contra la propiedad y cumplido las demás obligaciones civiles, derivadas del delito, o demuestre su incapacidad económica para satisfacer las últimas...»

Aunque habría sido deseable que se previera expresamente, antes de conceder el beneficio, a pesar de no encontrarse íntegramente reparada la víctima, en consideración a la insolvencia culpable, el órgano judicial debería valorar si aquél (esta en función de ofrecer un programa de reparación fraccionada flexiblemente acordada con la víctima) a plazo y cuota económica variables en función de sus posibilidades. La concesión del beneficio se subordinaría al cumplimiento del programa, revocándose en caso de incumplimiento, aunque, dada la norma expresa, esta solución, construida por analogía como prescrito por los artículos 29.2 y 31 del Código Procesal Penal, podría plantear difíciles problemas de legalidad.

69

LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PROCESAL PENAL

Jesus Fernández Entralgo

La transformación del delito, de conflicto entre una persona con otra u otras, o con la comunidad en la que vive en un problema entre el infractor y el Estado (per se que este se presente como defensor de los intereses de la sociedad¹⁶⁶), que asume el monopolio del castigo, encuentra su esperable correlato en la concepción del proceso como enfrentamiento entre la representación del Estado y la persona frente a la que se pretende, del órgano jurisdiccional¹⁶⁷, la imposición de una pena por la infracción cometida.

... El *estatismo* de la función de juzgar -escnbe Varela Castroes una consecuencia del monopolio de la función penal, que lleva a impedir la aplicación de la consecuencia jurídica a través de la composición privada, sin intervención en el conflicto de órganos estatales y del modo procesal que ésta ha de adoptar.

166 La ambivalencia del papel del Estado ya se percibe en este terrible fragmento de Rousseau («El Contrato Social»), Aguilar, Madrid-Buenos Aires-México, 1965, pág. 91), en el que justifica la pena de muerte: «... Todo malhechor, que ataca el derecho social, se convierte, por sus crímenes, en rebelde y traidor a la patria. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y, cuando se hate perecer al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo...». Lo cita Foucault, M. («Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión», Siglo XXI, México-España-Argentina, España, 1978, pag.94), y a ambos, Varela Castro (lot. tit., pág. 101)

El Estado es el heredero impersonal del Príncipe absoluto (que, al legitimarse invocando la defensa de la Sociedad, puede hacerse aún más temible: Foucault' lot. tit., pags. 94-95), que adopta los papeles de legislador, acusador y juez, distribuyéndolos entre órganos distintos, como resorte garantista frente al peligro de despotismo. El Congreso (órgano del Estado) legisla, dicta las normas penales sustantivas y procesales penales al Ministerio Fiscal (órgano del Estado) se encarga de acusar; y el Juez o Tribunal (órgano del Estado) se ocupa de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. La clave consiste en organizar el sistema de control^s y equilibrios («*checks and balances*») entre ellos, para impedir que cualquier^{ra} invada y usurpe las competencias de los otros dos y conseguir que todos manteng^{an} su necesaria independencia y se contrapesen entre sí.

70

))El protagonismo estatal le lleva a sustituir también la función de *la persecución*, en grados diversos, según sistemas. Y esa *oficialización* se acompaña, además, de su configuración como *obligatoria*, e incluso irrevocable. ...))168

Y, claro está, remata, «...[un] tal proceso penal resulta poco receptivo para *intereses individuales*. Los de las partes privadas involucradas en el conflicto: ofensor y ofendido, acusado y víctimas. Protagonistas del conflicto, se les obliga en gran manera a la pasividad en su solución...))¹⁶⁹.

El modelo radicalmente estatal del proceso penal enfrenta al Estado (gestor del interés colectivo, en el que se resumen y superan los intereses individuales) con el acusado, lo que supone la expulsión de la víctima¹⁷⁰, reducido su papel al de informadora (como denunciante o como testigo¹⁷¹, incluso contra su voluntad¹⁷²) de lo ocurrido. La neutralización)) de la víctima en el ámbito penal sustantivo se correspondía con su «neutralización procesal»¹⁷³.

La perspectiva del delito como algo que no sólo afecta al buen funcionamiento de la Sociedad, sino que, ante todo, implica

68
169 170 -171

172

73
Loc. tit., pág. 102

Maier, ((La víctima...n tit., pág. 41; Varela Castro, lot. tit., pág. 100

Impropio, por falta de *distanciamiento*. La víctima no observa, como tercero, la perpetración de la infracción penal, sino que la vive directamente, como uno de sus protagonistas.

Maier ((La *víctims*...» tit., pág. 50) escribe: «...el sistema penal moderno le expropió a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como infonnante. La víctima está *obligada* a comparecer en el procedimiento para informar como testigo...~>. Así se proclama en el Artículo 226 del Código Procesal Penal, con las excepciones establecidas en sus artículos 227 y 228. En cambio, no existe un deber general de denunciar, salvo en los casos mencionados en el Artículo 269 (en sintonía con lo dispuesto por los artículos 239 y 240 del Código Procesal Penal A-lodelo para Iberoamérica).

Gutiérrez-Alviz y Conradi. F., «Nuevas perspectivas sobre la situación jurídicopenal y procesal de la v en « Poder Judicial)), 18, 1990, pág. 80

71

Jesus Fernandez Entrolgo

un conflicto entre partes, determinando la consiguiente recuperación o «redescubrimiento»¹⁷⁴ de la víctima, condujo a un replanteamiento de su papel en el proceso penal.

Ante todo, comenzó a reclamarse para la víctima «... el papel de verdadero *sgjelo procesal* con voz autónoma y capacidad de incidir en la conformación del sentido de la decisión final ...))175

y su protección frente a las consecuencias negativas -para ella de su contacto con los aparatos policial o judicial, esto es, frente a los procesos denominados de «victimización secundaria»¹⁷⁶.

La nueva perspectiva significaba dar a la víctima la oportunidad de intervenir activamente en el proceso penal; de dejar de ser sólo un instrumento pasivo de la acusación pública; de ser reconocida como un ser humano, y tratada como corresponde a quien el proceso supone, en buen número de ocasiones, el dolor de revivir un episodio

traumático de su biografía; de poder constituirse en parte procesal y actuar como tal; de disponer, incluso, en mayor o menor medida, del objeto del proceso en la medida en que resultaba la primera y fundamental afectada por el delito. Esto significaba, además, como lógica consecuencia, adecuada información acerca de sus derechos y medios para ejercitarlos efectivamente, de modo que no se convirtiesen solo en reconocimientos retóricos.

174 Seelmann, loc. cit.; García-Pablos de Molina, A., ((El redescubrimiento de la víctima...» tit.; pag. 290

175

176

Figueiredo Dias, J., «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal»), Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra, 1988, tit. por Varela Castro, loc. cit., pag. 103

La «victimización secundaria» es definida, en términos generales, como a ...los daños, de origen físico, psíquico, social o económico, originados a las víctimas de un delito por el sistema estatal de justicia...», Subijana Zunzunegui, I.J., ((Las víctimas: juicio oral y sentencia», en «Las víctimas en el proceso penal)) tit., pag. 94. «...En contacto con la Administración de Justicia o la policía, las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras sufren incomprendimientos derivadas de la excesiva burocratización del sistema o, simplemente, son ignoradas...»:

Landrove, «Victimología» tit., pag. 44.

72

El proceso de humanización del proceso no se detuvo en la im. Se extendió a otros sujetos, a los cuales se asignan sus «...características de desamparo e inseguridad y que por rrmismo pasan a ser igualmente víctimas. Es el caso en general los testigos en el proceso, que a menudo sufren una serie de ,ciones y carecen de información sobre sus derechos y de oramiento jurídico. Y aun el propio delincuente y sus haeres, en la medida en que pasan a ser un simple objeto o 4 mero o títulos de un expediente y, por tanto, carentes de toda nsideracion de persona, con cual quedan en el total desamparo e inseguridad. .. » 177

Los problemas que plantea el acceso de la víctima al proceso ~pnal y la tutela, dentro de el, de sus intereses, se plantean en pluralidad de planos.

La intervención de la víctima en el procedimiento penal, y la posibilidad de su actuación como parte procesal.

El poder de disposición de la víctima sobre el proceso y sobre su objeto.

La posibilidad de reparación del dano causado a la víctima (en sentido amplio, como persona física o jurídica perjudicada) dentro del proceso penal.

Bustos y Larrauri, loc. cit., pag. 44; Schneider, loc. cit., pags. 375-376; GarcíaPablos, «El redescubrimiento ...n tit., pags. 307 y ss.

73

Jesus Ferndndez Entralgo

7.1.- **La intervención de la víctima en el procedimiento penal**

En su Relación General en el Coloquio Preparatorio 1's del XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (que habría de tener lugar en Río de Janeiro, en 1993)- Klaus Tiedemann sintetizaba así el pasado, el presente y el futuro del papel de la víctima en el proceso penal:

... La víctima ha sido, en el curso de la historia del proceso penal, progresivamente descartada del proceso penal "normal". Sólo recientemente se ha redescubierto a la víctima para sacarla de su papel débil de testigo y darle las posibilidades de influir activamente el desarrollo del proceso penal. En to que respecta a la imciación del proceso, el papel procesal activo de la víctima penal puede al mismo tiempo equipar las irlsuficiencias que derivan del principio de oportunidad en la persecución, como resalta justamente la relación belga. La constitución en parte civil, en el modelo procesal francés, es recomendable a este fin. La alternativa estriba, sobre todo, en la institución de un recurso en favor de la persona lesionada, contra la decisión del Fiscal (o el juez) de no perseguir (así Alemania y las relaciones holandesa, italiana, japonesa e Israeli; consideraciones y proyectos de reforma en este sentido en las relaciones polaca y checoslovaca¹⁹). En otros países se admite una acción privada que sustituye a la acción pública no ejercitada (v. relaciones austriaca, brasilena, finlandesa y sueca, en tanto que la relación inglesa denomina al

derecho inglés y del País de Gales como puramente teórico). Mas allá va España, donde toda persona, aunque no haya sido lesionada por la infracción, tiene el derecho

118 Toledo (España), 1-3 de abril de 1992

179 En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en la que rige, como regla general, el principio de alegalidad o de persecución obligada del delito, en caso de que el Ministerio Fiscal interese el sobreseimiento de la causa, y la víctima (directa o indirecta) no se haya constituido en parte, se le concede la oportunidad de hacerlo a fin de sostener la acusación en juicio.

74

se ejercitar la acción pública (acusador popular), medio fuertemente útil para los delitos sin víctima o, mejor dicho, con víctima no individual (delitos contra el medio ambiente, ciertos delitos económicos, corrupción, etc.).

...Durante el proceso penal, en caso de acción pública, prácticamente todas las relaciones internacionales están de acuerdo en facilitar la indemnización a la víctima, a menudo en forma de proceso acumulado. Los derechos de influir en el proceso penal están hoy reconocidos en muchos países como el medio de convertir la víctima en parte procesal penal. En el modelo francés, imitado en Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Túnez y Siria, la constitución en parte civil a estos efectos otorga, en la

nstrucción, posibilidades

de ejercer influencia sobre la acción provisional, la prueba, etc. : la víctima dispone también del derecho al recurso ... Los restantes ordenamientos jurídicos llegan a un resultado idéntico, admitiendo a la parte agraviada como "asistente" del Ministerio Público (v. relaciones brasileña y portuguesa), o como titular de una "acusación" (en Alemania destaca una importante reforma, en 1986, equiparando los otros derechos de la víctima: acceso a las actuaciones, derecho a ser informado, a ser asistido de un abogado, C.; igual tendencia en la relación italiana y también en la rumana). Pero existen también países en que no han seguido todavía este camino de reforma. Así, la relación inglesa da cuenta de que la víctima "no tiene derechos procesales". Esto debería cambiar.. » 1'.

El Código Procesal Penal hondureño responde a estos nuevos usos internacionales.

En su Artículo 16 se enumeran los derechos de la víctima de un delito o falta en el procedimiento penal. Son éstos:

1 - Constituirse en Acusador Privado o querrelante y a intervenir como tal en todo proceso conforme lo establecido en el

En ((Revue Internationale de Droit Penal), 64e. année. nouvelle série, 3e. Et 4e. Trimestres 1993, pages. 810-811

75

Jesus Fernandez Entralgo

presente Código. Para lograr lo anterior, si lo necesita, tendrá derecho a ser sustituido por el Ministerio Público en caso de carecer de medios económicos.

2.- Ser informada de los resultados del proceso aún cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite.

3.- Ser escuchada antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.

4. - Participar en las audiencias públicas conforme lo establecido por este Código.

5.- Objetar ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso, el archivo administrativo indebido de las diligencias, en los casos previstos en el presente Código; y,

6.- Los demás consignados en otras leyes.

La víctima será informada sobre sus derechos en el momento de presentar su denuncia ante el Ministerio Público o la acusación, o la querrela ante el Juez competente o en el momento de su primera intervención en el proceso...»

7.1.1.- Intervención simple de la víctima en el procedimiento penal

En el Artículo 16 transcrito, cabe distinguir tres bloques de derechos:

tsa Avila Ortiz, F., Comentario al Artículo 16 del Código Procesal Penal, en Palacios & Fernandez, tit.

Al archivo administrativo del caso por aplicación del principio de oportunidad, deberá preceder la audiencia de la víctima, de acuerdo con el Artículo 30 del Código Procesal Penal; y aquella tendrá acción para «... instar, del Juez de Letras competente para el control de la investigación preparatoria, que

tsa Avila Ortiz, F., Comentario al Artículo 16 del Código Procesal Penal, en Palacios & Fernandez, tit.

78

to deje sin efecto, por no concurrir alguno de los requisitos legales para que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal ...», lo que, en la práctica, supone una garantía de tutela efectiva de los derechos materiales (a la reparación, presupuesto de la aplicación del criterio de oportunidad⁵) y procesales (a la acción, permitiéndole su ejercicio por conversión⁶) de la víctima.

La otra cara de este derecho es el de objeción al archivo administrativo, declarado en el numeral 5 del Artículo 16.

También deberá ser oída la víctima antes de suspender la persecución penal, de conformidad con lo previsto en el Artículo 36 del Código Procesal Penal. Ha de ser oída por el Ministerio Público, ya que, a tenor del párrafo tercero de dicho Artículo 36, «... antes de presentar la solicitud... [de suspensión], comprobada que la víctima y el imputado se han puesto de acuerdo sobre la reparación del daño causado, sobre el afianzamiento suficiente de la reparación o sobre la asunción formal de la obligación de repararlo por parte del imputado...»; pero también por el Juez, antes de autorizar la suspensión, como parte del procedimiento de comprobación de la concurrencia de los requisitos legales.

Entre estos requisitos figura ((...que el imputado haya reparado el daño causado o logrado acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación...)).

((Artículo 34.-**Confirmación del archivo.** Salvo lo dispuesto en el numeral 5) del Artículo 28, la confirmación del archivo por el Juez, por estimarse que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, no será obstáculo para que la víctima, dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles a contar del siguiente a dicha notificación, pueda ejercitar la acción penal correspondiente conforme al procedimiento de conversión.

Transcurrido este plazo, sin que la víctima ejercite la acción penal, esta quedará extinguida.

Al ejercitar la acción penal por conversión de procedimiento (del ordinario por delito al especial por delitos de acción privada, a tenor de los artículos 405 y siguientes) la víctima formula su pretensión en nombre propio, en virtud de un derecho propio de acción, distinto del que ostenta el Ministerio Público. No se trata, pues, de un caso de sucesión procesal.

79

Como el transcurso del plazo de prueba, en caso de suspensión condicional de la persecución penal (de acuerdo con el Artículo 37), extingue la acción penal (Artículo 42, numeral 3), la víctima deberá ser oída antes de declararse extinguida definitivamente por el Juez.

Si, una vez concluidas las investigaciones iniciales (Artículo 284) o en la audiencia inicial (Artículo 294), el Fiscal propone el sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal (Artículo 296, numeral 3), cabría especular si es precisa la audiencia previa de la víctima, aunque es dudoso, ya que no está prevista su citación a aquel acto.

7.1.1.3.- El derecho de participación en [as audiencias públicas

... [Con] ello se pretende, -apostilla Felix Avila⁸⁸ - que al igual que el pueblo, el perjudicado con razones tenga pleno conocimiento de todo lo que acontezca durante todos los actos del proceso. Este derecho es consecuencia del principio general de publicidad que informa a este sistema procesal penal, de esta manera se estará ejerciendo un control de la actividad de los juzgadores...> .

La víctima tiene derecho a asistir, como público, al desarrollo del juicio oral, salvo lo dispuesto por el Artículo 328 en relación con los testigos.

A tenor del Artículo 334 del Código Procesal Penal, como remete del juicio oral, y antes de dar a la persona acusada la oportunidad de pronunciar su alegato final, la víctima «...puede haberse usado de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso...»⁸⁹. La perspectiva de la víctima contribuye a humanizar el proceso, y

a

¹⁸⁷ En favor de la necesidad de esta audiencia, Avila, loc. cit.

¹¹⁴⁸ Loc. cit.

¹⁸⁹

80

ever el debate con aspectos que tal vez pudieran haber sido os en los discursos de los profesionales de la acusación de la El Presidente del Tribunal, en todo caso, podrá controlar esta ión de lavictirra, para oirripedirdivagaciones [y repetinones>>, que puede hacerlo -a tenor del Artículo 334- de los alegatos partes al presentar sus conclusiones en la discusión final.

.1.4.- Derecho a objetar el archivo administrativo ante el superior del Fiscal que interviene en et proceso

El Artículo 16, en su numeral 5, concede a la víctima el derecho .[objetar] ante el superior del Fiscal que interviene en el eso, el archivo administrativo mdevido de las diligencias, en asos previstos en el presenae Código...»; sin embargo, no es hle localizar, dentro de 61, una aplicación conereta de este echo general.

Si no se quiere dejar sin contenido efectivo este derecho, a que'entender que, en caso de archivo administrativo del con arreglo al Artículo 30, la víctima pods objetarlo o gnarlo ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso. Irataria de un verdadero recurso administrativo, teMente a por dicho superior, se controlase la procedencia de tal archivo diendo dejar sin efecto el acuerdo, y ordenando, ecuentemente, la promoci6n del procedimiento penal), en os que recuerdan (aunque no coinciden) con to previsto el Artículo 299 sobre la disconformidad del Juez con la em16n de sobreseimiento formulada por el Ministerio Fiscal.

victima debiera tener muy en cuenta que la proposición de objec16n no interrumpe el plazo de cinco días para instar, Juez de Letras, la declaración de inefracia de la decisión de archivo administrativo, a tenor de to establecido por el to 32.

81

esus Fernández Entrolgo

7.1.2.- Intervención cuatificada de to víctima como parte en et procedimiento penal

Como queda visto, la víctima tiene -con arreglo al numeral 1) del Artículo 16 del Código Procesal Penal, derecho a<<...[constituirse] en Acusador Privado o querellante y a intervenir como tal en todo el proceso conforme to establecido en. jdicho Cddigo] ...» .

Constituye una manifestación del Artículo 82 de la Constitución, cuyo párrafo segundo proclama que los habitantes de la Republica tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones ei 1 la forma que senalen las leyes. Al presentar el Cddigo Procesal Penal Modelo para Iberoamerica, se justificaba el mantenimiento de la figura del querellante porque, « ... a mds de constituir una institución defimtivamente arraigada en la admministración de justicia penal de la mayoria de los países, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al pro cedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en et que consiste una infracción penal, por otra parte, el interes directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los 6rganos estatales... » 190.

La víctima volvía por sus fueros en el proceso penal, ciertamente, en media de la polémica⁹¹ . A un lado los celos de reintroducir, por esta vía, la ancestral venganza privada, la discusión se centró en el debilitamiento de la posición de la persona imputada, que tendría frente a si a dos rivales: et Ministerio Fiscal y el acusador particular. Hay un terror perceptible a que «... un mayor protagonismo y efectividad de

19(1

«Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoartt6ricas, Ministerio de Justicia, Secretaria General Tzcnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991!, pgs. 223 v 224. El Código Procesal Penal Modelo para Iberoanrerica fue pubhoado par la Editorial Hammurabi (Buenos Aires), en 1989. Schneider, loc. cit., pag. 366, Maier, ((La víctima ...u cit., pgs. 40 y ss.

los derechos de la víctima. suponga necesariamente un menoscabo de los derechos de los imputados en el proceso penal ...», al que alude Martínez Arrieta¹⁹², para negar que entre derechos y oportunidades procesales de la víctima y garantías del imputado haya de existir necesariamente esa suerte de vasos comunicantes, de modo que el reforzamiento de los unos implique forzosamente la debilitación de los otros. Las posiciones procesales respectivas de las partes acusadoras y acusadas se establecen, ciertamente, en vista de su interacción recíproca en el proceso, pero el haz de derechos y oportunidades de actuación, de deberes y de cargas de cada una se fija independientemente. Como quiera que sea, la solución que ha terminado por prelaminar es la configuración del papel procesal de la víctima como «acusador adhesivo» del Ministerio Fiscal en los delitos llamados «de acción pública»¹⁹³. Tal es la opción del Código Procesal Penal Alemán¹⁹⁴, que inspiró las reformas italiana y

192 Martínez Arrieta, A., <(La entrada en el proceso de la víctima)>, en <(La victimología)> cit., pág. 59. Conviene no caer en la fácil tentación de discriminar positivamente, desde el punto de vista de su tratamiento procesal, a la víctima frente a «su victimario», olvidando que el acusado no puede ser considerado como tal hasta que sea condenado por sentencia firme.

193 Esta posibilidad de intervención del acusador privado en delitos de acción pública no debe confundirse con la denominada acción popular (uactio quivis ex populo), que puede ser ejercitada por cualquier ciudadano, aunque no sea víctima del delito o perjudicado por él. La legitimación popular para el ejercicio de la acusación penal, que es regla general en el sistema español, es, en cambio, excepcional en el Derecho hondureño, reconociéndose únicamente en el Artículo 96.3 del Código Procesal Penal, en relación con los delitos de violación de derechos humanos, cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: véase Fernández Entralgo, J., «Principios del Proceso y Principios del procedimiento», en «Código Procesal Penal Comentado» cit. Obviamente, en los delitos de acción privada, en que no interviene el Ministerio Público, el querellante, como acusador privado, tiene la plenitud de los poderes de acusación.

194 Tras la Primera Ley para el mejoramiento de la situación del afectado en el proceso penal (abreviadamente, Ley de Protección de la Víctima) de 15 de diciembre de 1986.

Se distingue la coacusación (<(Nebenklage)>), acusación penal adhesiva respecto del Ministerio Fiscal, y la «pretensión resarcitoria acumulada» (<(Adhesion.sprozess)>), que hace posible la constitución del perjudicado en parte civil en el marco del proceso penal.

83

es de Fernández Entralgo

portuguesa, y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica¹⁹⁵, y a algunos de los centros americanos que se inspiraron en él, como el de Guatemala.

El Código Procesal Penal hondureño da un paso más, que contribuye a configurar al acusador privado por delitos como un acusador litisconsorcial no adhesivo¹⁹⁶, que concurre juntamente con el Ministerio Público en la condición de parte acusadora, actuando ambos autónomamente, con plenitud de derechos¹⁹⁷. Así se comprueba tanto por lo que se refiere a la iniciativa de incoación del proceso¹⁹⁸ como por lo que toca a los recursos, ya que no se establece ninguna limitación a este propósito¹⁹⁹.

La intervención de la víctima como parte procesal acusadora autónoma puede suplir posibles absentismos o deficiencias de actuación del Ministerio Público, y contrapesar (al obrar por un interés privado que contribuye a la realización de otro público)

195 En su Exposición de Motivos se explica que, si se decidió mantener la figura del querellante por delito de acción pública, «se han recortado sus facultades, adecuándolas a su función de colaborar, en la persecución penal pública; con el órgano estatal específico. Se trata, entonces, de un querellante por adhesión, a la manera del tercero simple coadyuvante del Derecho procesal civil, que colabora con un sujeto procesal pleno y no puede, por ejemplo, acusar o recurrir autónomamente...». Maier se declara «explicablemente, dada su relación con el Código Modelo - parámetro de la solución del acusador por adhesión», frente al paradigma de la querrela conjunta), que critica porque «...[la] representación privada de un interés estatal [se trata de delitos de acción pública] no es una figura adecuada...le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el ministerio público...» (<(La Víctima...)> cit., pág. 48)

196 Serra Domínguez, M. «Intervención de terceros en el proceso», en «Estudios...» cit., págs. 207 y ss.

197 «...con todos los derechos y facultades que le confieren la Constitución de la República, el presente Código y las leyes especiales...» (inciso final del párrafo primero del Artículo 96 del Código Procesal Penal)

198 El acusador privado a... podrá provocar la persecución penal...o intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público...» (Artículo 96.1 del Código Procesal Penal)

199 En el mismo sentido: Artículo 75 del Código Procesal Penal de Costa Rica. El Código Procesal Penal de El Salvador responde al mismo criterio.

84

los sesgos que pueden imprimir a la actuación del Fiscal consideraciones de oportunidad política. El control judicial se encargará de cortar posibles abusos. Por lo que toca a la temida desigualdad entre partes, al encontrarse el acusado frente a dos acusadores, aparte de ser argumento reversible (un acusador puede verse enfrentado a una pluralidad de defensores de otros tantos acusadores), el problema remite a otro en diferente plano: proveer, al acusado, de una defensa suficientemente preparada en el terreno profesional.

La sustitución procesal de la víctima carente de recursos económicos por el Ministerio Fiscal (artículos 16.1, inciso final, y 96.2) puede resultar poco eficaz en casos en que el acusador público no haya mostrado interés en la persecución del posible delito. Resulta más adecuada la solución adoptada por la reforma alemana de 1986, consistente en dotar a la víctima de Abogado para que pueda intervenir directamente en el procedimiento penal.

7.2.- El poder de disposición de la víctima sobre el proceso y sobre su objeto

7.2.1.- La iniciativa de parte condicionante de la iniciación del proceso: instancia de acción pública y querrela privada

Enfocar el proceso desde la perspectiva de la víctima, valorando cuánto hay de conflicto privado en el hecho delictivo, perder de vista el interés público comprometido en la vigencia efectiva de la ley penal, ha conducido a una progresiva entrega de la acción penal al sujeto pasivo de la infracción (delitos perseguibles sólo por acción privada: Artículo 27 del Código Procesal Penal), o a condicionar la apertura del proceso penal a iniciativa de parte (acciones públicas dependientes de instancia

85

Jesus Fernandez Entralgo

privada: Artículo 26²⁰¹). Así ocurre en aquellos casos en los que la afectación del interés público es menos intensa que la del privado (por su naturaleza o por la escasa entidad del daño acusado: infracciones < de bagatela)²⁰¹); y en los que la experiencia demuestra que el costo de la «victimización secundaria» consiguiente al proceso (el calvario que, para la víctima, puede representar, especialmente el público, y su difusión a través de los medios de comunicación) es considerablemente superior a su utilidad pública²⁰²

7.2.2.- Negotiation del objeto del proceso²⁰³

La indisponibilidad del objeto del proceso por las partes conduce, en el modelo europeo continental tradicional - de corte napoleónico- de proceso por delito, a la imposibilidad de resolución del caso a través de una negociación entre las partes.

200

En los Códigos Procesales Penales de Guatemala; El Salvador y Costa Rica; la acción penal se extingue (y el proceso concluye *POT o truncomiento*) *POT retractación (revocation o revocatoria) de la instancia*; esto es, cuando la víctima, que ha instado la iniciación del proceso, deja sin efecto su iniciativa procesal, convertida, así, en continuada condición de procedibilidad. Maier (loc. cit., pág. 45) considera recomendable el reconocimiento de esta posibilidad, u... pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o... la autorización para proceder puede tener *POT* base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar...». *POT* contra, en el Código Procesal Penal hondureño se advierte una menor (privatización) en este punto, ya que la acción penal pública condicionada a la previa instancia privada sólo se extingue *POT* desistimiento o abandono de la querrela cuando -con arreglo a su Artículo 42.4- se ha producido una (conversión) de dicha acción pública en procedimiento especial para el ejercicio de la acción privada.

201 Armenta Deu, T., «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España», PPU, Barcelona, 1991

202 Maier, ((La Víctims...)) tit., pág. 45; Fernandez Entralgo, J., ((Los principios de legalidad y oportunidad», en ((Código Procesal Penal Comentado))n tit.

203 Fernandez Entralgo, J., ((Los principios de legalidad y oportunidad», en ((Código Procesal Penal Comentado)) tit.; Rodriguez Garcia, N., ((El consenso en el proceso penal español», J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1997; varella Castro, ((Hacia nuevas...)) tit., págs. 106 y ss.

86

Sin embargo, en sistemas procesales como el español, cabía "la posibilidad de truncamiento por conformidad del acusado con las pretensiones de la única acusación o con la más grave de las varias que pudieran formularse en caso de pluralidad de partes acusadoras.

Esta conformidad presuponia el reconocimiento autocrítico de su responsabilidad por el acusado, y el allanamiento a las pretensiones de la acusación.

Semejantes hipótesis son, por excepcionales, escasamente significativas, en términos estadísticos, como modo de conclusión del procedimiento por su truncamiento sin necesidad de juicio. En la práctica empezaron a funcionar mecanismos de transacción informal entre las partes, encauzados a través de una apertura meramente formal del debate, al solo efecto de que, previa admisión de su culpabilidad por el acusado, el Ministerio Fiscal tuviera oportunidad de modificar sus conclusiones provisionales de acuerdo con lo previamente convenido, y la Defensa se adhiera o allanase a esas nuevas calificación y pretensión.

El Derecho angloamericano, en cambio, inspirado por el principio acusatorio puro (<<adversary system)) y dominada la actuación del Ministerio Fiscal por la pauta de oportunidad, constituyó un adecuado marco para el surgimiento de prácticas transaccionales que, en la segunda mitad del siglo XX, se extendieron a Europa, a partir de la gran reforma procesal que tuvo lugar en la República Federal Alemana en 1974, y que tanto influyó en los Códigos italiano y portugués de Procedimiento Penal y en la reforma española de 1988, así como en las grandes líneas rectoras del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Las aprensiones que suscita la eventualidad de fraudes de ley o de pura y simple imposición de la voluntad de la parte más fuerte (con superior poder de negociación); y no se olvide que el Ministerio Público cuenta con el apoyo del aparato estatal, y

87

que **las diferencias** de condición económicas entre los litigantes pueden quebrantar el ideal de la igualdad de armas) se conjuran concediendo al órgano jurisdiccional un poder de control sobre las condiciones del consenso.

En el Código Procesal Penal, la conformidad del acusado evita la celebración del debate, como se desprende de sus artículos 319 y 322.

Se ha dejado pasar la oportunidad de regular la conformidad previa a la celebración del juicio, conseguida en la audiencia preliminar regulada por el Artículo 301 del Código Procesal Penal, aprovechando que en ella están presentes todas las partes procesales.

Con todo, nada impide que, en esa audiencia, de modo informal, pueden llegar a un punto de acuerdo que extingue el conflicto. Se produciría, entonces, una situación equivalente a la conformidad. Podría, entonces, dejarse constancia de esta circunstancia, remitiendo las actuaciones al Tribunal de Sentencia (ya que el Juez de Letras carece de competencia para dictar sentencia en proceso ordinario por delito), podría, asimismo, para evitar rodeos inútiles, convocar inmediatamente juicio oral exclusivamente a fin de que el acusado ratificase su conformidad, y aplicar analógicamente lo dispuesto en el Artículo 322, dictando sentencia inmediata, si el Tribunal no considera precisa la celebración de debate, por concurrir alguna de las razones que se indican en los párrafos segundo y tercero de aquel precepto (posible atipicidad o justificación del hecho, fraude de ley sustantiva o procesal), en cuyo caso se retrotraería el procedimiento a la etapa de preparación del debate, regulada en el Artículo 316. Una solución alternativa sería transformar el procedimiento en abreviado, partiendo de que el

acusado admite su culpabilidad. y proceder por los tramites acelerados de los articulos 403 y siguientes, aplicando analógicamente lo establecido en el tan citado Artículo 322.

88

la cuestión se simplifica considerablemente en virtud de la posibilidad de conciliación extintiva de la acción penal, a tenor del artículo 45 del Código Procesal Penal, porque, entonces, cuando el acuerdo entre partes (espontáneamente o a iniciativa del órgano jurisdiccional), el Juez o Tribunal intervinientes declararían extinguida la acción penal, y el proceso se truncaría con la emisión de sentencia, con las consecuencias fijadas en el precepto antes invocado. Dados los términos en que está redactado este Artículo, el mismo Juez de Letras deberá invitar a las partes, en la audiencia preliminar, a intentar la conciliación, tratándose de alguna de las hipótesis en que esta es posible.

.- La protección de la víctima en el proceso penal

3.1.- La posibilidad de reparación del dano causado a la víctima (como persona física o jurídica perjudicada) dentro del proceso penal

El objeto del proceso penal es la pretensión punitiva o retributiva, esto es, la pretensión de que se imponga a una persona una pena o una medida de seguridad, o, en determinados casos, una medida acumulativamente.

La acumulación de la pretensión de reparación del dano causado a la víctima en sentido amplio, esto es, no solo al sujeto activo de la infracción sino a terceras personas, físicas o jurídicas, perjudicadas por aquella, admitida dentro del sistema procesal, pudo llegar a considerarse perturbadora de la deseable sencillez y celeridad del procedimiento penal.

Aun cuando la discusión subsiste entre los economistas, es legítimo que los estudios victimológicos hicieron hincapié en la necesidad de que se arbitrasen mecanismos para conseguir, ya

89

introducción

dentro del proceso penal, la reparación de los perjudicados por el delito.

Esas aspiraciones encontraron eco en los foros internacionales. Así, en la Recomendación R (85) 11, del Consejo de Ministros, del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, se incluye la conveniencia de que el tribunal penal pueda ordenar la reparación del dano por el autor como una sanción propia e independiente, ejecutable del mismo modo que las penas pecunarias²⁰⁴. Otro tanto puede decirse de la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia relativos a las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, asumida por la sesión plenaria del VII Congreso de Naciones Unidas para la prevención de la Criminalidad y el Tratamiento de los Autores del Delito, que tuvo lugar en Milán, en 1985. En ella se exhortaba a los Gobiernos a revisar sus respectivas legislaciones para hacer posible que se resolviese, en los procesos penales, no solo sobre la imposición de la pena, sino también sobre la reparación de la víctima²⁰⁵. Esta nueva mentalidad explica el giro que representó la Primera Ley alemana -de 1986- para el mejoramiento de la situación del afectado en el proceso penal, abriendo a las personas perjudicadas por el hecho punible la posibilidad de ejercitar una acción resarcitoria adhesiva, aunque no tengan legitimación para intervenir como acusadoras particulares. La reforma alemana sirvió de precedente a los códigos italiano y portugués de Procedimiento Penal. En el Código Procesal Penal el perjudicado y, en su caso, sus herederos, tienen «...acción para deducir la responsabilidad civil proveniente del hecho punible...» (Artículo 49.1); ejercitándola

204 En modo alguno puede pasar inadvertida la confusión entre la imposición de la pena y la condena al resarcimiento, que está poniendo de relieve la creencia en la función punitiva de la exigencia de reparación.

205 Schneider, loc. cit., págs. 369-372; Gutiérrez-Alviz, loc. cit. Págs. 82 y ss.

90

el Ministerio Fiscal -por sustitución procesal. «... en representación de las personas que, por razones económicas no están en condiciones de demandar, así como cuando la víctima carezca de mandatario o representante legal ...» (Artículo 51).

En los artículos 432 a 440 se establece el procedimiento para deducir la responsabilidad civil en caso de condena penal e incluso, excepcionalmente, en ciertos casos de fallo absolutorio, abriendo esta vía incluso a o- [la] víctima que no haya intervenido en el procedimiento penal...)), pudiendo ejercitarla «...dentro de los tres meses de informada de la sentencia firme...» (párrafo segundo del Artículo 432). En realidad, la pretensión resarcitoria no es objeto del proceso penal ni se resuelve en él. La sentencia penal fija la realidad del hecho lesivo y el alcance personal de la responsabilidad civil derivada de aquel. A partir de ahí se inicia un Juicio sumario (dada la limitación del objeto del conocimiento del Juez) con ejecución provisional de la demanda. Esta característica favorece la rápida satisfacción de los intereses de la víctima en esta fase del procedimiento, ya que, en realidad, habrá tenido que demorarse hasta la conclusión del proceso penal, salvo la protección urgente que pueda dispensar el órgano judicial para neutralizar los efectos dañinos del delito, con arreglo al Artículo 10 del Código Procesal Penal.

7.3.2.- La protección preventiva y urgente de los intereses de la víctima

Epigrafiado («Neutralización de los efectos del delito», el Artículo 10 del Código Procesal Penal dispone que «... [los] jueces magistrados adoptarán las medidas necesarias para que cesen sus efectos producidos por la comisión del hecho punible, para que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de que S mismos se hubieran producido...».

91

Jesús Fernández Entralgo

Avila Ortiz ha comentado críticamente este Artículo, fijando inteligentemente los límites de su aplicación. El precepto -escribe...- faculta a los jueces y magistrados que conocen de las causas penales para que en el ejercicio de sus atribuciones adopten todas aquellas medidas encaminadas a evitar que los efectos del delito trasciendan más allá de los límites alcanzados y de ser posible hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban. El antecedente más próximo a este Artículo parece ser el Artículo 159 del Código de Procedimientos Penales de 1985 que establecía que los jueces con competencia en materia penal ordenarían según los casos la curación del herido, el enterramiento del cadáver después de que se le hubiera practicado la autopsia, agregaba aquel precepto, que podía dictar todas las medidas conducentes a extinguir el incendio, dándole facultades para devolver todas aquellas cosas e instrumentos a quienes se presentaran como dueños.

>>> Como el proceso penal hondureño, durante la vigencia de aquel Código, no era de tipo acusatorio los jueces tenían amplias facultades para intervenir desde el momento en que tenían conocimiento de la comisión de un delito, siendo ellos quienes dirigían la investigación las anteriores facultades podían ser ejercidas de oficio, pero de conformidad con sistema acusatorio que inspira el presente código los jueces solamente podían actuar a requerimiento del Ministerio Público, por lo que, a mi criterio, las facultades que se le conceden a los jueces y magistrados contradice el principio acusatorio ya que concede facultades que el Código ha delimitado y concedido al Ministerio Público.

»No obstante lo dicho, al parecer la intención del legislador es que los jueces y los magistrados hagan uso de dichas facultades únicamente cuando se lo solicite el órgano investigador en aquellos casos en los que este no pueda hacer uso de dichas facultades por que el hacerlo por su cuenta vulneraría algún derecho fundamental, como sería el caso de tener que practicar un allanamiento de morada para recuperar efectos de un delito para

92

ser entregados a sus dueños, lo mismo que ordenar y practicar un desalojo en los casos del delito de usurpación para devolver la posesión del bien inmueble a su legítimo propietario, y en definitiva cualquier otra actuación procesal que el Fiscal no pueda ordenar por estarle prohibido. De manera que les corresponderá a los jueces y a los magistrados, solamente a petición de parte, adoptar todas las medidas necesarias a fin de evitar que los efectos perniciosos del delito causen más daño del producido, **Solo** de esta manera el presente Artículo tiene razón de ser, ya que el Código deja a los Fiscales la obligación de investigar los delitos y a los jueces y magistrados la función de juzgar y ejecutar juzgado... »ZOG

El órgano judicial habrá de tener cuidado de limitar sus órdenes lo verdaderamente imprescindible para el restablecimiento del estado de cosas inmediatamente anterior al hecho investigado o producido o la cesación del daño que este causando o pueda usar con certeza en el futuro, sin extenderse a resolver prematuramente otros litigios entre partes que precisen de su equidistanciamiento en juicio.

3.3.- La protección de los intereses de la víctima interviniente en el proceso

El Artículo 5 del Código Procesal Penal (epigrafiado *protección de los intervinientes en el proceso*) establece: El Estado por medio de sus órganos competentes, brindará asistencia y protección a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran...>>.

este, motivo principal de preocupación de la Victimología. Menester evitar los efectos de la llamada «victimización secundaria», consiguiente al proceso, no solo sobre la víctima en

Rvila Ortiz, F., Comentario al Artículo 10, en «Código Procesal Penal comentado» tit.

93

Jesús Fernández Entralgo

su acepción de alcance semántico medio (comprensiva del sujeto pasivo del delito y del perjudicado), sino también de otras personas que intervienen en él; singularmente testigos y testigos²⁰⁷.

Es lugar común en la bibliografía especializada destacar los inconvenientes a que están expuestos unos y otros durante la tramitación del proceso.

Al riesgo de ser presionados por la persona acusada u otras de su entorno, se suma la penosidad de su intervención en el proceso; penosidad mucho mayor para la víctima y personas allegadas a ella, obligadas, por una parte, a revivir lo sucedido, con toda la honda carga traumática que ello entranca; y, por otra, a someterse a un interrogatorio en el que la parte cuyos intereses pueda perjudicar tratará de desacreditarla, haciendo aflorar cuanto de negativo haya en el testigo o testigo, sin excluir la esfera de su intensidad. La aflicción puede alcanzar su máxima intensidad cuando el testigo sea un niño o una persona aquejada de alguna minusvalía que la haga especialmente vulnerable.

En los textos internacionales antes dichos, cuyos planteamientos responden a estados de opinion consolidados en la bibliografia especializada, se preveen medidas protectoras de los diferentes intervinientes en el proceso, a traves de las distintas y sucesivas fases del procedimiento.

Entre las sugerencias contenidas en la Recomendación (85) II del Consejo de Europa y en la Declaration de 1985 de

Schneider, loc. cit., pags. 359 y ss.; Crutierrez-Alviz, loc. cit., pags. 82 y ss.; Busty Larrauri, loc. cit., pags. 42 y ss.; Maier, aLa victima ... n, tit., pag. 50; Kaiser, loc. cit., pags. 137 y ss.; Subijana, loc. cit., pags. 89 y ss.; y Cinto Lapuente, M' V, A as victimas en la instruccion penal), en ((Las victimas en el proceso penal» tit., pags. 75 y ss.; Beristain, A., « Proceso penal y victimas: pasado, presente y futuro», ibidem, pags. 15 y ss.; el mismo, «j,La Sociedad/ Judicatura a tiende a "sus" victimas/ testigos?», en ((La Victimologia» tit., pags. 161 y ss.; Landrove, loc. cit., pags. 71 y ss. y ((Las victimas ante el derecho espanob, en aEstudios Penales y Criminol6gicos» XXI, Universidad de Santiago de Compostela, 1998, pags. 168 f ss.; Coronado Buitrago, M'.J., ((La singular posici6n de la victima en la Justicia ... R4enores», en ((La Victimologia» tit., pags. 397 y ss.

94

Naciones Unidas e incluyen la formation de los funcionarios policiales de modo aue sepan tratar alas victimas procurando tranquilizarlas, proporcionandoles information comprensible sobre to ocurridp Y ~obre las investigaciones en curso (siempre que no perjudigll~ ~Oexito) y su resultado, asi como sobre las ayudas y mecani_smoS asistenciales con que pueden contar; y redactar el atesta_do de forma clue incorpore -de modo claro y completo- los dato\$ necesarios para conocer con precision el alcance de las leslp_r,~ y danos sufridos por las victimas en sentido amplio. A to anterior oe aftaden p ropuestas sobre el interrogatono de las victimas ~tart o en el curso de la instruccion (policial y judicial) como en jri ..,o-y la protection de su di rildad e intemidad frente a la publicid_a^l que es principio general del proceso penal (incluida la ocultki_ort de las men-clones de identidad y celebration del juicto o del tes_lirr~Ionlo a puerta cerrada), previsiones que pr ocuran parte&_r~opecialmente a ninos, mujeres, ancianos, nunusvdildos y, er~r,~leral, pers onas especialmente vulnerables. Asunismo, se propo e,rnmedidas para asegurar a victimas, testigos y demas intervlnle~~eLas en el proceso y a sus familiares frente al peligro de represal: por pane del autor o de su entorno, sobre todo cuando se tN_q ~e hecho s de delincuencia organizada.

Felix Avila ded;~1 o o comentar el Artículo 5 delCodigo Procesal Penal, antes trarriri, p o, esas luminosas palabras: (< ...Porque la funcion iudicialisrna~jna actividad del Estado, instituida para garantizar la justl~i jo libertad y la paz social entre otros aspectos, el Estado tieng_d, deber de velar por que esta funcion sea desarrollada sin n ulr, ~nmenoscabo. Por estarazon, el ...[Artículo 5] es catego rico i,rlalar que el Estado a traves de sus organos competentes, tlerJ~Ljobligacron de brindar asistencia y protection a cuantas persok,,,, ~tlttervengan en un proceso penal en el caso .. de verse perturbi~,~,~e{~ de cualquier manera.

Como la fir~iIl,C),d del proceso es la realization pronta y efectiva de la jw,c4G ... penal, segun to proclama el Artículo 8 de este Codigo, est~,Ilvpolraclon no llegara a ser realidad si qulenes

95

Jesus Fernandez Entralgo

intervienen en el proceso, en sus momentos man cruciales, son objeto de presiones o amenazas para obligarlos a claudicar en sus respectivas posiciones.

- El precepto que comentamos tiene relacion con el Artículo 10, que se refiere a la neutralizacion de los efectos del delito, y, 237 y 248, que se refieren a las medidas de protection a testigos y peritos, encontrndose entre los primeros a la victima en el caso de ser citada como testigo, pees no debe olvidarse la importancia que puede revestir la presencia de esta en el proceso, maxime cuando el hecho por el que se enjuicia sea de aquellos que unicamente se pueda probar con su testimonio. Y no solamente la victima, sino cualquier testigo o pento de

cualquiera de las partes en conflicto, puede ser objeto de presiones, amenazas y hasta de las más inimaginables maquinaciones para obligarlos a que cambien su testimonio, o a que callen la verdad...».

96

PERSPECTIVAS POLITICO-CRIMINALES

Jesus Fernandez Entralgo Jose Maria Palacios Mejia

1.- La lesión de intereses individuados, además de la lesión general de bienes jurídicos, debe incorporarse a la conceptualización del injusto penal

Ya se ha dicho que los conflictos que dan origen a ilícitos penales agencian entre personas y que, antiguamente esos conflictos se resolvían por los "dueños" de los mismos, pero históricamente se fue apropiando ellos el Estado, hasta llegar a un momento en que los involucrados en el problema quedaron totalmente fuera del escenario. Así nos encontramos con que las partes enfrentadas terminaron por ser el o y el imputado. El delito llega a ser una conducta que lesiona bienes jurídicos cuya protección la asume plenamente el Estado, aunque la lesión directa la haya sufrido un particular, y esto es así porque se trata del injusto penal, con la excepción de los delitos de acción afecta fundamentalmente los intereses generados de la sociedad,

~res superiores a los del individuo. Si en un homicidio, para el caso, efectos de la conducta ilícita los recibe una persona naturalmente, el mayor daño lo recibe la sociedad que, además de ser privada de uno de sus miembros, es víctima de la conmoción provocada por el crimen. Esta manera de valorar el impacto que una acción de esa naturaleza, aceptada históricamente como discutible, produjo el resultado de que, en aras de los intereses sociales, se ignora en absoluto que también existe un interés individual; que debe prestarse atención y debe ser objeto de protección. Ahora en los últimos años se ha ido imponiendo en sentido contrario, la idea de que pesa precisamente que se asigne a la víctima un papel que le permita hacer que se respeten sus derechos y que obtenga la reparación conjunta por el daño sufrido.

Debe incorporarse como un eje de la política criminal el elevar el papel de la víctima, a efecto de que sea uno de los objetivos del

97

Jesus Fernandez Entralgo y Jose Maria Palacios Mejia

proceso la satisfacción de los intereses de ella, en forma tal que así se logre que recupere la participación en la solución del conflicto de la cual había sido despojada. Esto significa un vuelco en el enfoque que se haga de las funciones del proceso.

8.2.- La reparación individual como parte esencial de la sanción penal

8.2.1.- La apertura de una «tercera vía» en el sistema penal: la reparación²⁰⁸

La confluencia sinérgica de dos grandes líneas de fileres, a saber, la perspectiva victimológica (y la decepción producida por las posibilidades reales de resocialización)²⁰⁹ y la búsqueda de alternativas al modelo tradicional de proceso penal como marco escénico para el tratamiento de un caso reducido al enfrentamiento entre el Estado y el acusado²¹⁰, ha

creado el clima preciso para la aparición de una <tercera vía> (*odritte Spur*)²¹¹ «... que, junto a la primera y la segunda (penas y

208 Alastuey, loc.cit. (Conclusivamente, págs. 445 y ss.); también, Pérez Sanzberro, G., «Reparation y conciliation en el sistema penal. ZApertura de una nueva vía», Comares, Granada, 1999

209 Tamarit, ((La reparación ...» tit., págs. 95 y ss.

210

Existe una tendencia inconsciente, tan generalizada como perversa, a utilizar como equivalentes los opuestos ((Estado/delincuente) y «Estado/acusado». Este (<acto fallido) pone de manifiesto que, por debajo de las proclamaciones retóricas, late la convicción de la culpabilidad de la persona acusada.

211 Roxin, C., « Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem", en ((Festschrift für J.Baumann zum 70. Geburtstag), Bielefeld, 1992, págs. 243 y ss.; y ((La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en « Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania», Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 8, Madrid, 1991, págs. 19 y ss.; Frehsee, loc. cit., págs. 56 y ss.; Rossner, D., ((Wiedergutmachen statt Überlügen), en «Täter-Opfer-Ausgleich», Bonn, 1999 (tit. por Giménez-Salinas y Colomer, E., (<L-3 conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador», en «La mediación penal» tit., pág. 77); Diinkel, F., «Täter Opfer Ausgleich in Deutschland», Budapest, 1993 (tit. Por Giménez-Salinas, loc. cit., pág. 98); Lopez Barja de Quiroga, J., ((La tercera vía)>, en (<La mediación penal) tit., págs. 117-118; Silva Sánchez, ((Sobre la relevancia...) tit., pág. 199.

98

medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal ...»²¹², y que pone de relieve la trascendencia, a estos efectos, de la reparación de la víctima (entendida, tanto operativamente como «víctima» en un sentido amplio, flexible y funcional), y su capacidad de operar como «otra forma de combatir el delito»²¹³, lo que entraña, desde luego, un nuevo reto para el Derecho Penal, el consurgimiento de «una nueva concepción» que obliga, en definitiva, a adoptar «una nueva forma de pensar»²¹⁴ el Derecho y el Proceso penales.

Entre los defensores apasionados de la respuesta penal y un movimiento abolicionista que propone lo que, hoy por hoy, parece una saludable estimulante utopía, se abre paso esta *tercera vía* basada en lo que Frehsee interpreta como renacimiento del pensamiento de la reparación²¹¹, que combina un ideal de *Derecho Penal mínimo* con mecanismos que tienden a la desjudicialización en favor de soluciones que no solo reparen el daño causado a las víctimas directas e indirectas del delito, sino que recompongan la relación interpersonal alterada por el hecho delictivo.

Tony Peters²¹⁶ ve en la «justicia retributiva» (*restitutive justice*) «... una tercera vía, situada entre el modelo de la justicia retributiva y el de la justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación... S 1 el primero

211 Silva Sánchez, loc. cit., pág. 199

213 Rossner, loc. cit.

214 Giménez-Salinas, «La conciliación víctima-delincuente... » tit., en (<La mediación penal) tit., pág. 70, citando a Kerner, H., ((Alternativen zur Freiheitstrafe), Straubing, y pág. 77

21 Frehsee, D., ((Schandenswiedergutmachung als instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle)- en ((Kriminologische und sanktionenrechtliche Forschungen)), 1, Berlin, 1997

216 Peters, T., «Alternativas en el campo judicial», Curso ((El Derecho Penal y Procesal Penal del Nuevo Siglo», «Escuela de Verano del Poder Judicial), Galicia 1999, ((Estudios de Derecho Judicial)), 20, Consejo General del Poder Judicial/ Junta de Galicia, Madrid, 2000, págs. 147 y ss.; véase igualmente, \ idal A>idreu, G., «La reparación», ibidem, págs. 175 y ss.

99

Jesus Fernández Entralgo y Jose Maria Polacias Mejia

de estos dos modelos pone el acento sobre los crímenes y su castigo, el segundo se concentra sobre la recuperación y la reintegración del delincuente. La justicia retributiva se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. Hace falta conducir al delincuente a la asunción de la responsabilidad y de las consecuencias de sus acciones, así como del perjuicio (material o no) causado a la víctima. El hecho de reconocer las consecuencias y el perjuicio hacia la víctima lleva a esta a ser un copartícipe en la comunicación relativa a la

reparación y a la restitución. Asumir su responsabilidad, encontrar soluciones, firmar y respetar los acuerdos y restablecer la paz son algunos de los trazos destacados de la mediación y de la justicia restitutiva...»

8.2.2.- Reparación (civil) frente a la pena: dos realidades heterogéneas

El «polo tradicional» (al menos, desde la consolidación del Estado moderno) contempla la respuesta penal (medidas de seguridad) y la reparación civil como ámbitos independientes, aunque reconocidos, como fuente, del mismo hecho, a saber, un ilícito extracontractual que, además, está tipificado como infracción penal. A lo primero se anuda el deber de reparación; a lo segundo, la imposición de una pena, de una medida de seguridad (la «segunda vía» de reacción frente al delito) o de ambas (simultáneo sucesivamente), de acuerdo con el sistema de doble vía» de respuesta frente al ilícito penal²¹⁷

8.2.3.- La reparación como sustitutivo de [a pena: la propuesta abolicionista

Su antítesis es la propuesta abolicionista. Dentro de ella,

la reparación (entendida en un sentido amplio y flexible, 217 López Barja de Quiroga, *loc. cit.*, págs. 111 y ss.

100

como instrumento de [re]conciliación entre el causante del daño y quien lo ha sufrido) vendría a ocupar el papel asignado tradicionalmente a la pena¹⁸. El abolicionismo no configura la reparación como una pena, sino como algo materialmente distinto de ella, porque precisamente trata de sustituir el Derecho Penal por un sistema distinto de resolución de conflictos²¹⁹.

Aun cuando se reconoce que la perspectiva abolicionista ... ha abierto nuevos caminos...», se considera mayoritariamente «...hoy por hoy...aun una utopía ...» 220. Mas hostil, Hirsch reprocha que el abolicionismo conduciría a «...una negación de los intereses sociales que se expresan en la pretensión penal estatal y el resultado sería no solamente el desplazamiento del Derecho penal en favor de una regulación del resarcimiento, que en esencia ya resultaría de todos

²¹⁸ Véase, sobre el movimiento abolicionista, Zaffaroni, E.R., ((En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal)), Temis, Bogotá, 1990, págs. 75 y ss.; ((Abolicionismo Penal)), EDIAR, Buenos Aires, 1989 (una antología de textos de los más destacados representantes del movimiento abolicionista); Christie, ((Los límites...)) *in* Hulsman, L. Y Bemat de Cplis, J.. ((Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa)), Ariel, Barcelona, 1984. Sobre las diferencias entre ((abolicionismo penal radical)), ((abolicionismo institucional)) (que cuestiona, sobre todo, la realidad de la pena privativa de libertad y las prisiones) y «reduccionismo penal»: Pavarini, M., «Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolicionismo»). en ((Dei delitti e delle pene, III; 3, 1985, págs. 525 y ss. Maier, (<La víctima...)) *loc. cit.*, pág. 35

Giménez-Salinas, *loc. cit.* **Pág. 77. Maier** (*loc. cit.*, págs. 37 y 38) escribe: «...[No] hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del Derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación...»; y continúa: «...[La] disolución del conflicto social en uno, que solo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos, en gran medida...»

101

Fernández Entralgo y José María Palacios Mejía

modos de la obligación civil de restitución, sino también una insostenible desigualdad en la reacción frente a la conducta criminal, que dependería de la existencia o falta de una víctima, además de una exposición del autor a las presiones del ofendido...))²²

Las vías intermedias

8.2.4.1.- La reparation como pena

Entre ambos polos, se mueven una pluralidad de propuestas intermedias.

La posibilidad de incorporar la reparation, como una pena más, al elenco de las ya existentes²²² resulta criticable si se entiende aquella en su estricto sentido civil, de restauración de la situación en que se encontraba la víctima inmediatamente antes de la infracción penal,

Hirsch, H.-J., «La posición del ofendido en Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparation», en Cuadernos de Política Criminal, 42, 1990, pág. 565 (tal vez, sin haber comprendido totalmente el cambio radical que postula el abolicionismo, en cuyo contexto perdería mucha fuerza su crítica).

Sessar, «Rolle and Behandlung des Opfers im Strafverfahren-Gegenwärtiger Stand and Oberlegungen zur Reform», Bewährungshilfe, 1980, págs. 328, 336; y «Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht», en «H.Kaufmann-Gedächtnisschrift», 1986, págs. 378 v ss.; Schild, «Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe», en ((Kriminalistik and Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck, 1995, págs. 157 v ss.

Dos epígonos de la Scuola Positiva, Ferri y Garofalo, sostuvieron la incorporación de la reparación del daño como una pena autónoma, que podía concretarse en la indemnización directa al perjudicado o en el pago de una multa al Estado (al que incumbía la organización de un fondo público de ayudas a las víctimas); y se añadía la posibilidad de prestaciones laborales (el « *lavoro coatto senza carcerazione*»), que podría considerarse un anticipo de las modernas propuestas científicas y reformas legislativas en la Alemania actual. El artículo 29.1 del Código Penal mejicano para el Distrito Federal, de 1931, estableció que a ...[la] sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño ... u; y su artículo 34 dejó claro que «...11a[reparación tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Fiscal. ». Véase, Tamarit, «(La reparación...», cit., págs. 89-91

102

y que esta ha empeorado. Ciertamente, pena y resarcimiento civil «...son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas...»)223 .

Ocurre que el concepto de reparation que maneja el Derecho Penal es distinto del que se utiliza en Derecho Civil. En palabras de Huber, « ... estamos ante algo más que el mero pago de una deuda civil, Reparation supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica... »224 .

No se niega que la responsabilidad civil pueda producir efectos preventivos²²⁵, pero esta eficacia será siempre indirecta o refleja. La reparation penal se alza sobre dos pilares: la prevención como instrumento de protección de las víctimas « potenciales»226 y el restablecimiento del Derecho vulnerado mediante un acto personal del autor de la infracción; ambos, con una indiscutible protección pública.

2.4.2.- La reparation como «sanción independiente»

Y justamente estas singularidades conducen a la incorporación de la reparation, entendida en este

23 Hirsch, loc. cit., pág. 565

⁴ Huber, «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1994, III pág. 170

5

Silva Sánchez («Sobre la relevancia...» cit., pág. 192, recuerda la Erase de Heck: c«...a menudo se teme más el resarcimiento del daño que la pena...»). Véase: \fir Puig, «Derecho Penal...» cit., pág. 14; Alastuey Dobón, M.C., «La responsabilidad civil y las costas procesales», en Gracia Martín, L. (Coordinador), Boldova Pasamar, M.A. y Alastuey Dobón, M.C., «(Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español», tirant to blanch, Valencia. 1996, págs. 465 y ss.

226

ct delito ya comet; a

La contraposición entre (víctima actual) (a0) y «víctimas potenciales» (de un posible delito futuro) se encuentra en Seelmann, «Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht», «Juristenzeitung» 1989, págs. 670 v ss. Lo sigue Silva Sánchez, «Sobre la relevancia...» cit., pág. 190

103

sentido, al Derecho Penal como una «tercera via», una modalidad independiente de sanción, al lado de la pena y de la medida de seguridad.

Conviene dejar claro, desde un principio, que este concepto de reparación no coincide con el que se maneja en el Derecho de Danos, y, por eso, para marcar distancias, se utiliza también el de «compensación». Esta diferencia se explica por el componente público de la respuesta penal que falta (o es menos relevante) en la reparación civil".

La reparation como «desagravio»: la compensation

Tal como se concibe en el Derecho de Danos, la reparación se limita al restablecimiento objetivo del estado anterior de cosas perturbado, y por eso mismo es poco funcional para el ámbito penal y procesal penal, porque gira en torno al resultado, mientras que la compensación añade algo más: el desagravio; que implica -en palabras de Trenczeck²²⁹ - «...una dimensión dinámica y un proceso interactivo entre dos personas ...», exigiendo una participación activa tanto de la víctima como del delincuente, a fin de conseguir un entendimiento recíproco capaz de resolver el conflicto.

221 «... A diferencia de otros efectos del delito, como la *restitution* y el *resarcimiento*, que caen en la órbita civil y se dirigen a la satisfacción de intereses particulares lesionados, la pena va dirigida a satisfacer un interés general y no fraccionable de la colectividad misma...»: Gómez Orbaneja, E., (Comentarios a la L. de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria), I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1947, pag. 3²

228 Tamarit, ((La reparación...)), tit., pag. 92

229 «Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación. ~Envers una reprivatització⁶ del control social?», en (El dret penal i la víctima), ((Papers d'Estudi i Formació)⁶), 8, 1992, pag. 26. Cito por Tamarit, ((La reparación...)), tit., pag. 92

104

La reparation del dano -explica Roxin²³⁰ - «... no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y útil y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del dano puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de este modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del dano es muy útil para la prevención integradora²³², al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el dano, la víctima y la comunidad consideraran eliminada -a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito...».

230 Roxin, C., (<Derecho Penal. Parte General>), I (Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito), Civitas, Aladrid, 1997, pag. 109

231 Plid

liddl

por su parte, «...tanto se ve como se otorgan nuevo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del dano en la forma de una compensación autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad...»: Roxin, (<Derecho Penal ...>) tit., pag. 109

232 P

El individuo ante la prevención general positiva, consistente en que a través de la pena y la Administración de Justicia penal deben facilitar al ciudadano una actitud afirmativa frente al orden jurídico...», se consigue de tres modos: (...por el efecto didáctico que se produce cuando los preceptos penales son interpretados públicamente en la vista y en la sentencia: por el efecto de confianza que se logra cuando la población ve que el Derecho se impone; y por el efecto de la satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito...). En este último aspecto, «...incumbe a la reparación una tarea que ni la pena ni las medidas pueden cumplir de igual forma. Ello es así porque con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno, mientras que persiste el perjuicio de la víctima. Sólo cuando esta haya sido reparada en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado...» ((La reparación en el sistema...)) tit., pag. 22). Roxin llama ((prevención por reintegración)) («Integrationsprävention») «...a la tarea del Estado procurando la satisfacción social en todos los frentes...» (mismo lugar, pag. 22).

105

Y continua: «...La legitimación política jurídica de la reparación del daño como una "tercera vía" de nuestro sistema de sanciones, la proporciona el principio de subsidiariedad... Así como la medida sustituye o completa la pena comp "segunda vía" donde esta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o solo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente ahí donde satisface los fines de la pena las necesidades de la víctima igual o mejor que la pena no atenuada...»²³³. Por eso, la reparación puede llegar a excluir la necesidad de la pena en casos de infracciones castigadas con penas mínimas, atenuándolas cuando es menos grave?».

Esta concepción de la reparación y de su función en el ámbito del Derecho Penal ha sido criticada. La **reparación-escabe** 1-⁵ - «...solo viene en consideración como un factor retributivo»²³⁶ [porque los fines de la pena «...se refieren a la pretensión penal estatal dirigida contra el autor...» 237], importante para la medición o modificación de la pena en el aspecto de su ejecución, pero que solo *mediatamente* tiene también consecuencias en favor del ofendido...»

El papel de la reparación en relación con los fines de la pena

Para Silva Sánchez²³⁸ (partiendo de las ideas de Roxin), la reparación no constituye... un *nuevo fin del Derecho*

(«Derecho Penal...») cit., págs. 109-110

²³⁴ Roxin, ((Derecho Penal...)+ tit., pág. 109

²³⁵ Loc. cit., pág. 569

²³⁶ Por eso, para el Derecho Penal, cuenta más el esfuerzo por conseguir la reparación que el resultado reparatorio mismo.

²³⁷ Hirsch, loc. cit., pág. 568

²³⁸ Sobre la relevancia...» tit., págs. 198-200

106

penal (un *dritter Zweck*), sino que es asumida por este en tanto en cuanto contribuye al cumplimiento de sus fines tradicionales del Derecho penal. Es aquí donde cobra sentido el empleo de la expresión *odritte Spur*) (tercera vía)... [La] reparación puede contribuir sustancialmente a la realización de fines del Derecho penal desde perspectivas de subsidiariedad...».

Esther Giménez-Salinas, por su parte, no duda en afirmar que la reparación, en sentido amplio, «... es... una meta racional propuesta como tarea del Derecho Penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que no perjudique sino coopere a los fines de la pena estatal y segundo, que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto...»²³⁹.

8.2.5.- Reparación, compensación, conciliación

La relación entre compensación y reparación queda clara en la definición que Dolling da de aquella como «... la superación del hecho punible a través de la regulación del conflicto entre el autor y la víctima, especialmente mediante la reparación de los daños causados...»²⁴⁰.

La reparación compensatoria ha salido, de pronto, de la oscuridad²⁴¹, para despertar un extraordinario interés entre los juristas, y pasar a inspirar reformas legislativas.

²³⁹ ((La mediación... » tit., pág. 98. Una manifestación de esta combinación de intereses en juego sería la condición de reparación para que el Ministerio Fiscal pueda abstenerse de promover la acción penal, o para que pueda concederse la suspensión de su ejercicio.

²⁴⁰ Dolling, D., « Der Täter-Opfer Ausgleich- Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform », en ((Juristische Zeitung), 10, 1992, pág. 495.

²⁴¹ «Schattendasein: Dolling, loc. cit., pág. 493; Schmidt-Hieber, ((Ausgleich statt Geldstrafe)), en « Neue Juristische \Vochenschrift », 32, 1992, pág. 20002 (tit. Por Tamarit, loc. cit., pág. 93)

107

Así, el Proyecto Alternativo de Reparation («*Alternativ Entwzuzf Wiederyutmachung*»²⁴²), de 1992, elaborado por un equipo de profesores alemanes, austriacos y suizos, pese a la oposicion encontrada en la quincuagesimoquinta Dieta de Juristas Alemanes («*Deutscher Juristen Tag*»>>, Hannover, septiembre de 1992)²⁴³ por la ponencia de Schoch, demostro su influencia sobre el foro, y seguramente sin el no podria explicarse la reforma alemana de 1994.

Mas, para que la reparation pueda sustituir la pena o insertarse en el mecanismo punitivo tradicional para mejorar sus efectos, es preciso, como queda visto, que sea el resultado de un proceso dialectico, de comunicacion entre las partes en conflicto.

Una ojeada al panorama comparado, y una analisis semiótico de la terminología utilizada sirve para comprender que, sin desconocer su trascendencia pública, pasa a primer plano el *conflicto* entre persona que causa un dano y persona que lo sufre (evitando, incluso, en lo posible, las cargas valorativas que eritranan parejas conceptuales como *delincuente y victima, u ofensor y ofendido*); conflicto que se trata de *manejar* y resolver a traves de un proceso de esfuerzo de entendimiento entre una y otra, que pasa por la *reparation* (en sentido amplio de volver las cosas a su buen estado primitivo: *Wiedergutmachen*) del dano causado.

La dificultad (aunque no absoluta imposibilidad) de que esa reciproca comprension se produzca espontaneamente conduce al establecimiento de mecanismos de *conciliation mediada* entre ofensor y ofendido, basada en el efecto pacificador de la

²⁴² Un buen resumen de sus principios y contenido puede encontrarse en Roxin,

(«La reparación...» tit., pags. 23 y ss.; Tamarit, («La reparación...» tit., pags. 106 y ss.; López Barja de Quiroga, lot. tit., pags. 121-122. Se reproduce en Pérez Sanzberro, lot. Cit., pags. 423 y ss.

²⁴³ véase Tamarit, lot. tit., pags. 136 y ss.

108

reparation, que vienen proliferando y robusteciendose a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

El hecho delictivo crea siempre un conflicto, y, a su vez, puede ser el resultado de otro conflicto preexistente. La *(re)conciliación* mediada ha de trabajar en ambos niveles, poniendo en contacto las *dramatis personae* de uno y otro conflictos.

Esta recuperación del fondo conflictivo de todo hecho delictivo devuelve su importancia perdida a la victima, ya sea individual ya colectiva, difusa o anonima; aunque, por su naturaleza, obligue a colocar en uno de los extremos de la relación, a *representantes* del conjunto afectado.

A la vez, la *(re)conciliación* lograda (entre otros medios) a traves de la reparation compensatoria se inserta en una política criminal de lo que Pfeiffer ha llamado muy expresivamente el «*desarme del Derecho Penal*», que responde muy bien a la pujanza que está cobrando la idea de subsidiariedad del papel punitivo del Estado. Cuanto más activo sea el papel de la victima y más eficaz su interacción con el ofensor para lograr la resolución de su conflicto, más en retirada se batirá el Estado²⁴⁴, que reservará su intervención para aquellos casos en que sea realmente imprescindible.

²⁴⁴ Pfeiffer, C., «Täter-Opfer-Ausgleich- das Trojanische Pferd im Strafrecht?», en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 9, 1992, pag. 338

¹⁵ Maier (lot. tit., pags. 48-49 y 52) llega a proponer que la victima actúe como parte acusadora sustituyendo al Ministerio Fiscal, aunque bajo su dirección y control.

109

9.- LA «CONCILIACION MEDIADA» COMO MEDIO PROCESAL PARA LOGRAR LA REPARACION

«...La conciliation -escribe Guadalupe Perez Sanzberro²⁴⁶ implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas... [El] concepto tiene dos dimensiones igualmente importantes: por un lado, la que hace referencia al logro de un resultado, el acuerdo, que normalmente tiende por objeto la reparación del daño; por otro, importa también en cuanto a procedimiento, ya que supone el protagonismo de sujetos directamente implicados en el delito (infractor y víctima), en su tratamiento y en la regulación de sus consecuencias, a través del proceso comunicativo caracterizado por la horizontalidad y la superación de los estrechos límites que imponen las definiciones jurídicas (aunque estas influyan en dicha comunicación)...».

Y destaca estas tres características del sistema de conciliación mediada: «...1) La participación de los directamente implicados (autor y víctima); 2) la atención a las consecuencias lesivas del delito; 3) la intervención de una instancia mediadora que facilite la comunicación entre los sujetos enfrentados con el fin de llegar a una solución pacificadora...»²⁴⁷.

El diálogo mediado busca, ante todo, como explica pedagógicamente Esther Gimenez Salinas, no tanto, o no solo, la compensación del daño causado, sino, «...una mejora del clima social ...», «...a través de:

²⁴⁶

Loc. cit., pág. 222-247. Loc. cit., pág. 33

110

Para el autor:

Confrontación con la víctima

Conocer el daño que ha hecho

Saber que la víctima es de "carne y hueso"

Para la víctima:

Tener la sensación que alguien va a reparar el daño causado. Que no quedará en el olvido

Conocer al delincuente y poder decirle lo que piensa de su actuación. ...²⁴⁸

Obviamente, para todo anterior es indispensable, ante todo, una actitud determinada del causante del daño, en la medida en que este dispuesto a reconocer su participación en el hecho dañoso y asumir autocriticamente su responsabilidad.

La trascendencia de este presupuesto no parece precisar de mayor explicación. La negación de la realidad del hecho o de la participación en el hecho insoslayable el debate en el marco del proceso jurisdiccional²⁴⁹.

⁴⁵ Loc. cit., págs. 80-81

²⁴⁹ Por eso, en el Proyecto Alternativo Alemán se pone el acento en los principios de voluntariedad (*c(Freiwilligkeitsprinzip)n*) bilateral, esto es, de aceptación del mecanismo conciliatorio por ambas partes, y de asunción o asimilación del

hecho (*«Tatverarbeitung»*), que procura un enfrentamiento del autor con su acción, asumiendo responsablemente su hecho (*«ab'erantwortung.subernahtne»*).

Ocasionalmente, esta actitud autorresponsable del autor puede conducir a iguales resultados que una conciliación, aunque ésta **haya fracasado por el irrazonable rechazo** de la víctima.

111

Suele patrocinarse la conciliación como un mecanismo de resolución del conflicto apto solo para aplicarse a infracciones menos graves: más que puras *bagatelas* (por razones meramente económicas, ya que esas *nimiedades* son, a menudo, resultado de conflictos de relación cotidiana para los que la respuesta penal se ha revelado hasta tiempo insuficiente) y menos que la grave delincuencia²⁵¹ (por concesión a la satisfacción de los sentimientos de alarma social y a las exigencias de reforzamiento de la confianza colectiva en la **vigencia del sistema**), **así como la vigencia intrafamiliar o la ejercida sobre menores y la delincuencia sexual.** Conviene disipar algunos temores y malentendidos.

No se trata de utilizar las propuestas mediadoras como, por utilizar la plástica (comparación de Pfeiffer²⁵¹, un caballo *de* Troya en cuyo vientre se agazapa el abolicionismo radical, en espera de su hora, tampoco, de sustituir el Derecho Penal por un Derecho Reparador, rudo convertir la reparación (en cuanto pago de cierta cantidad de dinero) como un talismán que conjure la

250
251

El a)
b)
c)

Proyecto Alternativo alemán diferencia cuatro niveles delictivos:

La criminalidad de bagatela debería quedar pura y simplemente al margen de cualquier reacción penal.

Hay delitos de poca gravedad, aunque no insignificantes, respecto de los cuales pueda estimarse que la intensidad del injusto ha quedado neutralizada con posterioridad a su ejecución mediante la compensación reparatoria por parte del autor, hasta el extremo de volver innecesaria y aun contraproducente la persecución y la imposición de una pena. Estos casos podrían desjudicializarse aplicando el principio de oportunidad.

A diferencia del caso anterior, en la delincuencia de intensidad intermedia, procederá la judicialización y la emisión de un juicio de reproche, aunque sin imposición de pena, si no la hacen preciso exigencias preventivas.

En este último caso, y en el de delitos graves (verdadero caballo de batalla en el mismo seno del equipo de redactores del Proyecto Alternativo: véase Tamarit, ((La reparación...» tit., pág. 133), procedería una atenuación de la pena o una flexibilización de las condiciones de su ejecución.

En Austria no existe limitación a la conciliación por razón de la gravedad de la pena asignada al delito. véase Giménez-Salinas, loc. cit., pág. 100

112

pena (lo que, traducido al lenguaje vulgar, habría de leerse así: *vel que tiene dinero, no cumple el castigo*)), ni tampoco como sustitutiva de la pena²⁵², sino de entender que la mediación reparatoria funcionara, precisamente, cuando la respuesta penal no tenga otro sentido que la pura y simple causación inútil de un final al infractor.

Por eso la reparación va a ser acompañada del *encuentro* entre el causante del daño y el dañado, en quien, en alguna medida, se encarna la comunidad. La vigencia del Derecho se restablece en esta porque se restablece en el infractor y en su víctima; porque se produce una pacificación social, sin necesidad -en muchas ocasiones- de un juicio de reproche pronunciado por una instancia extrínseca, sino por la misma persona que reconoce su falta en su verdadera dimensión²⁵³

La diferencia entre la pura reparación civil y la compensación que consigue la (re)conciliación entre ofensor y víctima queda evidenciada, ante todo, porque la reparación se toma solo como *un síntoma* de esa (re)conciliación, que lo es, a su vez, de la inclusión del conflicto privado que separaba a ambos, y de pacificación entre el autor de la infracción y la comunidad en que cometió, consiguiéndose un doble efecto preventivo, a saber,

53

La conciliación

Incrementando el importe de la indemnización más allá de la que haga preciso el restablecimiento del estado de cosas, o la compensación de los perjuicios efectivos, a ejemplo de los (exemplary o (punitive damage.)), con lo que tampoco se debe confundir el desplazamiento patrimonial de beneficios extraordinarios, conseguidos injustamente mediante la lesión a los intereses de una persona, que puede funcionar muy bien en casos - a título de ejemplo- de denigración a través de medios de comunicación como medio de asegurarse los ingresos correspondientes a una tirada o difusión extraordinarias del programa &

El verdadero problema lo plantean tantos penados (y la gama va de los violentos marginales o los soberbios delincuentes socio economicos) a los que se castiga sin conseguir que lleven a cabo la minima autocritica de su comportamiento; autocritica que no resucita viejas perspectives de moralismo trasnochado, sino la recapacitacion sobre lo que significa el contrato social.

113

esus Fernandez Entralgo

el especial (el infractor asume su culpa, actitud que lo fortalecera contra eventuales tentaciones futuras de delinquir) y el general positivo, ya que la Sociedad comprueba que su sistema penal funciona, aun sin necesidad de la ejecucion efectiva de la pena.

Dos escollos podrian entorpecer el buen exito de los mecanismos de reparacion conciliadora, tal como queda expuesta.

Es el primero, la posibilidad de que el delito no haya producido resultado lesivo alguno, o de que no se pueda identificar una o varias victimas concretas, como ocurre con los delitos sin victima>) o en defensa de un bien juridico difuso, colectivo o indeterminado.

Los redactores del Proyecto Alternativo alerrian encontraron la solution, arbitrando prestaciones personales en beneficio de intereses comunitarios.

Estas prestaciones alternativas podrian conststir en:

2.- Otras prestaciones materiales, como pagos de sumas de dinero a organizaciones de utilidad social,

3.- Obsequios al perjudicado o prestaciones inmateriales, como disculpas, o conversaciones de reconciliacion, y

Compensation de perjuicios en favor de terceros, especialmente de entidades aseguradoras, a las que se haya transmitido el derecho de la persona ofendida²⁵⁴,

Se trata de una cuestion controvertida (vease un resumen de su estado en Tamant, uLa reparacio...) tit., pags. 118-119), que se complica aun mas ahí donde - Italia e incipientemente Espana- se discute si la contratacion de un seguro de responsabilidad civil puede ser entendida como una **reparacion (por via indirecta)** de los perjuicios ocasionados.

114

- Prestaciones laborales, en particular, los trabajos de utilidad COMM

Mediante estas acciones, el ofensor ponía de manifiesto su buena voluntad de esforzarse por reparar el dano producido.

Su realizacion puede permitir que el ofensor se beneficie de los efectos de una conciliacion que haya fracaso por la negativa irracional de la victima a aceptar los ofrecimientos de aquel.

Como importa, ante todo, la comprobacion de la buena voluntad positiva del autor del delito, la realizacion de una o varias de aquellas prestaciones alternativas puede servir tambien para completar una reparacion parcial, cuando aquel no pueda satisfacerla en su integridad²⁵⁵.

La necesidad de proteger los intereses legitimos de la victima funciona como limite de [as posibilidades de la conciliacion reparadora, evitando que se convierta en sistema beneficoso para el delincuente y se pierda el punto de vista de las victimas

«... El problema es que a veces se presenta [la mediacion] solamente como la oportunidad para el delincuente de sustraerse al proceso penal... [y] se convierte con demasiada frecuencia en sistema beneficoso para el delincuente y se pierde el punto de vista de las victimas. Creo que esta postura no es del todo ajustada, ya que las estadisticas de los diferentes paises demuestran que son Las victimas normalmente las mas satisfechas con una reparacion. No obstante, es cierto que a menudo en el campo de los 16 venes, uno de los principales objetivos es evitarles ser sometidos a un proceso penal ... »²⁵⁶.

255 Sobre todo esto: Roxin, («La reparacion...» tit., pags. 23 y ss.; Tamarit, lot. tit., pags. 115 y ss.; Lopez Barja de Quiroga, lot. tit., pags. 120-121

256 Gimenez-Salinas, lot. tit., pags. 24-25

115

Jesus Fernandez Entralgo

La mediación es, topicamente, un mecanismo de evitación del proceso o del fallo; pero ya se están llevando a cabo experimentos durante la ejecución de las penas (tampoco descartados de plano en la bibliografía especializada²⁵⁷), con vistas a la reclasificación y disfrute de beneficios penitenciarios, o a la sustitución misma del cumplimiento de la pena mediante la asunción de una medida asegurativa de tratamiento, voluntariamente asumido.

La conciliación mediada encaminada a la reparación del daño (social e individual) causado por el delito es, todavía, una institución insuficientemente conocida²⁵⁸, y, sin embargo, ya ha conseguido una amplia aceptación internacional y se ha convertido en Derecho positivo en muchos Estados²⁵⁹.

El Consejo de Europa reconoce que existe un amplio consenso en que un proceso de mediación es una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro²⁶⁰. Fruto de este modo de ver las cosas son un conjunto de recomendaciones del Consejo en esta materia²⁶¹.

25 Gimenez-Salinas, lot. tit., pag. 21

258 Berizonce. loc. tit., pag. 7; Santana, J.L., c(«Arbitraje y justicia», La Ley, Buenos Aires, 1992, pag. 534; Cueto Rúa, J.C., c(«Nuevos procedimientos para la solución de las disputas en los EE.UU.»), La Ley, Buenos Aires; 1991, pag. 790

259 Gimenez-Salinas, lot. tit., pags. 20, 99-103,

260 Comité Européen pour les problèmes criminels. Comité d'experts sur la médiation en matière pénale. Strasbourg, 1996. véase Gimenez-Salinas, lot. tit., pag. 18

261 t

s
s
s

Recomendación (87) 20: sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil: la mediación como medio de evitación de la pena privativa de libertad en Derecho Penal Juvenil

Recomendación (83) 7: la reparación como fórmula de sustitución de la pena privativa de libertad

Recomendación (85) 11: sobre posición de la víctima en el proceso penal: consideración de los esfuerzos de reparación del delito por el culpable

Recomendación (87) 18: sobre simplificación de la Justicia Penal: mediación y reparación como estrategias de evitación del proceso penal

116

Gimenez-Salinas¹⁶² ha confeccionado esta lista de características comunes de los sistemas de mediación: Su origen está dentro del movimiento de atención y compensación a la víctima; sin embargo en algunos países se aplica también a *delitos sin víctima* o con *víctima anónima*

No se pretenden principios reeducativos; sin embargo, tanto mejor, si se consiguen.

A través de la conciliación se busca conseguir una mejora del clima social. No es pues la simple y mera compensación del daño. La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un procedimiento dinámico entre víctima y delincuente. Es la discusión activa del problema. Es abordarlo directamente. Es sentir que se forma parte de ese conflicto.

La conciliación víctima-delincuente debe ubicarse dentro del Derecho penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del proceso penal. La conciliación víctima-delincuente necesita, por consiguiente del Derecho penal para decidir que es delito, quien es delincuente, quien es víctima. Sin embargo, la solución al conflicto se lleva a término de forma extrajudicial, y aquí ni imperan ya las reglas del Derecho penal, en cuanto a la proporcionalidad del tipo de compensación, etcétera.

Una de las finalidades más importantes de la conciliación víctima-delincuente es encontrar una solución rápida y eficaz. La extraordinaria lentitud de la Justicia, es una de las cosas que más ha favorecido el nacimiento de movimientos similares a la conciliación.

c. Cit., págs. 79-80

117

Jesus Fernández Entralgo

6.- Es necesario matizar en qué consiste la figura del mediador, No es un nuevo juez, no es el que impone las medidas (diferencias entre mediación y arbitraje). Es simplemente una persona que ayuda, que media en la situación, pero que no resuelve el conflicto; su función es poder en relación a víctima y delincuente para que sean éstos quienes busquen la solución más adecuada.

7.- El delincuente, ha de reconocer en el momento de su detención -para poder proceder al acto de conciliación víctima-delincuente- su culpabilidad. Aquí nos podemos preguntar, naturalmente desde el punto de vista del Derecho penal, qué pasa con el principio de presunción de inocencia.

8.- La confrontación es el aspecto más importante de la conciliación.

se confronta con su víctima
conoce el daño que ha hecho y
- sabe que la víctima es ((de carne y hueso))
y la víctima:
tiene la sensación de que alguien va a reparar el daño causado; que no quedará en el olvido
conoce al delincuente y puede decirle qué piensa de su actuación [pero también los factores que lo llevaron al delito]

118

9.- La conciliación no exige arrepentimiento. No se habla en términos morales. Se trata simplemente de arreglar un conflicto.

Es importante desligar el concepto de conciliación de ideas moralistas; o de exigir más allá del puro comportamiento reparador. Precisamente, el éxito o el fracaso de la conciliación está en respetar este principio.

10.- Pueden suspender el procedimiento:

la Policía

el Ministerio Fiscal, en virtud del principio de oportunidad¹⁶¹ (lo corriente en Europa)

el Juez

En la República Federal Alemana, el Artículo 46 de su Código Procesal Penal, reformado en 1994, regula, como reza su epígrafe, la conciliación entre el autor y su víctima y la reparación del daño. Supone una atenuación de la pena y, si ésta es inferior a un año de privación de libertad o trescientos sesenta días-multa, prescindir de ella, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos:

1.- Que el autor repare su hecho en todo o en la mayor parte, o bien lo pretenda seriamente, en su esfuerzo por alcanzar una conciliación con la víctima; o bien,

1-6pez Barja de Quiroga. en « Ca mediación...» cit., pag. 121. también pone de relieve la estrecha conexión que existe entre la conciliación penal y, el principio de oportunidad.

119

Jesus Fernandez Entraigo

2. - Que indemnice a la víctima en todo o en la mayor parte, en caso de que la reparación del dano le haya requerido prestaciones personales o una renuncia personal relevantes.¹⁶⁴

En España, son esperanzadores los resultados que se están obteniendo en el ámbito de la Justicia de Menores (el campo abonado para la mediación en el ámbito penal) aprovechando dos oportunidades que brinda la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, tal como quedó redactada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. En la regla sexta del apartado dos de su Artículo 15, se establece una fórmula inicial de evitación del proceso merced a la introducción del principio de oportunidad legalmente reglada y homologada judicialmente.

En efecto, a su tenor, el Ministerio Fiscal, cuando pueda imputarse al menor la participación en un hecho que aparece tipificado en el Código Penal, una vez disponga el informe técnico ... sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye...», podrá proponer al Juez que se dé «...por concluida la tramitación de todas las actuaciones...», «... [atendiendo] a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el dano causado a la víctima...».

264 En Bélgica, tras la Ley de 1994 que organiza la mediación penal, la reparación en forma de compensación dineraria es la condición más frecuente, pero también se imponen deberes de conducta consistentes en la petición de disculpas a la víctima, intercambios de información o condiciones de vida en común: véase Peters, *loc. cit.*, pag. 157

120

El juez resuelve sobre la procedencia de la propuesta del Ministerio Fiscal. Si la acepta, se trunca el procedimiento, sin seguir adelante.

Si sigue adelante, concluida la audiencia, a tenor del Artículo 16.3 de la Ley antes citada, «... [en] atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, aceptaren una propuesta de reparación extrajudicial. Ello no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo, si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada. ...».

Hasta aquí, la fase de conciliación, incluida la posibilidad de la ficción del buen éxito de la mediación, cuando se haya frustrado por la actitud irracionalmente obstructora del perjudicado; posibilidad que es comúnmente aceptada en la bibliografía especializada y en el ámbito jurídico comparado.

El precepto contiene las reglas de admisión de la decisión de suspender el fallo y los mecanismos complementarios, que son, precisamente, los que dan trascendencia sancionadora (no necesariamente represiva, cuanto más en materia de menores) al sistema:

Para tomar su decisión, « ...Oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación

121

Jesus Fernández Entralga

y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez...».

El Artículo 19 (*Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima*) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, de Responsabilidad Penal de los Menores (cuya entrada en vigor se produjo el 12 de enero de 2001) establece

.- [Podrá] el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia intimidación graves en la comisión de los hechos, y en la circunstancia de que además el menor se haya conculcado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir toda actividad

educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito muy grave castigado, por ejemplo, con pena de prisión de más de tres años] o falta.

2.- A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas, y se comprometa por reparación del compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellas o de la comunidad, seguido de su realización efectiva todo ello sin perjuicio de

122

3.- El correspondiente equipo técnico realizará [las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4.- Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5.- En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6.- En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente Artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores ... »265.

Incoado el expediente, todavía cabe una posibilidad de conciliación, a tenor del Artículo 27, cuando se considere conveniente el Equipo Técnico.

La Septum de las «Propuestas para la Reforma de la Justicia, sobre la base del Libro Blanco de la Justicia y de las sugerencias formuladas por las Salas de Gobierno», formuladas en julio del 2000 por el Consejo General del Poder Judicial español es del siguiente tenor:

Alastuey, roc. tit., pags. 440 y ss

123

Jesus Fernandez Entralgo

...7.1.- Se procurara evitar la mcoación del proceso penal cuando se haya producido la reparation inmediata y total del dano causado a particulares e intereses publicos, en los supuestos de faltas o delitos menos graves, sin violencia o intimidación ni grave peligro para la vida e integridad de las personas, previa propuesta del Ministerio Fiscal ratificada de conformidad por los representantes de los intereses afectados.

7.2.- Sera obligatorio informar a la victima y al presunto delincuente de dicha posibilidad en su primes declamción o comparecencia.

7.3.- Se estableceran medidas reparadoras que, en los referidos casos, sustituyan a las penas que actualmente corresponden a las infracciones cometidas...», enunciandose como tales las siguientes:

«...- Reparación económica completa del dano causado a los particulares o a los intereses públicos, unida a la ratificación de la misma ante el Ministerio Fiscal por los representantes de aquellos y de estos.

Complementaria o altemativamente, cualesquiera otras obligaciones que el Juez, oido el Ministerio Fiscal y la victim de la infracción, estime convenientes para la reinserción social del infractor, siempre que no atenten contra su dignidad como persona y resulten proporcionadas a la gravedad de la infracción imputada, tales como prestaciones en beneficio de la comunidad o de la victima, realización de tareas socioeducativas o equivalentes. Para la elección de la medida por el Juez, que habra de ser siempre motivada, deberan ponderarse especialmente las circunstancias del hecho, la edad, personalidad, circunstancias personales y sociales del infractor y el interes de la victima...».

La octava Propuesta programa, en estos casos, la introducción de la mediación -por el Juez o Tribunal- con sobreseimiento de la respectiva causa.

124

En los Códigos Procesales Penales de Costa Rica, El Salvador y Guatemala, la conciliation es tratada como causa de extinción de la acción penal.

El Artículo 36 del Código Procesal Penal de Costa Rica regula la conciliación de este modo:

... En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procedera la conciliación entre victima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura del juicio.

En estos casos, si las partes no to han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurara que manifiesten cuales son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberan guardar secreto sobre to que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologara los acuerdos y declarara extinguida la acción penal.

El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

No obstante lo dispuesto antes, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia

125

Jesus Fernández Entralgo

con ese propósito, salvo cuando se soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales...»

En el Código Procesal Penal de El Salvador 1996, procede la conciliación entre imputado y víctima, a tenor del Artículo 32, Cuando se trate de los delitos siguientes:

Delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial;

Homicidio culposo;

3.- Lesiones;

4.- Delitos de acción pública previa instancia particular;

5.- Delitos sancionados con pena no privativa de libertad; y

Delitos menos graves.

Su tratamiento es el siguiente:

En cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública, la víctima comunicará el acuerdo al tribunal. Esta comunicación será personal, consignándose su contenido mediante acta...

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas entre las cuales se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido; y en su caso se señalará un plazo para su cumplimiento.

La certificación del acta de conciliación, tendrá fuerza ejecutiva...».

Cuando el imputado incumpliere dentro del plazo sin justa causa las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado o... »... 266 véase, Seoane, loc. cit., págs. 219 y ss.

126

Así lo dispone el Artículo 33.

El Código Procesal Penal de Guatemala reserva la conciliación para el juicio por delito de acción privada.

A tenor de su Artículo 477, presentada y admitida la querrela, «...el tribunal convocará a una audiencia de conciliación, remitiendo al querrelado una copia de la acusación y del poder en su caso.

La audiencia será celebrada ante el tribunal, quien dará oportunidad para que querrelante y querrelado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constará en acta y se consignará todo que las partes soliciten.

Querrelante y querrelado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus abogados... Por acuerdo entre querrelante y querrelado se podrá designar a la persona que propongan como amigable componedor, quien tomará a su cargo la realización del acto de conciliación, que deberá ser presentado al tribunal para su aprobación...».

.-Finalizada la audiencia de conciliación sin resultado positivo -dispone el inciso primero del Artículo 480- el tribunal citará a juicio en la forma correspondiente...».

267

Así lo dispone el Artículo 33.

«Artículo 478. Imputado. Si el imputado concurriere a la audiencia de conciliación sin defensor, se le nombrará de oficio. De igual manera se procederá si no concurriere, habiendo sido debidamente citado y no justificare su inasistencia. El procedimiento seguirá su turno.

»Salvo en la audiencia de conciliación y en los actos posteriores de carácter personal o cuando se requiera su presencia, el imputado podrá ser representado durante todo el procedimiento por un mandatario con poder especial.

»Cuando el imputado no hubiere concurrido a la audiencia de conciliación, el tribunal, previo a ordenar la citación a juicio, lo hará comparecer para ser identificado debidamente, que se dale lugar para recibir citaciones y notificaciones y nombre Abogado Defensor, advirtiéndole sobre su sujeción al procedimiento...»

«Artículo 479- Medidas de coerción. Sólo se podrán ordenar medidas de coerción personal para la citación y los que correspondan al caso de peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad...»

127

10.- CASOS EN QUE PROCEDE

Jose Maria Palacios Mejia

La conciliación, como uno de los medios más eficaces para ponerle fin al conflicto planteado ante los tribunales con jurisdicción en el área penal, procede en los siguientes casos:

10.1.- En los juicios de faltas

En nuestro Derecho Penal las infracciones que caen dentro de su ámbito de aplicación se dividen en delitos y faltas. El criterio para diferenciar los unos de las otras es meramente formal, dependiendo de su ubicación en la estructura del Código Penal; son delitos todos los injustos contenidos en el Libro Segundo y faltas los que aparecen en el Libro Tercero.

Aunque expresamente no se establece diferencia, en relación a la naturaleza de las penas que corresponden por una parte a los delitos y, por la otra, a las faltas, es cierto que con la pena de reclusión solamente se sancionan los primeros y con la de prisión las segundas. Y cuál es la diferente naturaleza de tales penas: la de reclusión sujeta al condenado a trabajar por el tiempo de la condena en obras públicas o en labores dentro del establecimiento penal; además, debe ser cumplida en las cárceles departamentales cuando no exceda de tres años y en una penitenciaria nacional cuando sea mayor de ese tiempo; y la prisión obliga al penado a trabajar en labores dentro del establecimiento y debe cumplirse en una cárcel local. Anteriormente, había una distinción de naturaleza cuantitativa con respecto a la duración de la pena: la prisión se extendía de un día a tres meses, y la reclusión de tres meses a veinte años, pero el elemento duración fue eliminado en la reforma contenida en el Decreto No. 191-96.

128

Ahora, en lo que respecta a su naturaleza, la verdad es que las exigencias de la teoría del delito se extienden también a las faltas. En fin de cuentas, la verdad es que todos los ilícitos se engloban dentro de la conceptualización de delitos, los cuales, por su gravedad, se clasifican en delitos propiamente dichos y en faltas o contravenciones, como se les llama en otros países.

Es importante señalar que en el Código Penal se establece que son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en la Parte General, con algunas excepciones, entre las cuales vale la pena subrayar las siguientes:

- 1.- El principio de territorialidad se aplica sin excepciones; solamente las faltas que se hayan cometido en el país son punibles.
- 2.- En cuanto al grado de ejecución, únicamente son objeto de persecución y sanción las faltas consumadas.
- 3.- En lo atinente a la participación, se previene nada más la responsabilidad de los autores.

4.- La reincidencia no se aprecia después de transcurrido un año de la fecha de la sentencia condenatoria, a diferencia de lo que ocurre con los delitos, en relación a los cuales ese término es de cinco años.

La competencia para conocer de las faltas corresponde a los Jueces de Paz, según un procedimiento especial previsto en el CPP en el capítulo correspondiente.

10.2.- En los delitos de acción privada

Según lo que dispone el Artículo 27 del Código Procesal Penal, solamente son perseguibles por acción de la víctima los siguientes delitos:

129

Jose María Palacios Mejía

1.- Los relativos al honor, es decir, la calumnia, la injuria y la difamación. La calumnia es la falsa imputación de un delito que da lugar a procedimiento de oficio (Artículo 155 CP), y como en el Código Procesal Penal no existe la posibilidad de iniciar de oficio procedimiento judicial por delito alguno, habrá que entender, entonces, que debe considerarse calumnia la falsa imputación de un delito de acción pública (artículos 25 y 26 CPP). La injuria consiste en proferir expresiones o ejecutar acciones en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (Artículo 157 CP). Y la difamación se da cuando las expresiones o acciones constitutivas de injuria o calumnia se hacen por medios de divulgación que puedan concitar en contra del ofendido el odio o el desprecio público (Artículo 160 CP).

La violación de secretos, su revelación y el chantaje. Incurrir en el delito de violación de secretos quien sin la debida autorización judicial, con cualquier propósito, se apodera de los papeles o correspondencia de otro, interceptare o hiciere interceptar sus comunicaciones telefónicas, telegráficas, soportes electrónicos o computadoras, facsimilares o de cualquiera otra naturaleza, incluyendo las electrónicas (Artículo 214 CP). Comete el delito de revelación de secretos quien revela sin justa causa o emplea en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su oficio, empleo, profesión o arte y con ello ocasiona perjuicio a alguien (Artículo 215 CP). La conducta que se subsume en la figura del chantaje se describe así: quien con amenazas de imputaciones contra el honor o el prestigio, o de violación o divulgación de secretos con perjuicio en uno u otro caso para el ofendido, su familia o la entidad en cuya gestión intervenga o tenga este interés, exigiere la entrega de una cantidad de dinero, recompensa o efectos (Artículo 222 numeral 3°. CP).

130

3.- La negación de asistencia familiar a personas mayores de edad. Quien niegue asistencia familiar, después de haber sido requerido fehacientemente para ello, incurre en este delito tratándose del cónyuge, de los hijos menores de veintiún años, de los pupilos bajo su guarda, los ascendientes o descendientes que se encuentren inválidos, enfermos o por cualquier causa incapacitados para el trabajo (Artículo 177 CP); pues bien, cuando el alimentario sea mayor de edad y el obligado a proveer a su subsistencia se niega a hacerlo, el delito solamente puede ser perseguido a instancia de la víctima.

4.- La estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión. En el Artículo 615 del Código de Comercio se prescribe que "comete el delito de estafa, a menos de probar que no tuvo intención dolosa, el librador de un cheque que no haya sido pagado a su presentación por cualquiera de las siguientes causas: 1.- Ser insuficiente la provisión;...". Antes de seguir adelante, creemos necesario señalar que en esa disposición se incluye un elemento que es violatorio del precepto constitucional que consagra el estado de inocencia del imputado (Artículo 89 de la Constitución de la República), al exigir que esté para que no se considere delictiva la conducta que se le atribuye, debe probar que no actuó con intención dolosa. Nuestra posición es la de que debe probarse la intención de defraudar

de parte de quien gira un cheque, siendo que en el banco girado no hay fondos suficientes; en la práctica se dan muchos casos en los que no hay dolo de parte del librador, no obstante darse la indicada situación en cuanto a los fondos que tiene en el banco. Un ejemplo es el del cuentahabiente desordenado en el manejo de su cuenta que no lleva un registro cuidadoso de los depósitos que hace y de los cheques que libra por lo que, en algún momento, sin saber cuál es el saldo

131

Jose Maria Polacios Mejia

El tomador sabe que en el momento del libramiento no hay fondos en el banco y que para la fecha respectiva espera que los haya, pero esto queda sujeto a la eventualidad de que el librador tenga la posibilidad de hacer el correspondiente depósito, lo cual puede no suceder por causas no imputables a él, o sea, pues, que el beneficiario del cheque no es víctima de engaño. Y un ejemplo más tenemos en el cheque frado no como orden incondicional de pago, sino que como documento de garantía.

Este delito se ha incluido entre los de acción privada, porque es de tal naturaleza que fundamentalmente es al tomador del cheque sin fondos, a quien le interesa, no que se sancione con la cárcel al librador, sino que se repare la lesión económica que ha sufrido. Es por ello, que constantemente se están presentando en los tribunales, acusaciones por este ilícito penal, con el único objetivo de coaccionar al ahora convertido en deudor, para que haga efectiva su obligación; si lo logran, los abogados tienen que inventarse la fórmula que le permite al Juez declarar la no existencia de delito.

10.3.- Delitos de acción pública dependiente de instancia particular

Al tenor de lo que dispone el Artículo 26 del CPP, solamente podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima:

10.3.1.- Las lesiones leves, [as me nos graves y [as culposas

Principiemos por explicar el concepto del delito de lesiones que aparece en el Código Penal, el que en su Artículo 133 establece que "comete el delito de lesiones quien cause daños que afecten

132

el cuerpo o la salud física o mental de otra persona".

Ahora, veamos como se clasifican los distintos tipos de ese ilícito, según la opinión del Doctor Rend Suazo Lagos:

I.- Castración, esterilización o ceguera causada de propósito (Artículo 133 CP).

II.- Mutilación de miembros u órganos causada de propósito (Artículo 134 CP).

III.- Lesiones graves:

I.- Las que causen al ofendido una enfermedad mental o física, cierta o probablemente incurable o que le incapaciten permanentemente para el trabajo o le ocasionen la pérdida de un sentido (tacto, olfato, gusto, vista [no causada de propósito] y oído) (Artículo 135 numeral 1o. CP).

2.- Las que ocasionen al ofendido la pérdida o el uso de un órgano o miembro principal, la pérdida del uso de los mismos, la palabra o de la capacidad para engendrar o concebir, siempre que no sean causadas de propósito (Artículo 135 numeral 2o. CP).

IV.- Lesiones menos graves:

Las que producen el deterioro permanente de la salud, de un sentido, de un órgano o miembro principal, u ocasionen un problema permanente para hacer un uso normal de la palabra (tartamudez), o inutilicen al ofendido para el trabajo por un periodo mayor de treinta días o le ocasionen una deforcación permanente en el rostro (Artículo 135 numeral 3o. CP).

V.- Lesiones leves:

Aquellas en que no concurre ninguna de las circunstancias que califican las descritas en Romanos del I al N, pero

133

que ocasionen enfermedad o incapacidad para el trabajo por un termino no menor de diez dias ni mayor de treinta, o que produzca la perdida, inutilizacion o debilitamiento de un miembro u 6rgano no principal o deje cicatriz visible en el rostro (Articulo 136 CP).

VI.- Lesiones culposas:

Son las causadas por imprudencia, impericia o negligencia, o cuando es producto de la inobservancia de una ley, de un reglamento o de ordenes, resoluciones o deberes, atendidas las circunstancias y la situaci6n personal del delincuente (Articulo 13 pdrrafo 3o CP).

Pues bien, se consideran delitos perseguibles mediante accion publica dependiente de instancia particular las lesiones menos graves, las leves y las culposas.

10.3.2.- Las amenazas

Este delito, comprendido en el Titulo de los que se cometen contra la libertad y la seguridad, consiste en amenazar con causar un mal a una persona o a su familia, ya sea en su persona, su honra o su propiedad, independientemente de que ese mal sea o no delito.

10.3.3.- Estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la victima sea mayor de catorce aros

I.- El estupro de una mujer mayor de catorce anos y menor de dieciocho puede darse de dos maneras:

Por prevatimiento, cuando el sujeto activo se prevalga de confianza, jerarquia o autoridad

134

O mediante fraude, cuando se cometa mediante engano (promesa de matrimonio o matrimonio simulado) (Articulo 142 pdrrafos primero y segundo CP)

U. El incesto consiste en el acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

Al incluirlo entre los delitos de acci6n mediante instancia particular, el Codigo Procesal Penal introdujo una reforma al Articulo 176, pdrrafo ultimo del Codigo Penal, que lo califica como de accion privada.

III.- Los abusos deshonestos se pueden dar en relacion a la violacion o en relaci6n con el estupro.

Los abusos deshonestos relacionados con la violacion se producen cuando se hace victima de actos de lujuria a otra persona, concurriendo las circunstancias que califican la violacion (Articulo 141 CP).

Los abusos deshonestos relacionados con el estupro, se dan cuando son cometidos cuando concurre alguna de las circunstancias que conforman este ilicito (Articulo 142 pdrrafo tercero CP).

10.3.4.-El hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario minimo mas bajo vigente en la regi6n del pais en que se haya cometido el delito

El hurto, segun el Articulo 223 CP, se puede cometer de las siguientes maneras:

a) Mediante el apoderamiento de cosas muebles, entre las que se incluyen los animales, sin violencia o intimidation, ni fuerza en las cosas, sin contrar con la voluntad de

135

Jose Maria Palacios Mejia

- b) Por medio del apoderamiento con animo de dueño, de cosa perdida, si quien la encuentra no la entrega a su dueño si sabe quien to es o a la autoridad.
- c) Sustrayendo o utilizando los frutos del dano que se hubiere causado.

10.3.5.- La estafa y otros fraudes, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado

La estafa. Incurrir en este ilícito quien con nombre supuesto, falsos títulos, influencia o calidad simulada, abuso de confianza, fingiéndose dueño de bienes, créditos, empresas o negociación o valiéndose de cualquier artificio, astucia o engaño, induce a otro en error, defraudándolo en provecho propio o ajeno (Artículo 240 CP).

Otros fraudes. Las conductas que en el Artículo 242 del Código Penal, **se** tipifican como constitutivas de "otros fraudes", son las siguientes:

- 1.- Quien defraude a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud del contrato o de título obligatorio.
- 2.- Quien pare defraudara alguien to hiciere suscribir, destruir o mutilar mediante engaño, algún documento.
- 3.- Quien cometiere cualquier defraudación por abuso de forma de otro en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.
- 4.- Quien, en perjuicio de otro, otorgare contratos simulados o falsos recibos.
- 5.- El comisionista, agente, administrador o mandatario que

136

cometiere defraudación alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho.

- 6.- Quien defraudare mediante la ocultación, sustitución o mutilación de algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.
- 7.- Quien en juego se valiere de artificio o engaño para asegurar la suerte.
- 8.- Quien en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que conlleve obligación de entregarla o devolverla, o negare haberla recibido. Esta figura es la que se conoce en la doctrina con más propiedad como apropiación indebida.
- 9.- Quien vendiere o gravare, como libres los bienes que estuvieren en litigio, embargados o gravados, y quien vendiere, gravare o arrendare bienes ajenos como propios.
- 10.- Quien defraudare a otro bajo pretexto de supuesta remuneración, gratificación o dadas a los jueces u otros empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.
- 11.- Quien para obtener el precio de un seguro, o algún provecho indebido, destruyere, deteriorare u ocultare la cosa asegurada o cualquier otra de su propiedad.
- 12.- Quien con idéntico propósito se causare por sí mismo o por tercero, una lesión personal o se agravare la causada por un accidente; y,

137

Jose Maria Palacios Mejia

- 13.- Quien abusando de la necesidad, de la inexperiencia o de las pasiones de un menor de edad o de enfermo de debilidad física o mental, la hiciere firmar un documento o ejecutar cualquier otro acto que importe efecto jurídico.

10.3.6.- La usurpación

Este delito se describe simplemente haciendo referencia a quien usurpe un bien inmueble o un derecho real, pero ¿que se entiende por "usurpar"? Apoderarse de un bien inmueble ajeno. En la normativa de 1985 reformada en 1996, se incluía entre los elementos del tipo la violencia o intimidación en las personas por parte de quien realiza el apoderamiento. En la reforma ya no se habla de esa acción, la del apoderamiento, sino que sencillamente se habla de usurpar. El Doctor Suazo Lagos es de opinión que, con la reforma, ya no es necesario que concurren la violencia o la intimidación para que se produzca el delito; a nuestro parecer aunque se hayan suprimido esos elementos, en el verbo

"usurpar" empleado por el legislador debe entenderse insita la violencia o la intimidación. Si el apoderamiento de un inmueble se da sin que concurren ninguna de esas circunstancias estaremos frente a una conducta atípica, que únicamente de ese espacio para que se ejercite la correspondiente acción civil.

10.3.7.- Los daños

Se considera autor del delito de daños a quien destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier modo, detenga cosas muebles o inmuebles o animales de ajena pertenencia, siempre que el hecho no constituya el delito de incendio o de otros estragos. También incurre en ese injusto el que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos, contenidos en redes, soportes o sistema

138

Se consideran daños agravados los que se cometan concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.- Con el propósito de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza por sus determinaciones, bien sea que el delito se cometa contra funcionarios o empleados públicos o bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la aplicación de las leyes;
- 2.- Por cualquier medio que produzca infección o contagio en animales o plantas;
- 3.- Empleando sustancias venenosas, corrosivas, explosivas o inflamables;
- 4.- En cuadrilla o despoblado;
- 5.- Sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural o artístico o en laboratorios, archivos, bibliotecas, museos, monumentos o sobre un bien de utilidad social;
- 6.- Sobre medios o vías de comunicación o de tránsito, puentes, canales, parques, paseos u otros bienes del Estado o bienes nacionales de uso público,
- 7.- Mediante la destrucción de bienes en perjuicio de un acreedor; y,
- 8.- Destruyendo bosques o grandes plantaciones.

10.3.8.- Los relativos a la propiedad intelectual e industrial y a los derechos de autor

En el Capítulo VIII, Título VII de la Parte Especial del Código Penal se regular los Delitos Contra Propiedades Especiales.

139

Jose Maria Palacios Mejia
Derechos de autor:

En ese apartado se principia (Artículo 1º. CP) conceptualizando como delitos las violaciones de los derechos de los autores de obras literarias, científicas o artísticas y los demás protegidos por la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. En el Artículo 1º. de este ordenamiento se **establece que las obras literarias** y artísticas gozaran de protección, de la que también disfrutarán los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. ~Que se entiende por obras? Segue el Artículo 2º. "todas las creaciones originales de carácter literario o artístico, con independencia de su género, modo o forma de expresión, calidad o propósito. En particular, las expresadas por escrito; incluyendo los programas de computadores, las conferencias, alocuciones, sermones y obras expresadas oralmente; las musicales con o sin letra, las dramáticas y **dramaticomusicales; las coreográficas y las pantomimas; las audiovisuales;** las de bellas artes como dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías, las de arquitectura; las fotográficas; las de arte aplicado; las ilustraciones, mapas, planos, bosquejos, y, las tridimensionales relativas a la geografía, topografía, arquitectura o las ciencias."

También incurren en esta figura delictiva "las personas naturales o jurídicas que sin autorización de los respectivos titulares de los derechos de autor o derechos conexos utilicen con fines comerciales, señales de televisión transmitidas por medio de satélite o reproduzcan o proyecten videos o, películas u otras obras análogas que por su naturaleza, estén o deban estar protegidas por la ley de la materia", y, además, "quienes utilicen las frecuencias del espectro radioeléctrico sin autorización de la autoridad correspondiente" (Artículo 248-A CP). Es interesante aquí hacer la observación de que en esta disposición se prescribe que serán sancionadas con las mismas penas del Artículo 248 (reclusión de tres a seis años y multa de

cincuenta mil a cien mil lempiras), las personas naturales o jurídicas que incurran en la conducta que ahí se describe; resulta que las personas morales no podrán ser sancionadas con privación de libertad, por lo que habrá que

140

parte, es el ilícito que en nuestra normativa penal en que se coloca a esas personas en la situación de sujetos activos en relación a un ilícito.

Propiedad industrial:

En el Artículo 251 del Código Penal se incluyen como delitos las conductas de quienes falsifiquen, imiten o usen fraudulentamente cualquiera de las figuras o bienes jurídicos protegidos por la Ley de Propiedad Industrial, así como la de quienes con conocimiento de que dichas figuras o bienes jurídicos son falsificados los negocien de cualquier forma, e igualmente la de aquellos que, a sabiendas, comercialicen las mercancías, artículos o productos amparados con las indicadas figuras o bienes jurídicos falsificados, imitados o usados fraudulentamente.

~Cuales son esas figuras o bienes jurídicos que protege la Ley de Propiedad Industrial? Segue el Artículo 2, literal d), uno de los objetivos de la ley es proteger la propiedad industrial "mediante la regulación de patentes de invención, de registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales, de denominaciones de origen y de secretos industriales". Habría que ver, uhera, en que consiste cada una de esas figuras:

Patentes de invención:

Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre, a través de la satisfacción inmediata de una necesidad concreta. Y se entiende por patente el derecho especial que concede el Estado con relación a actos de explotación de una invención. (Artículo 4, numerales 1 y 2 LPI).

Modelos de utilidad:

Se considera como modelo de utilidad cualquier forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto, o de alguna parte del mismo, que permita un mejoramiento diferente

141

Jose Maria Palacios Mejia

que lo incorpora, o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Los modelos de utilidad también se protegerán mediante la concesión de patentes (Artículo 23 LPI).

Diseños industriales:

Se considera diseño industrial cualquier forma bidimensional o tridimensional que incorporado en un producto utilitario, le da una apariencia especial y que es apto para servir de tipo de modelo para su fabricación.

Los diseños industriales comprenden:

Los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que *IP* den un aspecto peculiar y propio; y

Los modelos industriales constituidos por toda forma bidimensional o tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial que le da apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos y que no hayan sido dictados únicamente por consideraciones o exigencias de orden técnico (Artículo 28 LPn).

Marca es cualquier signo visible apto para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los productos o servicios de otras empresas.

Denominaciones de origen:

Denominación de origen es una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región, de un lugar determinado usada para designar un producto originario de ellos, cuyas características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y los factores humanos (Artículo 75 literal g) LPI).

142

Secretos industriales:

Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial que guarde una persona natural o jurídica con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma (Artículo 69 LPn).

10.5.-Delitos que admiten la suspensión de la persecución penal

Esta prevista en el CPP (Artículo 36) la posibilidad de que el Juez, a petición del Ministerio Público, autorice la suspensión de la persecución penal, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1.- Que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis años;
- 2.- Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y
- 3.- Que la naturaleza y modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al Juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

Si se dan todas esas exigencias, puede suspenderse la persecución penal y el imputado queda sujeto a determinadas reglas de conducta, a las que deberá sujetarse durante un período que no podrá exceder de seis años, cumplido el cual, si ha actuado de conformidad a esas reglas, la acción penal se habrá extinguido.

En relación a todos esos delitos cabe la conciliación entre la víctima y el imputado, porque se trata de injustos en los cuales la lesión de intereses generales es mínima en relación a la magnitud de la que ha recibido la víctima, a quien interesa más la reparación que la aplicación de una penal al imputado.

143

11.- TRAMITE

Jose Maria Palacios Mejia

La conciliación puede darse en cualquier momento del proceso, hasta antes de la apertura a juicio, por iniciativa de las partes. Si se llega a este momento y las partes no han propuesto la conciliación el Juez de Letras puede exhortarlas, con el fin de que expongan cuáles son las condiciones en que la aceptarían, pero no puede hacerlo cuando se trate de delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, casos en los cuales solamente cabe el acuerdo a petición expresa de la víctima o de su apoderado legal.

En los últimos tiempos se ha venido imponiendo a lo largo del continente una corriente ofendida a buscar soluciones alternativas a los conflictos, con el fin de que estos sean tratados fuera del ámbito judicial. Es así como en el área mercantil se tiende a que, antes de allegar los diferendos a los tribunales, se busque una solución que, principiando con la negociación directa y pasando por la conciliación y la mediación, pueda terminar con el arbitraje. Ya aquí, en Honduras, se ha emitido la Ley de Conciliación y Arbitraje, mediante el Decreto número 1612000. En el afán de desjudicializar la solución de determinados conflictos surgen entidades y profesionales que se especializan en ese campo con el fin de facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, el Juzgado puede solicitar el asesoramiento de tales personas o entidades especializadas, o instar a las partes para que designen un amigable componedor, que con su intervención logre el avenimiento entre ellas.

Una vez que las partes hayan arribado a acuerdos en cuanto a cómo el imputado compensará a la víctima, el Juzgado de Letras los homologará, para que tengan la fuerza de una decisión judicial.

Un precepto importante es el relativo a la exigencia de que la negociación se lleve a cabo en un plazo de la más absoluta igualdad; si el Juez tiene fundados motivos para considerar que no se da esa relación entre las partes, porque una de ellas se encuentra en situación de desventaja, no aprobará la conciliación, como tampoco lo hará si ha sido víctima de coacción o amenazas, factores que la han determinado a aceptar los acuerdos.

144

12.- EFECTOS TANTO PARA LA VÍCTIMA COMO PARA EL IMPUTADO

A consecuencia de los acuerdos necesariamente deberán nacer obligaciones para el imputado, que podrán ser de naturaleza económica o de otra índole, para el caso darle satisfacciones a la víctima; para el cumplimiento de esas obligaciones, se le señalará un plazo que no podrá exceder de un año.

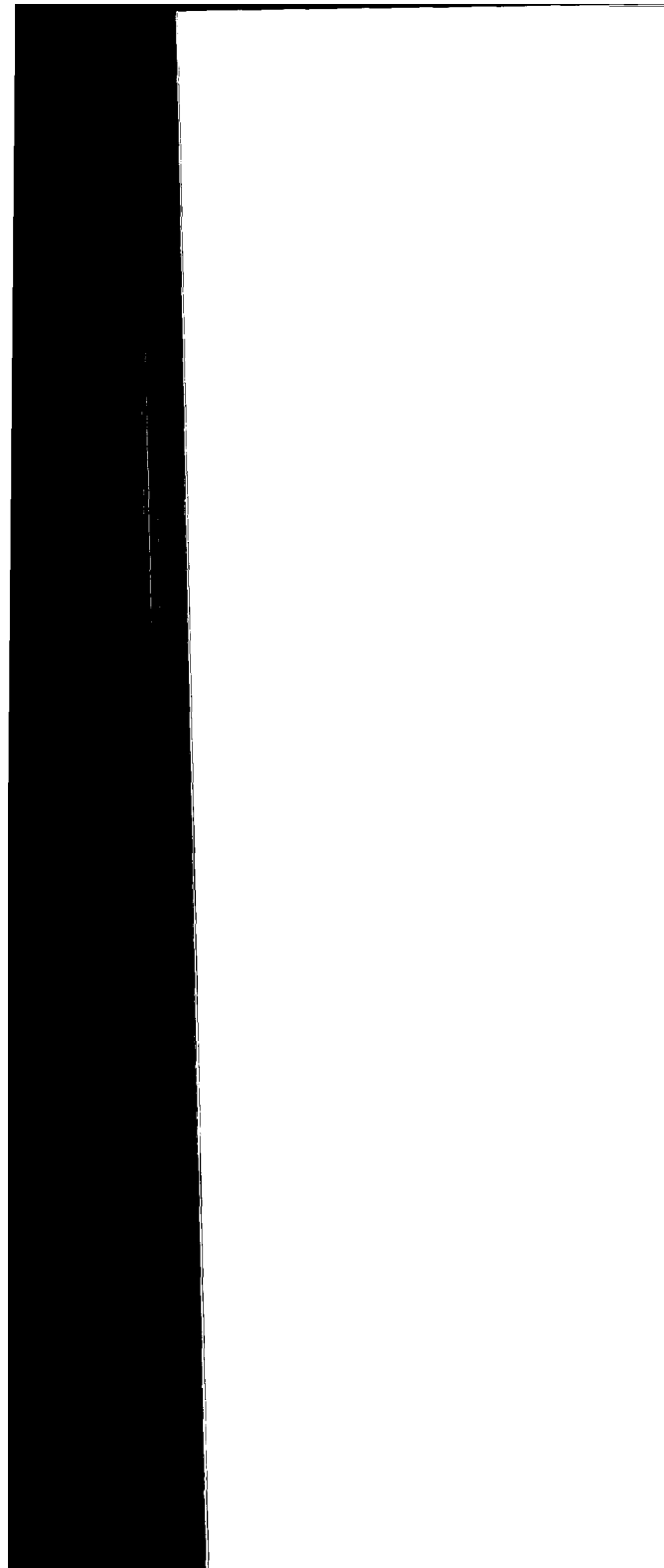
En cuanto a la conducta del imputado en relación a esas obligaciones, pueden darse las siguientes situaciones:

- 1.- Que de cumplimiento a lo convenido dentro del plazo señalado, a satisfacción de la víctima. En tal caso se declarará extinguida la acción penal y deberá dictarse sobreseimiento definitivo.
- 2.- Que no de cumplimiento dentro del indicado plazo sin justa causa. Si se da esta situación, se continuará con el procedimiento como si no hubiera habido conciliación.
- 3.- Que no de cumplimiento en el tiempo estipulado, con justa causa. Si este es el caso, podrá prorrogarse el plazo, pero si la víctima no lo acepta, el proceso continuará su marcha sin que se pueda volver a intentar la conciliación.

Al margen de los aspectos normativos referentes a los efectos reparatorios de la conciliación, es importante señalar que el objetivo fundamental a perseguir es el de ponerle realmente fin al conflicto, de manera tal que haya una verdadera avenencia entre las partes, sin resentimientos de ninguna naturaleza.

145

13.- BIBLIOGRAFIA



Alastuey Dobón, M.C. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Tirant lo blanch, Valencia, 2000. Alcala-Zamora y Castillo, N. Proceso, autocomposición y autodefensa. Mexico, 1970.

Angel Yaguez, R. Tratado de responsabilidad civil. Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, 1993.

Arias Rodriguez, J.M., en «Código Penal Comentado», Akal, Madrid, 1990.

Armenta Deu, T. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. PPU, Barcelona, 1991

Aubusson de Cavarlay, B. Hommes, peines et infractios. Année sociologique. 35, 1985.

Avila Ortiz, F. Comentario al Artículo 17. en Palacios Mejia, J. y Fernández Lmralgo, J. (Coords.). Código Procesal Penal Comentado. 2000.

Azpeitia, G.A., Lozada, E. y Moldes A.J.A. El dolo a las personas. Sistemas de reparación. Doctrines y Jurisprudencia. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.

- Baratta, R. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control. número 0 de. 1986. pp-s. 77 y ss.
- Barnett, R.E. y Hagel, J. *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*. Harvard University, 1977.
- Barona Vilar, S. Solución extrajudicial de conflictos. *Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. tirant to blanch, Valencia, 1999.
- Beck, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998.
- Beristain, J.A. Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro. Las víctimas en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial & Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000.
- Berizonce, R.O. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Base para su implementación. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997. Graficentro. Tegucigalpa, 1999.
- Brazier, M. *Street on Torts*. Butterworths, London, 1988.
- Bustos, J. y Larrauri, E. Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas. IURA-10, PPU, Barcelona, 1993.
- Capponi-Gasparinetti-Verardi. *La tutela collettiva dei consumatori*. Napoli, 1995.
- Cappelletti, M. *Modern Law Review*. 1993.
- Cappelletti, M. y Garth, B. El acceso a la justicia. Colegio de Abogados. La Plata, 1982, pags. 1982.

146

- Carnelutti, F. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. CE. DAM, Padova, 1936
- Carrasco Andino, M. Carrasco Andino, M. La mediación del delincente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). *Jueces para la Democracias*. 34, 1999.
- Casarioli, G. La riparazione pubblica alle vittime del reato e la solidarietà sociale e politica criminale. *Indice Penale*. 24, 1990
- Coase, R.H. Hacienda Pública Española», núm. 68, 1981
- Código Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica. Ministerio de Justicia, Secretarías General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1989.
- Cooter, R. & Ulen, TH. *Derecho y Economías*. Fondo de Culturas Económicas. México, 1998.
- Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., Del Toro Marzá, A. y Casabó Ruiz, J.R. Comentarios al Código Penal. Ariel, Barcelona, 1972.
- Cueto Rúa, J.C. Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los EE.UU. *La Ley*, Buenos Aires, 1991.
- Denis Saïas. *Du proces penal*. PUF, Paris, 1992.
- Dunkel, F. *Täter Opfer Ausgleich in Deutschland*. Budalvest, 1993.
- Denti, V. Un progetto per la giustizia civile. Bologna, 1982,
- De Palo, G. Y Guidi, G. Risoluzione alternative delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti. Giuffrè, Milano, 1999.
- Diez-Picazo, L. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999.
- Diez-Picazo, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel. Barcelona, 1974.
- Diez-Picazo, L. *El sentido histórico del Derecho Civil*. Reus, Madrid, 1959.
- Dolling, D. Der Täter-Opfer Ausgleich- Möglichkeiten unter den Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform. *Juristische Zeitschrift*. 10, 1992.
- D'Ors, A. Escritos varios sobre el Derecho en crisis. Ronda-Madrid, 1973.
- Dunkel, F. Las víctimas en el derecho penal, En vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima. *Papers d'Estudis i Formació*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 8, Barcelona, 1992.
- Duran y Lalaguna, P. Una aproximación al análisis económico del Derecho. Comares, Granada, 1992.
- Ederly, M. *Libro del Génesis y Haftarat (en versión castellana)*. Dfus Hamakor, Jerusalem, 1982.
- Fabrega P., J. Medios Alternativos de Solución de Conflictos con Especial Referencia a la República de Panamá y a la de Estados Unidos. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997.

147

- Fenech, M. Y Carreras, J. *Estudios de Derecho Procesal*. Librería Bosch, Barcelona, 1962.
- Fernández Entralgo, J. Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor, en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre», *Marital Pons*, Madrid, 1997.
- Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del manábil*. Trotta, Madrid, 1999.
- Ferrajoli, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 4ª ed., 2000.
- Ferrajoli, L. *Garantías*. Parolechiave. 19, 1999.
- Ferrajoli, L. *Jueces para la Democracia*, 38, 2000.
- Ferrajoli, L. *El Derecho Penal mínimo*. Poder y Control. número 0 de. 1986. pags. 25.
- Ferrajoli, L. y Zolá, D. *Marxismo y cuestión criminal. Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro*. El Viejo Topo, Barcelona, 1980.
- Figueiredo Dias, J. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. *Jornadas de Direito Processual Penal*,

Coimbra, 1988. Frehsee, D. Schandenswiedergutmachung als instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Briminologische and sanktionenrechtliche Forschungen.],Berlin, 1987.

Fry, M. Justice for victims. The Observer. 7-7-1957.

Foucault, M. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI, Mdxico-España-Argentina, España, 1978.

Funes, J. y Redondo, S. Estudio sobre la reincidencia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1993.

García-Pablos de Molina, A. Criminología y derecho penal al servicio de la persona. San Sebastian, 1989.

García-Pablos, A. Derecho Penal. Introducción. Universidad Complutense, Madrid, 1995.

Gelsi Bidart, A. Sentido de Mediación. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997, Graficentros, Tegucigalpa,

1999. Giménez-Salinas Colomer, E. La mediación penal. Generalitat de Catalunya~ Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999.

Gimeno Sendra, V. Fundamentos del Derecho Procesal. Civitas, Madrid, 1981.

Gutiérrez-Alviz y Conradi, F. Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima. Poder Judicial 18,

1990. Gómez Orbaneja, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1947.

García Martín, L., Boldova Pasamar, M.A. y Alastuey Dobón, M.C. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español. tirant to blanch, Valencia, 1996.

Gutiérrez de Cabiedes, E. Estudios de Derecho Procesal. EUNSA,

148

Pamplona, 1974.

Hassemer, W. Fundamentos de Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1984. Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. tirant to blanch, Valencia, 1989.

Hassemer, W. Prevención en el derecho penal. Poder y Control. número 0 de. 1986. pags. 93.

Hirsch, H-J. La posición del ofendido en Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación. Cuadernos de Política Criminal. 42, 1990.

Hulsman, L. y Bernat de Celis, J. Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa. Ariel, Barcelona, 1984.

Hulsman, L.C. La criminología crítica y el concepto del delito. Poder y Control. número 0 de. 1986. pags. 119.

Iribarne, H.P. De los daños a la persona. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995.

Kaiser, G. Introducción a la Criminología. Dykinson, Madrid, 1988. Landrove Díaz, G. Victimología. tirant to blanch, Valencia,

1990. Lambert-Faivre, Y. Droit du dommage corporal. Systemes d'indemnisation. Dalloz, Paris, 1996.

Lawson, F.H. Negligence in the Civil Law. Oxford, 1950.

Levin-Wheller. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. St. Paul, Minnesota, 1979.

Maier, J.B. Derecho Procesal Penal argentino. I b, Depalma, Buenos Aires, 1989.

Maier, J.B.:J. La víctima y el sistema penal. Jueces para la Democracia. 12, 1991.

Medina Crespo, M. La valoración legal del dolo corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95», Dykinson, Madrid, 1997. Menkel-Meadow. Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A tale of Innovation or The Law of ADR. 19 Fla. St. L. Rev. 1991.

Mir Puig, S. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, 1996.

Mir Puig, S. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. Poder y Control. número 0 de. 1986. pags. 49.

Montero Soler, A. y Torres López, J. La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Comares, Granada, 1998.

Montoro Ballesteros, A. Conflicto social, Derecho y Proceso. Universidad de Murcia, 1980.

Myriam Herrero Moreno ((La hora de la víctima. Compendio de Victimología», Instituto de Criminología & EDERSA, Madrid,

1996. Napier, M. European Perspectives for Practitioners. Holding & Kaye, 1993.

Pantaleón, F. Causalidad e imputación objetiva: criterio de imputación. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

149

Pantaleón, F. Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. VI, 1996.

Pastor, S. Una introducción al análisis del Derecho. Madrid, 1989. Pavarini, M. 11 sistema delta giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo. *Dei delitti e delle pene*. III, 3, 1985.

Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. Comentario del Código Civil. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

Paz Ares, J.C. La Economía política como Jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del Derecho. *Anuario de Derecho Civil*. 34, 1981.

Pedraz Penalva, E. El proceso y sus alternativas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Pedraz Gonzalez, C. La Conveniencia Presente y Futura de Utilizar Medios Alternativos en la Solución de Litigios. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997; Graficentro, Tegucigalpa, 1999. Pedraz Sanzberro, G. Reparación y conciliación en el sistema penal. ~Apertura de una nueva vía?. Comares, Granada, 1999.

Peters, T. Alternativas en el campo judicial. Curso El Derecho Penal y Procesal Penal del Nuevo Siglo. Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1999.

Peters, T. Estudios de Derecho Judicial. 20, Consejo General del Poder Judicial/ Xunta de Galicia, Madrid, 2000.

Pfeiffer, C. Täter-Opfer-Ausgleich- dal Trojanische Pferd im Strafrecht?. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 9, 1992.

Pintos Ager, J. Baremos, Seguros y Derecho de Daños. Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid & Civitas, Madrid, 2000.

Pisani, M. Per le vittime del reato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 1989.

Polinsky, A.M. Introducción al análisis económico del Derecho. Barcelona, 1985.

Posner, R.A. El análisis económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Proto Pisani. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. 1979.

Puig Brutau, J. Fundamentos de Derecho Civil. II-2º, Bosch, Barcelona, 1956.

Radbruch, G., «Filosofía del Derecho», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

Ramos Méndez, F. Derecho y Proceso. Librería Bosch, Barcelona, 1978. Resnik. Procedural Innovations, Slashing over: A Comment on Deborah Hensler's A Glass Half Full, a Glass Half Empty. *Texas Law Review*. 1995.

150

Reuben. Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution. 85, *California Law Review*. 1997.

Revue Internationale de Droit Pénal. 64e. année, nouvelle série, 3e. Et 4e. Trimestres 1993.

Richout Rodríguez, A. XII Congreso Internacional de Derecho Penal (Recomendaciones). Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

Rodríguez García, N. El consenso en el proceso penal español. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997. Rodríguez Molinero, M. Introducción a la Ciencia del Derecho. Cervantes, Salamanca, 1991.

Rodríguez Mourullo, G. y Jorge Barreiro, A. Comentarios al Código Penal. Civitas, Madrid, 1997.

Rousseau. El Contrato Social. Aguilar, Madrid-Buenos Aires-México, 1965.

Rossner, D. Wiedergutmachen statt iiberlurgelten. Täter-OpferAusgleich. Bonn, 1989.

Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. I. Civitas, Madrid, 1997.

Roxin, C. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

Roxin, C. Zur Wiedergutmachung all einer "dritten Spur" im Sanktionensystem. *Festschrift für J.Baumann zum 70. Geburtstag*. Bielefeld, 1992.

Santana, J.L. Arbitraje y justicia. La Ley, Buenos Aires, 1992.

Schild Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe. *Kriminalistik and Strafrecht*. *Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*. Lubeck, 1995. Schmidt-Hieber. Ausgleich statt Geldstrafe. *Neue Juristische Wochenschrift*. 32, 1992.

Schneider, H.F. La posición jurídica de la víctima en el Derecho y en el proceso penal. *Cuadernos de Política Criminal*. 35, 1988

Seelmann Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht. *Juristenzeitung*. 1989.

Serra Domínguez, M. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969.

Sessar. Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht. *H.Kaufmann Gedächtnisschrift*. 1986

Sessar. Rolle and Behandlung des Opfers im Strafverfahren Gegenwärtiger Stand and Überlegungen zur Reform. *Bewahrungshilfe*, 1980

Silvestri, E. Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1/1999.

Silva Sánchez, J.M. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". *Revista del Poder Judicial*. 45, Consejo General de I Poder Judicial, Madrid, 1997.

Silva Sánchez, J.M. Victimología. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

151

inger, L.S. Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1996.

Smauss, G. Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale. Dei delitti e delle pene. 111-1, 1985. Sole Riera, J. La tutela de la víctima en el proceso penal. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Stanton, K.M. The modern Law of Tort. Sweet & Maxwell, London, 1994. Stephen Schaffer. Victimology: the Victim and his Criminal. Reston Publishing Co. Inc., Virginia, 1977.

Tamarit i Sumalla, J.M. La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crític« de les noves tendències polític-criminal. Colecció «Justícia i Societat». 11, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1993. Tamarit Sumalla, J.M. La Víctima en el Derecho Penal. Aranzadi, Pamplona, 1998.

Tamarit i Sumalla, J-M. Weintraud, U. Staatliche Entscheidung für Opfer von Gewalttaten in Grossbritannien and der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden, 1980.

Torres Escamez, S. Actualidad Jurídica Aranzadi. 448, 2000. Torres López, J. Análisis económico del Derecho. Madrid, 1987. Twining, W. Modern Law Review. 1993.

Varela Castro, L. Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso. La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Vicente Domingo, E. Los daños corporales: tipología y valoración. Barcelona, Bosch, 1994.

Wacquant, L. Les prisons de la misère. Raisons d'Agir, Paris, 1999. Wolfgang, M.E. Victim-Precipitated Criminal Homicide. Victimology: A New Focus. Ed. Drapkin & Viano, Lexington Books, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts-Toronto-London, 1974. Wolf, P. Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. Poder y Control. número 0 de. 1986. págs. 59 y ss.

Yzquierdo Tolsada, M. Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos). Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Zaffaroni, E.R. Abolicionismo Penal. EDIAR, Buenos Aires, 1989. Zaffaroni, E.R. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica-penal. Temis, Bogotá, 1990.

Zipf, H. Die Bedeutung der Viktimologie für die Strafrechtspflege. Kriminalpolitik, Karlsruhe, 1973.

Zipf, H., (Introducción a la Política Criminal)), EDERSA, Madrid, 1979.