

**CUADERNOS DE ESTUDIOS JUDICIALES
“RAFAEL ALVARADO MANZANO”**

La Conciliación en el Proceso Penal

Jesús Fernández Entralgo
José María Palacios Mejía

Ejemplar gratuito.

Reservados todos los derechos. Se prohíbe su producción total o parcial.

Los autores son responsables de las opiniones manifestadas, las que no comprometen a las entidades auspiciadas.

- *Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras*
Corte Suprema de Justicia de Honduras
Agencia Española de Cooperación Internacional
Consejo General del Poder Judicial de España

ISBN: 99926-20-94-3

Tegucigalpa, Honduras, Abril de 2001
Impreso en LITOCOM, S. de R.L. de C.V.

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 la que 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 jurisconsulto 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 al 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 restituid”; 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 ello implica, y por su medio se conserva la armonía entre los individuos, la paz entre las familias y el orden en la

sociedad y hasta entre las naciones; también es cierto que para que proporciones los eminentes beneficios anotados, y para que brille con todos los esplendores de sus virtuales experiencias, 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 la 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”.

“Más, aunque supongamos en los Letrados las más 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, los intereses sociales estarían siempre expuestos a las consecuencias de la oscuridad, de la confusión y del desconcierto, consecuencias que no deben aceptarse, aunque vengan presididas por la mejor y buena fé”.

Tegucigalpa, abril de 2001.

Miguel Ángel Rivera Portillo

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

INDICE

LA CONCILIACION

1.- INTRODUCCIÓN: NORMA Y CONFLICTO.....	1
1.1.- Las dudas 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
1.3.4.1.-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 MODELIS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS, ALTERNATIVOS A LA VÍA JURISDICCIONAL.....	15
4.- LA CRISIS DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PREVENSIÓN Y DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	27
5.- LA RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA 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 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 de 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 POLÍTICO-CRIMINALES.....	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 REPARACIÓN.....	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 daños.....	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.- TRÁMITE.....	144
12.- EFECTOS TANTO PARA LA VÍCTIMA COMO PARA EL IMPUTADO.....	145
13.- BIBLIOGRAFÍA.....	146

LA CONCILIACIÓN

Jesús Fernández Entralgo

1.-INTRODUCCIÓN: 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 Éfeso 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) ...>>² y <<...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>>.

¹ <<Im Anfang war das Wort>>

² <<Im Anfang war der Sinn>>

³ <<Im Anfang war die Kraft>>

⁴ <<Im Anfang war die Tat>>

A fin de cuentas, la Norma es, ante todo, Palabra divina cuando creyó que provenía de Dios, a través de sus intermediarios, los sacerdotes o el Monarca absoluto, que decía traer de Él la legitimidad de su poder, pero también, cuando provino el 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 porqué criticar. La Dogmática es el territorio del jurista, Doctor Fausto de las normas, lo mismo que la crítica de éstas 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 Torá, 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

5

O <<de la contienda>>, o <<del desafío>>, porque 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, Jerusalem, 1982, pag. 177, por considerarla más fiel a la tradición talmúdica. Aún cavaron otro pozo conflictivo, llamado *Sitnah*, o *del hostigamiento*. Sólo tras cavar un tercer pozo, fue tan grande que permitió a la gente de Isaac abastecer autónomamente.

6

Dies Picazo, L., <<Experiencias jurídicas y teoría del Derecho>>, Ariel, Barcelona, 1974, pág. 11.

del pueblo rodean a los litigantes, toman partido por uno u 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 razonable ⁷.

Desde otra perspectiva, en el principio, fue el conflicto. En el fondo del fenómeno jurídico palpita el conflicto; y en él, 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 ⁸ ; para prevenir o resolver los conflictos que los enfrentan.

Diez-Picazo escribe: <<...Frente a la pura concepción normativista, es posible que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto e interés...>>, que estalla <<...siempre que entre dos o más 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.

7 Denis Salas pone esta disposición del <<espacio escénico>> procesal como ejemplo del juicio entre y por iguales: <<Du proces pénal>>, PUF, París 1992, pág. 11

8 <<Hominum causa omne ius constitutum sit>> (Hermogeniano: D. I, 5, 2): Díez-Picazo, L., <<El sentido histórico del Derecho Civil>>, Reus, Madrid, 1959

9 Díez Picazo, loc. Cit., págs. 7-8

Jesús Fernández Entralgo

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 conflicto¹⁰

1.3.1.- El recurso excepcional a la autotutela

La forma más elemental imaginables de resolución del conflicto es la autotutela, auto defensa 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 realizar 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

¹⁰ A título de referencia bibliográfica: Carnelutti, F., <<Sistema de Diritto Processuale Civile>>, CEDAM, pPadova, 1936, 1, 3, a); Alcalá-Zamora y Castillo, N., <<Proceso, autocomposición y autodefensa>>, México, 1970; Montoso Ballesteros, A., <<Conflicto social, Derecho y Proceso>>, Universidad de Murcia, 1980; Gimeno Sendra, V., <<Fundamentos del Derecho Procesal>>, Civistas, Madrid, págs. 21 y ss.

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 más se incrementa la participación de un tercero, tanto más 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 autocomposición, 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 negociación ¹².

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.

¹¹ Singer, L.S., <<Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal.>>, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1996, págs. 31-32.

¹² Sobre las dos técnicas de negociación, competitiva (a <<todo o nada) o en colaboración (buscando el equilibrio entre recíprocas concesiones), véase Singer, loc. Cit., pág. 33

Jesús Fernández Entralgo

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 las 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 Bidart ¹⁴, <<...algo que surgió 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, reanudarlo, apresurarlo, 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 Escáñdez, A. (<<La mediación como medio de solución de conflictos. La necesidad de su urgente regulación>>, en <<Actualidad Jurídica Aranzadi>>, 448 2000, pág. 1) entiende 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, pág. 36) cree, en cambio, que se trata de un mecanismo heterocompositivo, aunque las partes conserven su libertad de decisión definitiva.

¹⁴ Gelsi Bidart, A., <<Sentido de Mediación>>, Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997, Graficentro, Tegucigalpa, 1999, pág. 3-4

¹⁵ Gelsi Ibidem, pág. 3.

Coincidentemente, para Jorge Fábrega ¹⁶, la mediación es <<(el) procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que o tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentre el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas 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 dialogo. <<...(El) “ideal realizable” y a veces realizado, es -advierde 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...>>¹⁷

El objetivo de la mediación -escribe la profesora Jiménez-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 nivel ¹⁹.

A partir se 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.

¹⁶Fábrega P., J., <<medios alternativos de Solución de Conflictos con Especial Referencia a la República de Panamá y a la de Estados Unidos>>, Ponencia espuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997, pág. 8.

¹⁷Loc. Cit., pág 4.

¹⁸Loc. Cit., pág. 18

¹⁹El mediador se encuentra situado *inter partes*, no *supra partes*: Montero Aroca

²⁰ Barona Vilar, S., >>Solución Extrajurisdiccional de conflictos. >>Alternative dispute resolution>>(ADR) y Derecho Procesal>>, tirant lo blanch, Valencia, 1999, Págs. 79 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

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 aquéllas.

En su modalidad más estricta, el mediador es un simple mensajero entre las partes en conflicto; <<...un *nuntius*, 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 encantamiento, 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. ...>>²¹ .

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 se 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 jurídicas²²), quedando, éstas, en libertad de aceptarlo o rechazarlo.

²¹

Gelsi, loc. Cit., págs. 5-6

²²

El amigable componedor <<... (resuelve) el entuerto heterónomamente, pero según las reglas libradas a su leal saber y entender, a “verdad sabida y buena fe guardada” ...
.- Conservando la imparcialidad, pero sin sujetarse a la “neutralidad” , porque participa activamente en el logro del desenlace más justo y razonable...>>: Berizonce, R.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, pág. 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 ellas, sus divergencias jurídicas, deberán acudir a la Administración de Justicia para que sea ésta quien resuelva sus diferencias...>>²³

Sin embargo, esta identificación entre jurisdicción y 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 sólo, una de las posibilidades de manifestación de la vía jurisdiccional para la resolución heterocompositiva de conflictos ²⁴.

²³

Serra Domínguez, M. <<Jurisdicción>>, en sus <<Estudios de Derecho Procesal>>, Ariel Barcelona, 1969, pág. 20.

²⁴

Serra, loc. Cit., págs. 21 y 22. Ramos Méndez, F. , (<<Derecho y Proceso>>, Librería Bosch, Barcelona, 1978, págs. 117 y 118), escribe: <<...La jurisdicción surge como una necesidad a consecuencia de restricción cada vez mayor de la acción directa de las personas. La resolución de los conflictos, la declaración del derecho 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 (piensese 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. ...>>

Jesús Fernández Entralgo

La identificación entre la jurisdicción y la resolución de conflictos, en sus diversas modalidades²⁵ ha sido criticada porque, se afirma, hay procesos sin controversia y controversias sin proceso²⁶.

Precisamente, como ejemplo de los primeros se cita el penal. Morón Palomino²⁷ ha replicado que también en él es posible descubrir un conflicto entre la parte acusadora, que pretende la imposición de una pena ²⁸, y la acusada, que se opone a esa pretensión. ²⁹

1.3.4.2.1.- El arbitraje³⁰

El arbitraje es, no sólo una vía claramente heterocompositiva de solución de conflictos ³¹, sino <<...una institución de jurisdicción³², por la asimilación esencial de las funciones del árbitro 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., pág. 122 y ss.

²⁶

Serra, loc. Cit., pág. 25

²⁷

<<Sobre el concepto de Derecho Procesal>>, en <<Revista de Derecho Procesal>>, págs. 511 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 deciden –por regla general– en una misma resolución.

²⁹

Las críticas a las 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 ...>> cits., págs. 571 y ss.

³¹

Torres Escámez, loc. Cit., pág. I, 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 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 vinculado 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 Gutierrez 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 resumen 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 Fábrega³⁶ resume alguna de las causas que, a su juicio la han provocado:

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

Carlos Pérez Gonzáles 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. Fechaban 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

36

Loc. Cit., pág. 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 pág. 380

37

Pérez Gonzáles, C., <<La Conveniencia Presente y Futura de utilizar Medios Alternativos en la Solución de Litigios>>, Ponencia expuesta en e XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997; Graficentro, Tegucigalpa, 1999, pág.

3

38

En su conocida tragedia <<Hamlet>>, Shajespeare hace que el joven principe de Dinamarca vacile ante la idel del suicidio, por temor a 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 consecuyente 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 vitalización 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 Trial*>>): <<...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 metereólogo...>>.
- 8.- <<La hostilidad popular a una justicia formal, ritual y deshumanizada, y el deseo de que sea reemplazada por una

³⁹

Fábrega se extiende sobre este extremo: <<...La ley se ha preocupado y se preocupa más 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”, más que en consideraciones sociales y cuestiones de hecho. El formalismo que genera criterios lingüísticas 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 aumentaciones y formalismos más 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 público que vive el caso quedan con una sensación de frustración y resentimiento.>>

Jesús Fernández Entralgo

Justicia flexible, de acuerdo con las modalidades del caso concreto (“La justicia del cadí” , Weber), humana.>>.

- 9.- <<El ordenamiento procesal ha seguido el ritmo de la dinámica social. Las reformas procesales siempre llegan tardíamente subsisten las reformas residuales. En la actualidad, por ejemplo, el proceso continúa 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 primera vez en un tribunal se siente en un mundo irregular.>>

Esta visión de la Justicia puede ser discutible. 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.

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

Jesús Fernández Entralgo

Y esa percepción negativa ha servido de acicate no sólo para la búsqueda de reformas encaminadas a la racionalización y mejora de los mecanismos jurisdiccionales, sino para potenciar otros alternativos ya conocidos e idear fórmulas 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. ...>>⁴², 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 prevenir no sólo 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

Se entiende solución alternativa a la jurisdiccional

⁴¹

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>>): Jarrosson, <<Les modes alternatifs de règlement des conflicts: presentation générales <<Revue Internationale de Droit Comparé>>, 1997, págs. 325 y ss

⁴²

Cappelletti, M., <<Alternative Dispute Resolution ...>> cit., pág. 282; definición reproducida por Barona Vilar, S., <<Solución extrajurisdiccional de conflictos. <<Alternative dispute resolution>> (ADR) y Derecho Procesal>>, tirant lo blanc, Valencia, 1999, pág. 49

⁴³

Berizonce, loc. Cit., pág. 3

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 él, 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 deferir a órganos no jurisdiccionales⁴⁴. Las propuestas quedaron reflejadas, sugestivas de la conveniencia de idear y experimentar diferentes fórmulas 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

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

44

Levin Wheller (Eds.), <<The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future>>, St. Paul, Minnesota, 1979; Singer, loc. Cit., pág. 19

45

American Bar Association, <<Report of Pound Conference Follow-Up Task Force>>

46

Silvestri, E., <<Observaciones en material de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias>>, publicadas en <<Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile>>, 1/1999, traducido por Andrés Ibáñez, P. en <<Jueces para la Democracia>>, 37,2000, págs. 47 y ss. Las citas a este trabajo están referidas a la traducción al español.

47

Loc. Cit., pág. 49

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 Jiménez-Salinas: <<...La mediación supone el nacimiento de una nueva ideología, para 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 él 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 .

48

Silvestre, loc. Cit., pág. 50

49

Capón, <<L' accesso alla giutizia dei consumatori. Le azioni a tutela dell'interesse colectivo dei consumatori tra diritto comunitario e diritto interno>>, en Capón-Gasparinetti-Verardi, <<La tutela colectiva dei consumatori>>, Napoli, 1995, pág 159

50

Jiménez-Salinas ;Colomer, E. <<La mediación: una visión desde el derecho comparado>>, en <<La mediación penal>> cit., pág. 94. La referencia a Christie, N. remite a su obra <<Los límites del dolor>> (traducción en la que se pierde el juego de palabras del título original: <<Limits to pai>>), Fondo de Cultura Económica, México, 1989. <<Cuando los americanos utilizan el sistema judicial tradicional... permiten que los estamentos judiciales o administrativos asuman su poder para solucionar sus propios litigios. El procedimiento judicial distorsiona la realidad; no sólo va en detrimento de una solución más rápida y económica de los conflictos, sino que no resuelve la autentica raíz del conflicto y la comunicación entre las partes permanece en manos de los profesionales especializados en el tema y escapa al control de los litigantes. ...>>, Singer, loc. Cit., pág. 13. A esta *restitución* del conflicto a sus verdaderos *propietarios*, las partes litigantes, se refiere también Silvestre, loc. Cit., pág., 50, citando como partícipes de la idea a Hensler (<<A Glass Half Full, a Glass Half Empty: The use of alternative Dispute Resolution in Mass personal Injury Litigation>>, en 73, <<Texas Law Review>>, 1995>>, págs. 1587 y ss; y Menkel-Meadow, <<Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A tale of Innovation or The Law of ADR>>, en 19 <<Fla. St. L. Rev.>>, 1991, págs. 1 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

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 desición de un Juez o de un árbitro siempre cerrará el litigio en falso si no consigue pacificar a las partes; si éstas si éstas no han conseguido variar su concepción *polémica* del conflicto; si la desición jurisdiccional convierte una de ellas en ganadora absoluta y 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, sí logra este objetivo de pacificación.

Algo más, sin embargo, contribuyó 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 transnacionales 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 (*regul - atory*) del Juez en la resolución de los conflictos sociales, insistiendo en el riesgo de arbitrariedad. Siempre será

⁵¹

Proto Pisan, <<Sulla tutela giurisdizionale differenziata>>, en Revista di Diritto Processuale>>, 1979, págs. 536 y ss.

preferible desde esta perspectiva, que sean los propios litigantes- por si solos con la ayuda de un mediador- los que encuentren solución para ellos⁵² . Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos permitirían obtener los mismos, y aún 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 rápida 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

Bibliografía elemental, en lengua española, sobre el <<Análisis económico del Derecho>>: Coase, R. H., <<El problema del coste social>>, en <<Hacienda Pública Española>>, núm. 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>>, 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.

53

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

54

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 (Jams)*: véase Reuben, <<Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution>>, en 85 <<California Law Review>>, 1997, págs. 577 y ss.

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 funciona, procede corregirlos, en lugar de apresurarse a abandonarla⁵⁷.

Claro que esas reformas pueden exigir no sólo 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

<<...desde el principio –escribe Silvestre (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 irónica imagen del Príncipe Azul proviene de Wald, <<ADR and the Courts: An Update>>, en 46 <<Duke L.J.>>, 1997, págs. 1445 y ss.

⁵⁶

En su <<De l' organization judiciaire et de la législation>>

⁵⁷

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

derechos de la persona –escribe Silvestre- deberían incluirse el derecho a <<un día en el tribunal>>⁵⁸ .

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 XIX, cuando se desocuparon del formalismo judicial (<<Justizformigkeit>>). 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 garantías⁵⁹ .

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 evitación 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 lúcidamente: <<...Oficialmente, la propuesta de crear una alternativa al proceso tenía su origen en

58

<<...el derecho a un *day in court* ...>>: loc. Cit., pág. 53, con cita de Amos, <<A Day in Court at Home and Abroad>>, en 2 <<Cambridge Law Journal>>, 1926, págs. 304 y ss.

59

<<...El proceso y sus ritos tienen un carácter iniático 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 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: Silvestre, loc. Cit., pág. 53

Jesús Fernández Entralgo

el noble intento de asegurar a estratos cada vez mas amplios de población forma adecuada de tutela, una tutela que la llamada justicia formal, con sus retrasos, los elevados costes y el acentuado tecnicismo, no podía garantizar más que a una *élite* de sujetos...>>.

El objetivo principal de las propuestas de introducción de mecanismos alternativos de solución de litigios es, sin duda, la consecución del más alto grado posible de <<...eficiencia del sistema, que se creía alcanzable aplicando una lógica elemental: a más fueron alternativos, más 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 desiciones 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 epítelo de *gargabe cases*. 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...>>⁶⁰

60

Silvestre, loc. Cit., págs. 48-49 Sintónicamente, Stempel, <<Reflection on Judicial ADR and tuhe Mult-Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Ouverture, or Fledling Adulthood?>>, en 11 <<Ohio St. J. Disp. Res.>>, 1996, págs. 297 y ss. Singer (loc. Cit., págs. 13-14), tras poner de relieve los defectos de la intervención judicial en la resolución de conflictos, añade esta precisión: <<...A pesar de haber analizado convenientemente los defectos del sistema (judicial)..., sería estúpido ignorar las grandes ventajas del mismo a la hora de establecer principios básicos; principios que la mayoría de nosotros consideramos vitales para proteger nuestras libertades individuales. Sin ir más lejos, durante los últimos cuarenta años, los tribunales han sido el último recurso de determinadas razas o grupos minoritarios cuyos interés no estaban respaldados por un grupo parlamentario mayoritario...>>

Tal vez no sea, por ello, extraño que <<uno de los más convencidos partidarios de los métodos alternativos...(haya sido) Warren Burger,... conocido actitud conservadora y por su hostilidad hacia el *judicial activism*, en particular cuando éste 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 desición 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 <<prevención general positiva>> de que se habla en Derecho Penal⁶³.

Los sistemas de solución de conflictos alternativos al proceso jurisdiccional, explica Torres Escámez ⁶⁴, 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

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

⁶²

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., págs. 29 y ss; Ramos, loc. Cit., págs. 124 y ss.

⁶³

Información crítica y bibliografía básica sobre la prevención general positiva puede encontrarse en Garcia-Pablos, A., <<Derecho Penal. Introducción>>, Universidad Complutense, Madrid, 1995. págs. 89 y ss.; y Mir Puig, S., <<Derecho Penal. Parte General>>, Barcelona, 1996, pág. 51.

⁶⁴

Loc. Cit. Pág. 2

Jesús Fernández Entralgo

Judiciales⁶⁵ . De allí se extiende inmediatamente a Canadá. Llega a Inglaterra en los 80 y al resto de Europa en los 90⁶⁶ . También ha tenido la mediación una favorable acogida en algunas naciones sudamericanas. En Argentina, concretamente, su éxito ha sido espectacular...>>67 .

Los modos de solución mediada de conflictos pueden construirse como vías alternativas a la jurisdicción⁶⁸ , 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

De palo, G. Y Guido, G., <<Risoluzione alternative delle controversia (ADR) nelle corti federali deli Stali Uniti>>, Giuffré Milano, 199; véase, asimismo, en relación con el mundo anglosajón, Barona, loc. Cit., págs. 47 y ss.

66

Torres Escámez comienza su trabajo con estas palabras: <<...”El fantasma de la mediación recorre Europa”, podríamos decir parafraseando la conocida aseveración marciana...>> (Loc. Cit., pág. 1)

67

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 causas judiciales que se incrementa día a día, lo que genera un grado de morosidad incompatible con las exigencias de una vida comunitaria armónica, y la consecuente necesidad de encontrar los medios apropiados para atender los problemas...>>; véase Barona, loc. Cit., págs. 149 y ss.

68

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 de 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 <<oyente neutral>> (<<Neutral Listener, o <<Early Neutral evaluation<<) y el <<juicio por jurado Sumario>> (Sumary Jury Trial<<) . El veredicto del jurado Sumario al igual que el dictámen emitido por el <<adjudicator>> en caso de procedimiento de decisión no obligatoria (<<Non hinding ex parte adjudication<<) en litigios sobre patentes o secretos comerciales, no es vinculante. Lo es, en cambio, la decisión del <<juez

o privada⁶⁹. En otros casos, el órgano judicial competente para decidir el caso puede inducir a las partes a que intente una conciliación entre ellas, antes de abrir el proceso; cabe incluso, que imponga éste 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, Silvestre, loc., cit., págs. 52-53; y Fábrega, loc. Cit. Págs. 17 y ss.

69

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 Lânder a reintroducir esta conciliación obligatoria ante un órgano adecuado de 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.

70

Así, en la <<Civil Justice Reform Act>> norteamericana, de 1990, y en la Ley inglesa de reforma del procedimiento civil (<<Reforma Wolf<>), de abril de 1999, que encuentra su antecedente en la <<Family Law Act>> de 1996: véase, Silvestre, loc. Cit., pág. 53; y Torres Escámez, loc. Cit., pág. 2.

71

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.

72

El irónico adjetivo es utilizado por Silvestre, loc. Cit.

73

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

Jesús Fernández Entralgo

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos comenzaron implantándose en el sector jurídico privado⁷⁴ , donde era menor la resistencia como consecuencia del amplio margen de disponibilidad del objeto litigioso por las partes; pero 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-víctima : el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)>>, en <<Jueces para la Democracia>>, 34, 1999, pág. 75

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

Jesús Fernández Entralgo

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 aún se tiene en el presente en amplios sectores sociales⁷⁶), en el Derecho Penal como 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 correctamente, la ejecución de la privativa de libertad como se concibió en los dos últimos siglos), se dice:⁷⁷

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

75

Se trata de un juego de palabras partiendo de <<besser>> (mejor): <<...(pudiera) ...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.

76

Por cierto, sin distinción de sesgo ideológico. Sobre el <<realismo de izquierda>>. Versión izquierdista de la ideología de <<Law and Order>>: Simauss. G., <<Le Leggitimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale>> en >>Dei Delitti e delle pene>>, III-1, 1985, pág. 94

77

Véase, a título de ejemplo, Jiménez-Salinas, <<La conciliación víctima-delincuente...>> cit., 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 más que ésta haya venido siendo el arquetipo de pena.

Jesús Fernández Entralgo

- Genera un alto riesgo de incorporación al *mundo* (o <<subcultura>>) criminal;
- Produce un proceso de adaptación negativa y de desocialización; y
- 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 posibilidad 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 previsión, en algunos Estados, de multas cuantiosísimas en materia de represión del narcotráfico carece de trascendencia práctica cuando se imponen a personas de escasos 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

78

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 ...>> cit., págs. 31 y ss.

79

Hassemer, W., <<Prevención en el Derecho Penal>>, en Poder y Control>>, O, 1986, pág. 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.

capitalista occidental⁸¹, 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 más se da esta <<huída de la pena privativa de libertad>>) sustituidas por la suspensión condicional de su ejecución⁸². Los estudios realizados sobre la extracción social de la población carcelaria revelan la exactitud del diagnóstico de Bruno Ambusson 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 subproletariado⁸³.

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

81

Geménez-salinas i Colomer, E., <<La mediación: una visión desde el derecho comparado>>, en <<La mediación penal...>> cit., págs. 89 y ss. Sin llegar al incremento alarmante de población penitenciaria en Estados Unidos (648 por 100.000 habitantes, en 1997: Boureau of Justice Satrtics, 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 ascendida 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.

82

Ferrajoli, L. Y Zoló, D., <<Marxismo y cuestión criminal>>, en <<Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro>>, El Viejo Topo, Barcelona, 1980, págs. 89-90; Wacquant, L., <<Les Prisons de la misère>>, Raisons d'Agir, Paris, 1999; págs. 94 y ss.

83

Aubusson de Cavarlay, B., <<Hommes, peines et infractios>>, en <<Année Sociologique>>, 35, 1985, pág. 293. Más datos en Wacquant, loc. Cit., págs. 101 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

No es por ello, extraño, que el *neoliberalismo* 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, para 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 espacio de cultura jurídica *continental*) y de inocuización 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.

Ni, 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 muchas *biografías Criminales*) produzca efecto resocializados 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 de recidiva.

El desconcierto de penalistas y criminólogos tal vez tensa 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

desarrolladas, la criminalidad tiene mucha relación con la incultura y la pobreza; y, en palabras de Nils Christie⁸⁴, 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 forzaba psicológicamente frente a la tentación del delito.

Con estos antecedentes, arrecian las críticas del abolicionismo al sistema penal, material y procesal. Jiménez-Salinas⁸⁵ cita estas ideas expuestas, desde esta perspectiva, por Elena Laurrauri: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

<<Los límites del poder>>, *cits.*

85

<<La conciliación víctima-delincuente...>> *cit.*, pág. 76

86

Laurri, E., <<Abolicionismo del Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista>>, en <<Poder y Control>>, págs. 95 y ss.

87

Todavía hoy la ley *civil*, en determinados ordenamientos, puede encubrir normas penales; o desempeñar una función punitiva, como los *ejemplar or punitive damages* del Derecho angloamericano: Brazier, M., <<Street on Torts>>, Butterworths, London, 1988; Napier, M., <<European Perspectives for practitioners>>, en Holding & Kaye, 1993; Satanton, 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.

Jesús Fernández Entralgo

- El crimen tiene (?) tiene una realidad ontológica. Con ello se señala que bajo la etiqueta de *delito* se agrupan toda una serie de comportamientos que no tienen nada en común (excepto el hecho de estar criminalizados). ...(El) crimen no es el objeto del sistema penal, sino más bien el producto del sistema penal⁸⁸ .
- La Ley penal trabaja con imágenes falsas. Se basa en acciones en vez de interacciones. Se basa en sistemas de responsabilidad biológica⁸⁹ antes que en sistema 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 respecto de su aplicación⁹¹ .
Desde el momento que no puede prevenir o perseguir todo delito, los agentes de control y el sistema penal entero se dirigen sólo a determinados comportamientos, no necesariamente los más dañosos.

88

El sistema penal se ofrecería, de este modo, como un producto cultural artificial, un <<*artifact*>>, en el sentido que da a este concepto Ferracuti.

89

Aún cuando subsisten concepciones que ligan el delito (o, a tal vez, más exactamente, la violencia o la *desviación*) a factores biológicos –la nueva información que proporcionan las investigaciones sobre Genética o sobre la influencia de los neurotransmisores sobre el comportamiento humano ha venido a sustituir las especulaciones, que hoy parecen tan ingenuas, de la vieja *Scuola Positiva* (singularmente de la *ortodoxia* lombrosiana)- la oposición se plantea entre el delito como una cuestión de decisión individual de la persona que se enfrente al sistema de normas que regulan la convivencia social, y el delito como algo mucho más complejo, generado, total o parcialmente, por la propia construcción de esa convivencia.

90

Proceso de criminalización primaria

91

Proceso de criminalización secundaria. Una crítica reciente de la realidad de los mecanismos de criminalización secundaria, puede verse en Wacquant, loc. Cit.

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

Estas críticas (que atañen tanto al sistema penal como al proceso jurisdiccional penal) han tenido eco en el plano internacional. En el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal⁹² se establecieron una serie de significativas conclusiones:

<<...Los sistemas modernos de Justicia Penal han conocido y siguen conociendo dos desarrollos divergentes:

1. El Derecho Penal se utiliza como medio expeditivo de control social, el cual sobrepasa sus funciones originarias, creando un inminente peligro de hipercriminalización.
 - 1.1. Se tiene un escepticismo cada vez mayor sobre la eficacia del sistema tradicional de Justicia Penal, en especial de la pena como medio funcional del control social. Los conceptos de rehabilitación, de disuasión y de castigo son objeto de acerbos críticas. Esto ha llegado a reabrir la discusión sobre otros medios para alcanzar los fines del Derecho Penal.
2. Aún más, la propia justicia penal ha sido sometida a crítica. El proceso penal tiende a restringir la interacción de las partes implicadas en un conflicto de delimitación de la responsabilidad de una de ellas solamente. Las partes directamente implicadas, sobre todo las que se sienten lesionadas son incapaces de resolver el conflicto que subyace en el litigio penal tal como ellas lo sienten.
En tales condiciones, el proceso penal corre el riesgo de dificultar, en vez de facilitar, la paz entre los interesados.

⁹²

Richout Rodríguez, A., <<XII Congreso Internacional de Derecho Penal (Recomendaciones)>>, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

Jesús Fernández Entralgo

3. Desde esta perspectiva, la *diversión* debe considerarse como una fórmula nueva y deseable de tratar los problemas contemporáneos del sistema penal, al menos por dos razones:
 - 3.1. La *diversión* podría evitar el peligro de hipercriminalización. No restringe las funciones propias del Derecho Penal, pero puede mitigar los efectos negativos.
 - 3.2. La *diversión* 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 *diversión* no debe ampliar funciones que corresponden al Derecho penal. Ni institucionalizar o restringir los litigios que ya ahora se solucionan por vías informales o indirectas. La sustitución de medidas penales por las medidas que dimanen de la *diversión* 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 único⁹³.

93

Loic Wacquant (loc. Cit.) ha escrito lúcidamente sobre este extremo, relacionando el incremento actual de la *presión* 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 tuitivo* (asistencial) en un nuevo *Estado punitivo* (por tratar de traducir, lo más precisamente posible, su juego de palabras, al denunciar el paso del *Etât-penitence*).

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

5.- LA RECUPERACION DE LA VICTIMA COMO PERSONAJE PROTAGONISTA DEL DRAMA PENAL

Jesús 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 sólo 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 de 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 en conflicto de fondo: el que afrentaba 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

razonablemente - un modelo de Derecho Penal garantista⁹⁴. Debía estar siempre muy claro qué estaba prohibido hacer (o dejar de hacer), así como las consecuencias del quebrantamiento de esa prohibición; y la persona contra la que se dirigiese el *Leviatán* estatal debía contar con congruas posibilidades de defensa, organizándose el proceso penal conforme –entre otros- al principio de *igualdad de armas*.

Pero esa misma prevalencia fue sumiendo en una oscuridad cada vez más intensa a la víctima. Lejos quedan – y enhorabuena – los tiempos de la venganza privada a cargo del ofendido o de su familia, grupo o tribu; la *edad de oro* de la víctima⁹⁵. El monopolio del poder penal por el Estado produjo lo que los estudios llaman su *neutralización*⁹⁶. La víctima terminó convirtiéndose, en

94

Se ha convertido en tópica la cita de Ferrajoli, L., <<Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal>>, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2000; <<Derechos y garantías. La ley del más débil>>, Trotta, Madrid, 1999; <<Garantías>>, en <<Parolechiave>>, 19, 1999, traducción al español en <<Jueces para la democracia>>, 38, 2000, págs. 39 y ss.

95

El primero en utilizar esta expresión que pronto hizo fortuna, fue Stephen Schafner (<<Victimology: the Victim and his Criminal>>, Reston Publishing Co. Inc., Virginia, 1977), explica Miriam Herrero Moreno (>>La hora de la Víctima Compendio de Victimología>>, Instituto de Criminología & EDERSA, Madrid, 1996, pág. 28; véase, asimismo, Gracia-Pablos de Molina, A., <<La resocialización de la víctima. Víctima, sistema legal y política criminal>>, en <<Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain>>, San Sebastián, 1989, pág. 194; Silva Sánchez, J.M., <<La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática>> en Victimología>>, Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 1993, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 13.

96

Hassemer, W., <<Fundamentos de Derecho Penal>>, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 92 y ss.; Hassemer, W, y Muñoz Conde, F. <<Introducción a la Criminología y al Derecho Penal>>, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pág. 29; Landrove Díaz, G., <<Victimología>>, tirant lo blanch, Valencia, 1990. De la neutralización de la víctima suele hablarse peyorativamente, pero no siempre es así. Silva Sánchez la considera un presupuesto indispensable de la <<desdramatización del juicio y del castigo, como necesaria condición del <<distanciamiento>>imprescindible para tratar objetivamente el problema y respetar las exigencias garantistas: <<Sobre la relevancia...>> cit., págs. 190, 193-194,

Jesús Fernández Entralgo

expresivas palabras de Zipf, en el <<vástago olvidado de la justicia penal>>⁹⁷.

La víctima 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 sólo tienen ojos para el enfrentamiento entre delincuente y el Estado, en cuanto estructura de organización política de una comunidad soberana.

Más aún: los estudios de la denominada *victimodogmática*⁹⁸ (que se trata de derivar del principio de subsidiariedad de la intervención punitiva del Estado) descubren la contribución de la propia víctima a la ocurrencia del hecho delictivo (la idea de la <<*victim precipitation*>>, desarrollada a partir de la investigación estadística dirigida, en los Estados Unidos de América, por Marvin Wolfgang⁹⁹), que, en medida variable, provoca con su propio

97

Zipf., H., <<Introducción a la Política Criminal>>, EDERSA, Madrid, 1979, pág. 173

98

Traducción española generalizada de <<Victimodogmatik>>. También se expresa su significado como <<viktimologischer Ansatz>> o <<perspectiva victimológica de la dogmática penal>>; Silva Sánchez, <<La consideración...>> cit., pág. 17

99

Tamarit Sumilla, J.M., <<La víctima en el Derecho Penal>>, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 18. Mervin Wolfgang, escribe Herrera Moreno (loc. Cit., pág. 107), <<...es un neto exponente de la operatividad y realidad de aquellas ideas formuladas en abstracto por VON HENTING en relación con el vigor y trascendencia del juego interactivo que asocia a un infractor con su víctima...>>. Partiendo de sus investigaciones empíricas, construyó el modelo de <<homicidio precipitado>> (Wolfgang, M.E., <<Victim-Precipitated Criminal Homicida>>, en <<Victimology: A New Focus>>, Ed. Drapkin & Viano, Lexington Books, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachussets-Toronto-London, 1974), esto es, aquel en el que <<...el papel de la víctima se caracteriza por haber sido, en el drama criminal, quien primero <ha acudido al recurso de la fuerza física dirigida en contra se su subsiguiente homicida. Los casos de victimo-precipitación se refieren a aquellos qn los que la víctima es la primera en exhibir y usar un arma letal o golpear en un altercado; en suma, la primera en iniciar la interacción o recurrir a la violencia física ...>> (loc. Cit., pág. 80; traducción de Herrera Moreno, loc. Cit., pág. 108). La falta de provocación de la personal que arremete a otro pretextando actuar en legítima defensa es requisito para que pueda apreciarse la causa de justificación, como exige el Artículo 24.1c), con la excepción de la defensa de familiares próximos. En los casos de legítima defensa la <<víctima>>,

comportamiento, colocándose en situaciones que aumentan su vulnerabilidad. Se trata –escribe Schneider¹⁰⁰ - <<...de que la víctima haya prestado con su comportamiento un aporte al hecho, o que su comportamiento pueda ser entendido o mal entendido por el autor como un consentimiento o una probación de su hecho (interacción simbólica)..>>

Se invoca el principio de <<autocorresponsabilidad>> (o <<responsabilidad funcional>>¹⁰¹), para poner de relieve que la víctima <<...ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedentes del hecho que lo afecte...>>¹⁰².

La Victimodogmática –escribe Silva Sánchez- <<...trata de examinar hasta que punto y en qué términos) el reconocimiento de la existencia – en algunos –supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a firmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir – en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor...>>¹⁰³ Dogmáticamente implica una reconstrucción de la Teoría del Delito desde perspectiva de la víctima.

Paradójicamente, causa un mal (justificado, ciertamente) a su agresor, actual o potencial inmediato. Se cuestiona que la perspectiva de la víctima aporte al tratamiento del problema nuevas dimensiones que no proporcionen la Dogmática tradicional, enfocada al delincuente: Bustos & Larrauri, loc. Cit., págs. 23 y ss.

¹⁰⁰ Loc. Cit., pág. 373

¹⁰¹ <<Functional Responsibility>>: Schaffer, loc. Cit.: <<...La Víctima es responsable...de su propia victimización ...Ella no se debe poner en situaciones victimógenas, en las cuales pueda llegar a ser fácilmente víctima...>> (Schneider, loc. Cit., págs. 373-374)

¹⁰² Bustos y Larrauri, loc. Cit., págs. 24-25

¹⁰³ Silva Sánchez, J.M., <<la consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimodogmática”>>, en <<La Victimología>>, Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pag. 18

Jesús Fernández Entralgo

La Victimodogmática –como hace notar Tamarit i Sumilla¹⁰⁴, basándose en el muy utilizado trabajo crítico de Dunkel¹⁰⁵ – no ha tenido buena acogida¹⁰⁶. Se le reprocha que sus conclusiones fallan respecto a ciertos delitos y de ciertas víctimas; se le acusa de dar lugar a una desprotección de las víctimas¹⁰⁷; 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

¹⁰⁴

Tamarit i Sumilla, J.M., <<La reparación a la víctima en el Dret. Penal. Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminal>>, en la Colecció <<Justícia i Societat>>, 11, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1993.

¹⁰⁵

Dunkel, F., <<La víctima en el derecho penal. ¿En vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima>>, en Papers d' Estudis i Formació>>, Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 8, Barcelona, 1992, págs. 63 y ss.

¹⁰⁶

Se habla, no sin ironía, de una *euforia* (Seelmann, <<Dogmatik und Politik der "Wiederentdeckung des Opfers">>, en <<Rechtsdogmatik und Rechtspolitik>>, Hamburger Ringvorlesung, Berlin, 1990, pág. 159) por adoptar el punto de vista de la víctima, <<...en la que algunos tratan de descubrir la panacea de los males del sistema del Derecho Penal, y que –por otro lado- tanto recuerda la euforia del tratamiento resocializador de los años sesenta...>> (<<Sobre la relevancia...>> cit., pág. 191). A la desilusión tras la euforia resocializadora alude roxin. C., <<La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones>>, en <<Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania">>, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, Pág. 21

¹⁰⁷

<<...La revelación implícita en el diseño de WOLFGANG obra una brusca ruptura con el estereotipo de víctima inerte y pasiva, una ruptura doctrinal cuya intención última era alterar la percepción social del delito, rutinariamente bañado en un claroscuro maniqueísta.

“Como contrapartida negativa, el concepto de “precipitación victimal”, arrebatado de las manos de WOLFANG y desmañadamente trasladado a otros contextos delictivos hasta el punto de desvirtuarse, terminó deteriorando la reputación general de toda una época victimológica, que hubo de pechar, no siempre con justicia, con la calificación crítica de “etapa victimo-culpabilística” ...>> (Herrera Moreno, loc. Cit., pág. 108)

de la respuesta penal ha de contrapesarse con las exigencias del principio de solidaridad¹⁰⁸.

La preocupación por el delincuente parece producir un efecto perverso sobre la víctima. Hans Joachin Scheneider pone de relieve que, en la investigación empírica sobre los que han sido víctimas del delito, se llegó a un reconocimiento esencial: <<...la víctima no sólo sufre el hecho punible en sí mismo, sino que sufre también, a través de la reacción formal e informal sobre el hecho, daños, psíquicos, sociales, económicos y físicos...La víctima se considera abandonada e incomprendida por parte de su entorno social. En el proceso penal ella se siente menospreciada como objeto de la búsqueda de la verdad. Frecuentemente piensa que ella es el verdadero 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

¹⁰⁸

Se citan como ejemplos de aplicación de criterios victimodogmáticos, o de consideraciones de responsabilidad funcional, la deslegitimación de lo que, de otro modo, sería legítima defensa, en caso de previa provocación del que (impropiamente) se defiende (Artículo 24.2 © del Código Penal hondureño), o la atenuación por provocación previa del agredido (Artículo 26.2; sintónico con otros preceptos de Leyes tanto europeas continentales -Código Penal suizo- como anglosajonas): Schneider, loc. Cit., págs., 374-375. Desde otro punto de vista, responderían al mismo planteamiento la imposición legal de deberes de protección a ciertos establecimientos especialmente expuestos a atentados contra la propiedad, como los supermercados o -en España- las entidades bancarias.

¹⁰⁹

Scheneider, H. F., <<La posición jurídica de la víctima en el Derecho y en el proceso penal>>, en <<Cuadernos de Política Criminal>>, 35, 1988, pág.357. Esther Jiménez-Salinas escribe, sintónicamente, que <<...la víctima no sólo sufre el hecho punible sino además otro tipo de daños, morales, psíquicos, sociales, ...que con frecuencia quedan sin respuesta. La víctima se suele sentir abandonada, incomprendida, tiene miedos, angustias, rencores, ect. El problema es que a través del proceso penal, a veces piensa que el acusado es ella, en lugar del autor...>> (Jiménez-Salinas Colomer, E., <<La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador>>, en >>La mediación penal>> cit., pág. 74

Jesús Fernández Entralgo

tampoco que, directa o indirectamente, el delito compromete bienes jurídicos individualizados. El delito –escribe García- Pablos de Molinano <<...no enfrenta simbólicamente al infractor y al Estado, sino que expresa un conflicto entre tres protagonistas: delincuente, víctima y comunidad...>>.

Silva Sánchez cita unas palabras de Barnett que compendian muy bien este nuevo enfoque: <<...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 robó a la sociedad: robó a su víctima. Por tanto, su deuda no es con la sociedad; lo 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 Law*¹¹².

¹¹⁰

<<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., pág. 311

¹¹¹

<<Sobre la relevancia ...>> cit., pág. 197; toma la cita de Barnett (<<Restitución, a new paradigm of 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. Stee und J. Wessels zum 70 Geburtstag>>, Heidelberg, 1995, pág. 790. En definitiva, 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, aunque no individualizados.

¹¹²

Jiménez-Salinas, <<La mediación>> cit., pág. 74, con cita de Dunkel. La víctima es considerada el <<portero>> del procedimiento penal (Schneider, loc. Cit., pág. 357; Maier, J.B.J., <<La víctima y el sistema penal>>, en <<Jueces para la Democracia>>, 12, 1991, pág. 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 policiales y judicial¹¹³ .

De este modo, en el último cuarto del 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 <<...no puede seguir siendo mero objeto de la investigación judicial, sino un partícipe activo de esta, un sujeto de derechos, informado, atento, colaborador y responsable de su marcha...>>¹¹⁴

¹¹³

Schneider, loc. Cit., pág. 357; Maier, <<La víctima:::<< cit., pág. 42; Kaiser, G.,

¹¹⁴

<<El descubrimiento ...>> cit., pág. 31

6.- LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Jesús Fernández Entralgo

6.1.- El concepto de <<víctima>>

Conviene, ante todo, precisar el alcance conceptual del significante <<víctima>>; palabra 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 particular¹¹⁵.

Una primera aproximación semántica (la más pegada a su origen etimológico, que envuelve una remisión a la idea de objeto de sacrificio)¹¹⁶ hace de <<víctima>> significante de <<persona que padece daño por culpa ajena por causa fortuita>>¹¹⁷.

Así, la víctima seria, en sentido estricto, la persona concreta sobre la que recae la conducta típica de la infracción penal; tópicamente, aquella a la que se causa un daño corporal o sufre un directo expolio de algún bien que tiene en su poder material¹¹⁸.

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

¹¹⁵

Varela Castro, K., <<Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso>>, en <<La Victimología>>, Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 99; Tamarit Sumilla, J.M., <<La víctima en el Derecho Penal>>, Aranzadi, Pamplona 1998, pág. 149

¹¹⁶

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>>.

¹¹⁷

Tercera acepción, según el Diccionario de la Lengua Española.

¹¹⁸

Bustos, J. y Larrauri, E., <<Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas>>, JURA-10, PPU, Barcelona, 1993, págs. 17 y ss

indiferenciado 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 penal¹¹⁹.

La Declaración de la Sociedad Internacional de Victimología, presentada en el Congreso Internacional de Naciones Unidas, en 1985¹²⁰, entiende por víctima <<...toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de un grupo o colectividad...>>

Es, ésta, la <<víctima directa>> principal. Junto a ella, pueden coexistir las llamadas <<Víctimas indirectas>>, personas físicas o jurídicas cuyos intereses se ven perjudicados por efecto reflejo de la infracción penal¹²¹.

¹¹⁹ Maier (loc. Cit., pág. 52); Tamarit, <<La 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)).

¹²⁰ Solé Riera, J., <<La Tutela de la víctima en el proceso penal>>, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 21.

¹²¹

Ávila Ortiz, F., Comentario al Artículo 17, en Palacios Mejía, J.M^a y Fernández Entralgo, J. (Coords.), <<Código Procesal Penal Comentado>>, 2000, utiliza un concepto amplio de víctima, que comprende a los perjudicados que no son sujetos pasivos del delito; también Solé Riera (loc. Cit., pág. 21), cuando define la víctima>> como <<...aquel 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 (loc. Cit., pág 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 ella, <<...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 proscribe el abuso de poder...>>, pero extiende el concepto a <<...los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación...>>: Landrove, <<Victimología>>, cit., pág. 64. Beristain crítica la identificación entre víctima y sujeto pasivo, y patrocina un concepto amplio, al estilo de la Declaración de la ONU (Beristain, J.A., <<Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro>>, en >>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-Gastieiz, 2000, págs. 21-22.

Jesús Fernández Entralgo

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 difunto¹²².

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 e identidades que actúan invocando la defensa de sus intereses como título de legitimación para obrar¹²³.

EL en artículo 17 del Código Procesal Penal (<<Quienes 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 quien es <<víctima>> y quien <<sujeito pasivo>> o <<perjudicado>>: Bustos y Larrauri, loc. Cit., pág. 17 citan 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 sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen precisamente para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos...>>. 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 <<legitimación 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 hace 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., 18 y ss. Distinguen, en efecto (loc. Cit., pág. 45) entre <<...Víctima en sentido estricto, esto es, la persona directamente afectada por el delito (dentro del cual hay que considerar al perjudicado)...>> y <<...víctima en sentido amplio (testigos, delincuente, responsable civil, familiares, etc.) ...>>

Así, en el numeral 1, se enuncia, desde luego, la víctima directa, a saber <<...(el) directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado, y demás entes públicos o privados ...>>; esto es, la persona física o jurídica (pública o privada) directamente ofendida, en cuanto titular del bien jurídico protegido por la conminación de una conducta como infracción penal.

Avila Ortiz¹²⁴ interpreta que se incluye en este caso al Estado, <<...pues no cabe duda que también es el 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 merece 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 infracción perseguible exclusivamente por la víctima o requiera la previa instancia de persecución de ésta como requisito de procedibilidad. La intervención del Estado y demás entes públicos o privados como víctima directa en el proceso penal (hipótesis de que parte el Artículo 17.1) exige que sean titulares del concreto bien jurídico protegido por la infracción penal. Si, por ejemplo, como 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 concepto de víctima, aunque lo fuese indirecta, salvo que pudiera encajar en el numeral 3) de este Artículo.

Cuando el delito es de los que están contra un interés colectivo, o difuso (por ejemplo, el medio ambiente), éste resulta compartido por un conjunto indeterminado de personas, físicas o jurídicas, el titular del bien jurídico -y víctima directa- es esa colectividad¹²⁵.

¹²⁴

Loc. Cit.

¹²⁵

Por eso, se alude a estos delitos como <<delitos sin víctima>>, expresión que ha de entenderse <<sin víctima individualizada>>.

Jesús Fernández Entralgo

Avila Ortiz¹²⁶ se plantea: <<...En estos casos, al darse un atentado contra uno de estos bienes, ¿A quien debe considerarse víctima?

Sabemos que todos los habitantes de la República 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 podrían ser víctimas todos los habitantes de la República aunque no hayan sufrido en absoluto por la infracción cometida. Existen sin embargo, varias 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 es el medio ambiente, se trata de las llamadas organizaciones no gubernamentales, más conocidas como las ONGs, estos organismos, en mi opinión, por proteger aquellos derechos y representar de alguna manera a ciertos grupos de ciudadanos, podrían considerarse como víctimas de un delito de la naturaleza que se ha señalado...>> La solución podría resultar criticable desde el punto de vista legal estricto. La alusión a los comuneros de un patrimonio indiviso está obviamente prevista en relación con bienes individualizados. La posibilidad de representación de la víctima del delito por una asociación (admitida por el Artículo 98) exige que ésta ostente esa representación por otorgamiento de la víctima directa.

Cabría argumentar que, si todos somos cotitulares indivisos del derecho a un bien no individualizable, cada persona es (co) víctima directa, y, en tal caso, ostentaría legitimación procesal penal activa, pudiendo intervenir, como parte acusadora, en el proceso, por sí misma o confiriendo su representación a una de las asociaciones aludidas por el Artículo 98 antes citado.

En el numeral 2) se consideran víctimas al <<...cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido...>>.

¹²⁶

Loc. Cit. Obviamente, el planteamiento del problema sólo tiene trascendencia desde el punto de vista de la legitimación para intervenir en el proceso penal como parte acusadora.

Estas son víctimas indirectas, y sólo tienen el carácter de tal cuando se trate de un delito consumado de homicidio, lo que se explica –tratándose de delimitar la legitimación procesal penal activa, esto es, la legitimación para intervenir en el proceso penal como parte acusadora- por la imposibilidad de que la víctima directa (fallecida) pueda personarse en el procedimiento¹²⁷.

Podría sorprender la mención de los padres adoptivos, sin verse acompañada de la inclusión de los naturales, matrimoniales o extramatrimoniales.

Esta desafortunada omisión no debe entenderse como excluyente de estos familiares tan próximos, sino por entenderse, los padres naturales englobados en el grupo de parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, comprensivo así de la línea recta como la colateral.

En fin, en el numeral 3, se atribuye asimismo el concepto de víctima a <<...(los) socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso...>>.

Como la mera comunidad de bienes no supone la personificación de aquélla, las víctimas directas son los comuneros que la componen, cotitulares del derecho patrimonial lesionado o puesto en peligro. Por el contrario, cuando se trata de una sociedad, es ésta la víctima directa, en cuanto goce de personalidad jurídica, aunque se atribuya legitimación procesal activa a los socios en cuanto afectados indirecta o reflejamente por la infracción penal.

¹²⁷

Avila Ortiz. Loc. Cit.

6.2.- Los planos de tutela de la víctima en el Derecho Penal sustantivo

6.2.1 La apertura a la legítima defensa

La víctima de una agresión actual o inminente está legitimada para defenderse frente a ella. El Artículo 24.1 del Código Penal la exime de responsabilidad penal, porque su comportamiento defensivo –aunque lesione bienes del agresor –está justificado¹²⁸.

Exige una reacción frente a una agresión ilegítima y, además 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 reacción defensiva¹³⁰.

Como el daño causado en legítima defensa plena está justificado, el causante no incurre en responsabilidad ni penal ni tampoco civil¹³¹.

¹²⁸

En el precedente Artículo 22 se distinguen tres clases de causas de exención de responsabilidad: causas de imputabilidad, 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 que –aunque no se diga expresamente en el precepto– hay que inferir que constituyen causas de justificación.

¹²⁹

Por eso ha sido frecuente relacionar la apertura de la legítima defensa con la delegación del poder de castigar del Estado (que asume, ciertamente, el monopolio de la violencia pero, en contrapartida, también el deber de proteger a las personas que conviven dentro de sus fronteras) en la persona agredida injustificadamente.

¹³⁰

La falta de alguno de los presupuestos justificativos (salvo –según opinión generalizada– la agresión ilegítima, que constituye la esencia misma de la causa de justificación, sin perjuicio del efecto de una errónea interpretación de la situación por el que responde a lo que cree equivocadamente una agresión ilegítima) hace que el causante ilegítimo del mal responda penalmente, aunque su responsabilidad esté atenuada (a tenor del Artículo 26.1).

¹³¹

La legítima defensa no se encuentra mencionada entre la hipótesis de responsabilidad civil en caso de exención de responsabilidad penal, reguladas por el Artículo 106 del Código Penal.

6.2.2.- La tutela del bien jurídico de la víctima directa lesionado o puesto en peligro es la fuente de legitimación de la intervenención punitiva del Estado

La antijuridicidad, como elemento estructural del concepto del delito, deriva de la lesión no puesta en peligro de un bien jurídico (individualizado o colectivo o difuso) por la conducta de una persona¹³². El ideal del *Derecho Penal Mínimo* aspira a reservar la respuesta penal para los supuestos de ataque más intolerable a bienes jurídicos y valores considerados fundamentales para la construcción y el mantenimiento de una convivencia social justa y pacífica.

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

El máximo grado de acondicionamiento del poder punitivo del estado por la protección del derecho de la víctima se pone de manifiesto en los casos de disponibilidad absoluta o relativa de aquélla directamente sobre la responsabilidad penal del culpable¹³³ o sobre el proceso penal imprescindible para la imposición de la pena correspondiente a la infracción penal¹³⁴.

¹³²

Está muy extendida la perspectiva denominada <<de la regla y la excepción>>: se tipifica una conducta porque –por regla general- lesiona o pone en peligro un bien jurídico; pero, excepcionalmente, la conducta típica puede encontrarse justificada, por concurrir alguna causa establecida legalmente.

¹³³

Así ocurre cuando el perdón expreso del ofendido, o de quien tenga su representación legal en los delitos perseguibles solamente a virtud de querrela o denuncia del agraviado, extingue la responsabilidad penal (Artículo 96.5 del Código Penal). La ausencia de perdón funciona, en estos casos, como una condición de procedibilidad. El proceso iniciado (tras cumplirse el requisito de presentación de querrela o denuncia) subsistirá sólo en cuanto no medie el perdón de persona legitimada para ello. Ese perdón, que extingue la responsabilidad penal, extingue la acción penal (Artículo 42.1 del Código Procesal Penal), provocando la conclusión del proceso de cognición sin condena o el proceso de ejecución de la pena ya impuesta por sentencia firme.

¹³⁴

Casos de acciones públicas dependientes de instancia particular (Artículo 26 del Código Procesal Penal) o de delitos perseguibles sólo por acción privada (Artículo 27 de dicho Código) en relación con el Artículo 96.5 del Código Penal, en relación con el 42.1 del Procesal Penal.

Jesús Fernández Entralgo

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

6.2.3.1.- La responsabilidad civil derivada de la infracción penal.

El ámbito 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 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, concurra 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 deriva 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

Véase, 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.

conductas intencionadamente causantes del daño, frente a aquellas que lo producen sólo por imprudencia o negligencia.

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

- a) Un acto (doloso o culposo) constitutivo de delito o falta; o
- b) Un acto penalmente irrelevante, pero ilícito.

Al primero se refiere el Artículo 1349, reenviando – en cuanto a su 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 regirá –de acuerdo con el Artículo 1350 del Código Civil- por las disposiciones correspondientes del Código Civil. Aun cuando el tenor literal del precepto sólo se refiere a conductas culposas, habrá de entender, a mayor abundamiento, extensivas 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 Civil: <<El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo 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 1382 del francés¹³⁶. Todos ellos, a su vez, son expresión de

¹³⁶

Todo acto de una persona que, incurriendo en falta, a haya causado un daño a otro, obliga a su autor a repararlo (<<Tout fait quelconque de l'homme, qui causa 'a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, 'a le réparer>>). La responsabilidad surge no sólo cuando el daño haya sido causado intencionadamente, 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>>

Jesús Fernández Entralgo

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

Puig Brutau escribió, hace decenios, que, al Artículo 1902 del Código Civil español se puede aplicar lo que Lawson afirmó un día de su equivalente francés: suena manifiesto (<<...reads like a manifesto...>>); entendiendo que no es <<...una regla estricta, pues no atribuye a una consecuencia precisamente detallada a un supuesto que también se halle 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; entran, 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, lo es también civilmente...>>. En realidad, no toda infracción penal genera responsabilidad civil, sino, obviamente, sólo aquella que causa daños o perjuicios¹³⁸ .

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

Puig Brutau, J., <<Fundamentos de Derecho Civil>>, II-2º, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 661; la cita de Lawson, F.H. corresponde a su <<Negligence in the Civil Law>>, Oxford, 1950, pág. 29.

¹³⁸

El Artículo 19 del anterior Código Penal español adolecía de esta misma impresión. 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...>>

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 afección>>, 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

¹³⁹

No lo será, si ha sido adquirida por un tercero en condiciones tales que resulte irrevindicable de él, como excepciona el último inciso del Artículo 108.

Jesús Fernández Entralgo

b.2.3) En la cuantía que se fije como compensación del denominado <<valor de afección>>, en realidad, una modalidad de daño moral¹⁴⁰.

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... (otros) 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 como la pérdida consiguiente de su calidad de vida¹⁴².

¹⁴⁰

Valor sentimental del objeto para el agraviado: Córdoba Roda, J., en Córdoba Roda, J., Rodríguez mourullo, G., Del Toro Marzal, A. y Casabó Ruiz, J.R., <<Comentarios al Código Penal>>, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 577; la aflicción que el sujeto pasivo del delito experimenta al comprobar el detrimento que el bien de su aprecio sufrió como consecuencia de aquél: Arias Rodríguez, J.M., en <<Código Penal Comentado>>, Akal, Madrid, 1990, pág. 264.

¹⁴¹

Suele utilizarse el término <<compensación>> -en lugar de <<reparación>>, <<indemnización>> o <<resarcimiento>>- a propósito del daño moral en sentido amplio, porque no es posible fijar 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 cuantificación judicial de esa compensación ha estimulado la baremación legal de esa compensación.

¹⁴²

En la bibliografía especializada se distinguen varios planos de esa calidad de vida como concepto general y más comprensivo, hasta hablarse de una <<inflación>> del concepto de la capacidad de disfrutar de la vida (lo que en la bibliografía francesa se conoce como <<préjudice d'agrément>>), se mencionan el <<perjuicio sexual>>, el <<infantil>> o <<juvenil>> o la reducción de la <<expectativa de vida>>. A título de ejemplo de obras sobre el daño corporal en lengua española, cabe citar: Angel Yaguez, R. de, <<Tratado de responsabilidad civil>> Universidad de Deusto7Civitas, Madrid, 1993; Azpeitia, D.A., Lozada, E. Y Molde AJ.A, <<El daño a las personas. Sistemas de reparación. Doctrina y jurisprudencia>>, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998; Diez-Picazo, L, <<Derecho de daños 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>>, Marcial Pons, Madrid, 1997; Iribarne, H.P., <<De los daños a la persona>>, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995; Medina Crespo, M., <<La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95>>, Dykinson, Madrid, 1997; Vicente Domingo, E., <<Los daños corporales: tipología y valoración>>, Barcelona Bosch, 1994.

b.4) La indemnización de perjuicios.

De acuerdo con el Artículo 111 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 como infracción penal; y
- b.4.2) Los producidos a una persona de la familia del ofendido o a un tercero¹⁴³. Será preciso, en todo caso, probar la relación de causalidad (o, más correctamente, de imputación objetiva) entre el hecho punible¹⁴⁴.

¹⁴³ Es el denominado daño <<por rebote>> o <<por carambola>> o <<indirecto>>, traducción del <<dommage par ricochet>> o <<rèfléchi>>, en la terminología francesa (Lambert-Faivre, Y., <<Droit du dommage corporel. Systemes d'indemnisation>>, Dalloz, Paris, 1996, pág. 260), utilizada igualmente por especialistas de lengua española: Vicente, loc. Cit., págs. 211 -ss; De Angel, loc. Cit., pág. 83; Iribarne, loc. Cit., págs. 431 y ss. Y 611 y ss.

¹⁴⁴ Pantaleón Prieto 8Pantaleón, F., <<Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación>>, en asociación de profesores de Derecho Civil, <<Centenario del Código Civil (1889-1989)>>, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, II, págs. 1.561 y ss; y Comentario al Artículo 1.902, en Oaz-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 págs. 1971 y ss) ha trasladado al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual el criterio de imputación objetiva acuñado inicialmente en el penal. El juicio de causalidad material se funda en el <<experimento mental>> consistente en suprimir hipotéticamente el acto enjuiciado, y ponderar si, en tal caso, no se habría producido el daño. La imputación objetiva requiere algo más: la posibilidad de poner en cuanta de aquel acto el resultado perjudicial. Para ello se utilizan una pluralidad de criterios: a) el criterio de exclusión por riesgo general de la vida: <<...No son imputables objetivamente aquellos daños que sean realización de riesgos habituales ligados a la existencia natural del dañado...>>; b) el criterio de la prohibición de regreso: <<...No es imputable objetivamente el daño cuando, en el proceso causal dañoso, ciertamente puesto en marcha por el demandado, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero, salvo que dicha conducta se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o, con más claridad, sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir...>>; c) el criterio de la provocación:

Jesús Fernández Entralgo

Desde el punto 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 rigen, para estos últimos, las mismas limitaciones estudiadas a propósito de la reparación de daños.

Los mecanismos colectivos de cobertura de la víctima

a) El seguro de suscripción obligatoria.

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

<<Una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente de tráfico sufrido en persecución de un delincuente o de un dañante que huía del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones serán objetivamente imputables a quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue “provocada” por él, en el sentido de poder considerarse una conducta 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 cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma...>> <<...El dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima... en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes, o la vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño...>>; d) el criterio del incremento de riesgo: No habrá existido... incremento de riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado, cuando se constate con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también, de haber obrado el dañante diligentemente...>>; e) el criterio del fin de protección de la norma fundamentada de la responsabilidad: <<...No pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado...>>; y f) el criterio de la adecuación: <<...No cabe imputar objetivamente un concreto eventos dañosos a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en el que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata...>>.

seguro de responsabilidad civil que garantice, al menos, la percepción de unos mínimos indemnización.

El seguro de suscripción obligatoria suele operar en ámbitos específicos de riesgo, como el automovilístico, la caza, el transporte aeronáutico o la energía nuclear, por citar ejemplos tópicos.

Este sistema de aseguramiento forzoso (cuyo incumplimiento es sancionado administrativa e incluso penalmente ¹⁴⁵) se completa con la organización de fondos públicos que sirvan de respaldo económico para el caso de ausencia de concentración del seguro obligatorio en un caso concreto.

b) Los planes de ayuda pública a la víctima.

En los países del área anglosajona surgió, por primera vez, la idea de que deberían arbitrarse mecanismos públicos institucionalizados de reparación a las víctimas de los delitos.

Vivimos en una *sociedad de riesgos* (<<*Risikogesellschaft*>>: en expresiva caracterización de Beck¹⁴⁶), y es razonable que se imponga la reparación pública de los daños generados por aquellos peligros que los aparatos estatales de control no han sido capaces de conjurar.

La idea, lanzada tempranamente (en 1957) en un Artículo de la inglesa Margery Fry¹⁴⁷, caló, primero, en Nueva Zelanda, donde se aprobó, en 1963, la <<*Criminal Injuries Compensation, Act*>>; y, al año siguiente, en Inglaterra, donde vio la luz el <<*Criminal Injuries Compensation Écheme*>>. En 1968, se aprobó la <<*Criminal Injuries to Persons Compensation Act*>>, para Irlanda del Norte.

¹⁴⁵ El Artículo 636 del Código Penal español castiga este incumplimiento como falta.

¹⁴⁶ Beck, U., <<La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad>>, Paídos, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998

¹⁴⁷ Fry, M., <<Justice for victims>>, en <<The Observer>> del 7 de Julio de 1957

Jesús Fernández Entralgo

En América, en 1965, California y Nueva Cork aprobaron sistemas similares, conocidos asimismo en Canadá y Australia.

En el ámbito jurídico germánico, destacan la Ley austriaca de presentación de auxilios por delito (<<Verbrechenshilfeleistungsgesetz>>), de 1972, y la alemana de indemnización a víctimas de delitos violentos (<<Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten>>), de 1976¹⁴⁸

Estos sistemas asistenciales no se confunden con la indemnización propiamente dicha, responsabilidad del causante del daño injusto, sino que la sustituyen (cuando no es posible hacerla efectiva, en todo o en parte, por solvencia, total o parcial, o desconocimiento de la identidad del responsable) o anticipan.

Encaja, más bien, en el marco, cada vez más amplio, de protección pública contra el infortunio, cualquiera que sea su origen, aunque siempre se trate de conectar con alguna clase de riesgos cuyas consecuencias no sea razonable descargar (al menos en su totalidad) sobre la víctima y con algún grado de funcionamiento irregular o insuficiente del Estado o de una Administración Pública.

La justificación de estos mecanismos de reparación pública se argumenta – resume Tamarit y Sumalla¹⁴⁹ – de diversas maneras.

Se alude al fracaso del Estado en su función de garante de la seguridad de quienes viven dentro de sus fronteras, tras haber asumido, aquél, el monopolio del poder punitivo, vedado – salvo

¹⁴⁸

En España, la preocupación por asegurar la reparación de las víctimas de delitos ha determinado la organización de ayudas públicas, distinguiéndose un tratamiento genérico respecto de las víctimas de delitos violentos, en general (Ley 35/1—5, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas y Contra la Libertad Sexual), y otro, específico para las víctimas de los delitos terroristas (Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, desarrollada por el Real Decreto número 336/1986, de 24 de enero; Real Decreto 1311/1988, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo).

¹⁴⁹

<<La reparación ...>> Cit., págs. 25 y ss.

excepciones contadas- a los simples particulares (una idea muy cara a Fry¹⁵⁰); o a la ineficacia de las prevenciones estatales tradicionales de reparación a las víctimas¹⁵¹. Se alude reiteradamente al principio de solidaridad entre los miembros de la Sociedad en que se produce el hecho delictivo dañoso¹⁵², o a las exigencias del Estado social de Derecho¹⁵³, o se sugiere la funcionalidad preventiva de semejantes mecanismos públicos resarcitorios y hasta la propia parte de responsabilidad de la Sociedad en la Criminogénesis¹⁵⁴. Sin embargo, la existencia de medidas de reparación pública de los efectos nocivos del delito no puede, como ya se ha advertido, servir ni como vehículo de un mensaje antipedagógico de indiferencia del causante hacia su deber de resarcir (con un consiguiente descenso de los niveles de seguridad colectiva, tan destacado, en otro contexto, por Pantaleón Prieto¹⁵⁵) ni derivar en una repercusión, sobre los Presupuestos Públicos, de costes que deben ser soportados, primordialmente, por el causante de daño. Por eso se prevén mecanismos para conseguir el reembolso de los pagos oficiales.

Por lo demás, la cobertura que proporcionan estas asistencias públicas es doblemente incompleta: porque sólo contempla determinados daños (o sus consecuencias) y porque sólo incluye los que derivan de hechos delictivos dolosos especialmente graves.

¹⁵⁰

Loc. Cit.; pero también Zipf, H., <<Die Bedeutung der Viktimologie für die Strafrechtspflege>>, Kriminalpolitik, Karlsruhe, 1973, pág. 122

¹⁵¹

Weintraud, U. <<Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Grossbritannien und der Bundesrepublik Deutschland>>, Baden-Baden, 1980, págs. 22-23

¹⁵²

Pisani, M., <<Per le vittime del reato>>, en <<Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale>>, 1989, I, pág. 468

¹⁵³

Weintraud, loc. Cit., págs. 24-29

¹⁵⁴

Casarioli, G., <<La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale>>, en <<Indice Penale>> 24, 1990, Págs. 324-325

¹⁵⁵

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, 245, págs. I y ss.

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

- a) La aplicación del principio de oportunidad legalmente reglada, en los casos prevenidos por el Artículo 28 del Código Procesal Penal, está condicionada, está 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...>>; 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).
- b) 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.

Pero la imposición de una pena sólo será legítima cuando, además, la persona que lleva a cabo el comportamiento prohibido por la Ley actúa intencionada o imprudentemente.

Algunos Códigos Penales proclaman expresamente que sólo se castigan como delitos los hechos dolosos y, cuando así se establezca expresamente, los culposos¹⁵⁶. En el Código Penal de Honduras no hay un precepto equivalente, pero se infiere el mismo principio de su Artículo 13. Los delitos sólo pueden ser dolosos o culposos; y, estos últimos, sólo <<...en los casos expresamente determinados por la Ley...>>¹⁵⁷

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

Es, ésta, una fórmula de compromiso que trata de superar la polémica suscitada en torno al lema <<*no hay pena sin culpabilidad*>>, evitando la discusión, en modo alguno cerrada, sobre el concepto mismo de culpabilidad que, para un sector nada desdeñable de penalistas, está demasiado transido de resonancias morales.

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

¹⁵⁶

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. ...>>.

¹⁵⁷

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.>>

Jesús Fernández Entralgo

en boga desde finales del siglo XVIII, y muy singularmente hacia la nunca olvidada figura de Jeremy Bentham¹⁵⁸.

Esta mirada retrospectiva confiere una importancia destacada a la función preventiva de la amenaza penal y de la imposición de la pena. Coinciden en ellos corrientes de pensamiento tan distintas como un cierto desencantado izquierdismo penal y los fieles del <<Análisis Económico del Derecho>>, que hicieron de la disuasión (*deterrence*) la clave de la bóveda de su explicación legitimadora del sistema penal.

La amenaza de castigo contenida en la norma penal, a nivel macroscópico y en el plano de la *criminalización primaria*, cumple una función de disuasión general o colectiva; y su cumplimiento (ahora, en el plano de la criminalización secundaria) desempeña, a la vez, otra (de *prevención general positiva*), simbólica de la afectiva vigencia del subsistema normativo.

Desde un punto de vista individual o personal, aquella amenaza funciona también como factor inhibitorio del impulso delictivo. Los analistas económicos del Derecho dirían que el delincuente potencial se comporta, sopesando las ventajas que le proporcionaría la ejecución de su idea criminal y los convenientes que representaría el eventual cumplimiento de una pena (ponderando no sólo la gravedad objetiva de ésta sino la probabilidad del descubrimiento del hecho y de su autoría, y de su enjuiciamiento y condena), del mismo modo que cualquier

158

Será imposible tratar de sintetizar en una nota la copiosísima bibliografía sobre esta materia. Un resumen de la perspectiva preventiva del Derecho Penal puede consultarse en García-Pablos, loc. Cit., 80 y ss. Resulta muy interesante la consulta de los siguientes trabajos, contenidos en el número o de <<Poder y Control (1986): Ferrajoli, L., <<El Derecho Penal mínimo>> (págs. 25 y ss.); Mir Puig, S., <<Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva>> (págs. 49 y ss.); Baratta, R., <<Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal>> 8págs. 93 y ss); Hulsman, L.C., <<La criminología crítica y el concepto del delito>> (págs. 119); y, por supuesto, la obra de Ferrajoli, L., <<Derecho y razón>> ya citada.

consumidor que planea la adquisición de un electrodoméstico *de linea blanca* o un automóvil¹⁵⁹.

Aunque cuando el transplante de esta óptica macroeconómica no pueda hacerse con el desenfado que ha caracterizado a los cultivadores del *Análisis Económico del Derecho*, la comparación es enormemente expresiva.

La imposición de la pena subsiguiente al juicio de culpabilidad (en su sentido más moralmente neutro) produce un efecto disuasorio individualizado sobre el penado; efecto que se vino denominando de *prevención especial*.

Y, para calcular, desde este punto de vista, la concreta intensidad del castigo que debía imponerse a ese culpable, se vino atendiendo a su actitud, antes, durante y después de delinquir. El castigo estaría en función de la insociabilidad de la persona delincuente, de su desvinculación del *contrato social* (en el sentido en que la Sociología contemporánea atribuye a esta expresión), de su indiferencia hacia los bienes tutelados mediante la amenaza penal, y respecto de la escala de valores y el modelo de convivencia democrática.

Por todo ello, tradicionalmente, la comprobación de una actitud positiva de la persona condenada como culpable de la infracción penal justificaba la imposición de una pena más suave, dentro de los márgenes legales establecidos previamente. En términos terapéuticos (tantas veces utilizados por los penalistas), el *efecto medicinal* de la pena quedaba razonablemente garantizado, en estos casos, a *dosis* punitivas reducidas¹⁶⁰.

159

Véase, además de la bibliografía citada con anterioridad, Montero Soler, A. Y Torres López, J., *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*>>, Comares, Granada. 1998.

160

Alastuey Dobón hace notar que la pena establece, inicialmente, en función de la gravedad del injusto y de la intensidad de la culpabilidad, pero el comportamiento postdelictivo del culpable, cuando es indiciario de una actitud favorable a su readaptación a las exigencias de la convivencia arreglada a Derecho, puede tenerse en cuenta a la hora de la individualización de la pena y de la opción por la aplicación de sustitutivos de aquélla: Alastuey Dobón, M.C., <<La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales>>. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 452-455.

Jesús Fernández Entralgo

El Artículo 26 del Código Penal enuncia, en su numeral 7, como 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 numerales 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 pena –argumenta sugestivamente Tamarit Sumalla¹⁶² - <<...en primer lugar porque, en términos estrictamente pragmáticos, se hace necesario ofrecer algún premio a quien esté dispuesto a dar cumplimiento a un interés general en que sea satisfecha la víctima (interés que se extienda a todos los ciudadanos, como víctimas potenciales de futuro 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....>>

161

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 (4ª 5ª)). 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...>>

162

Tamarit i Summalla, J-M, <<La reparación a la Víctima en el Dret Penal, Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminals>>, Justícia i Societat, II, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Center d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Lo importante es el intento de reparación utilizando medios eficaces.¹⁶³ La eficacia es la idoneidad para producir la reparación, aunque esta 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 ni impide la consideración de la actitud personal de aquél. Esta combinación de criterios es compartida por otras legislaciones.¹⁶⁴

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

¹⁶³Silva Sánchez (loc. Cit., págs. 201-202) pone de relieve la diferente perspectiva del Derecho de Daños (o de la Responsabilidad Civil Extracontractual) y del Derecho Penal: <<...El planteamiento civilista no puede sino centrarse en el resultado de efectiva reparación: pleno establecimiento del *statu 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, cada una reparación efectiva del daño, existieran dudas acerca de que conlleve los elementos de resocialización y aceptación de la norma, en cuyo caso cabría asimismo discutir lo adecuado de atribuirle relevancia jurídico-penal...>>

¹⁶⁴A título de ejemplo, el Artículo 72.2 del Código Penal portugués incluye entre las causas de atenuación especial de la pena <<...haber realizado actos demostrativos de sincero arrepentimiento del agente, y singularmente la reparación de los daños causados hasta donde le haya sido posible ...>>. 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 <<...antes del juicio ...se haya ocupado, espontánea y eficazmente, de eliminar o atenuar las consecuencias 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 potestativa 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 dé alguno d 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.

Jesús Fernández Entralgo

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 de 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, diferencia de otros Derechos¹⁶⁵, que el condenado haya satisfecho o intentado satisfacer sus responsabilidades civiles (que, por cierto, quedarán 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

¹⁶⁵

Así, el Artículo 81.3ª del Código Penal español

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 daño 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 totalmente reparada la víctima, en consideración a la insolvencia del culpable, el órgano judicial debería valorar si aquél está en condiciones de ofrecer un programa de reparación fraccionada (preferiblemente 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 falta de norma expresa, esta solución, construida por analogía con lo prescrito por los artículos 29.2 y 31 del Código Procesal Penal, podría plantear difíciles problemas de legalidad.

7.- LA VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO PROCESAL PENAL

Jesús 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 (por más que éste se presente como defensor de los intereses de la sociedad¹⁶⁶), que asume el monopolio del castigo, encuentra su esperado 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-escribe Varela Castro- es 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 hace 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, pág.94), y a ambos, Varela Castro (loc. Cit., pág. 101).

167

El Estado es el heredero impersonal del Príncipe absoluto (que, al legitimarse invocando la defensa de la sociedad, puede hacerse aún más temible: Foucault, loc. Cit., págs. 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; el 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 controles y equilibrios (<<*checks and balances*>>) entre ellos, para impedir que cualquiera invada y usurpe las competencias de los otros dos y conseguir que todos mantengan su necesaria independencia y se contrapesen entre sí.

>>El protagonismo estatal le lleva a asumir 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 víctima. 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 resumen y superan los intereses individuales) con el acusado, lo que supone la <<expulsión de la víctima>>¹⁷⁰, 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 solo afecta al buen funcionamiento de la Sociedad, sino que, ante todo, implica

¹⁶⁸

Varela Castro, loc. Cit., pág. 101, con cita de Maier, J.B., <<Derecho Procesal Penal Argentino>>, Ib, Desalma, Buenos Aires, 1989. pág. 348

¹⁶⁹

Loc. Cit., pág. 102

¹⁷⁰

Maier, <<La víctima...>> cit., pág. 41; Varela Castro., cit. Pág. 100

¹⁷¹

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.

¹⁷²

Maier (<<La Víctima...>> cit., pág. 50) escribe: <<...el sistema penal moderno le *expropia* a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como informante. 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 Modelo para (Iberoamérica).

¹⁷³

Gutierrez-Alviz y conrado, F., <<Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima>>, en <<Poder Judicial>>, 18, 1990, pág. 80

Jesús Fernández Entralgo

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 *sujeto procesal* con voz autónoma y capacidad de incidir en la conformación del sentido de la desición 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 ver 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 fundamente afectada por el delito. Esto significaba, además, como lógica consecuencia, adecuada información acerca de sus derechos y medios para ejercerlos efectivamente, de modo que no se convirtiesen sólo en reconocimientos retóricos.

¹⁷⁴

Seelmann, loc. Cit.; García-Pablos de Molina, A., <<El redescubrimiento de la víctima...>> cit., pág. 290

¹⁷⁵

Figueiredo Dias, J., <<Sobre os Sujeitos processuais no novo Codigo de Processo Penal>>, Jornadas de Directo Processual Penal, Coimbra, 1988, cit., por Varela Castro, Loc. Cit., pág. 103

¹⁷⁶

La <<victimización secundaria>> es definida, en términos generales, como <<...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>>, <<Las víctimas en el proceso penal>>, cit., pág. 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 incomprendiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema o, simplemente, son ignoradas...>>: Landrove <<Victimología>> cit. Pág. 44.

El proceso de humanización del proceso no se detuvo en la víctima. Se extendió a otros sujetos, a los cuales se asignan sus mismas <<...características de desamparo e inseguridad y que por ello mismo pasan a ser igualmente víctimas. Es el caso en general de los testigos en el proceso, que a menudo sufren una serie de vejaciones y carecen de información sobre sus derechos y de asesoramiento jurídico. Y aún el propio delincuente y sus familiares, en la medida en que pasan en que pasan a ser un simple objeto o número o título de un expediente y, por tanto, carentes de toda consideración de persona, con cual quedan en el total desamparo e inseguridad...>>¹⁷⁷

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

- a) La intervención de la víctima en el procedimiento penal, y la posibilidad de su actuación como parte procesal.
- b) El poder de disposición de la víctima sobre el proceso y sobre su objeto.
- c) La posibilidad de reparación del daño causado a la víctima (en sentido amplio, como persona física o jurídica perjudicada) dentro del proceso penal.

¹⁷⁷

Bustos y Larrauri, loc. Cit., pág. 44; Schneider, loc. Cit., págs. 375-376; García-Pablos, <<El redescubrimiento ...>> cit., págs. 307 y ss.

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

En su Relación General en el Coloquio Preparatorio¹⁷⁸ del XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (que habría de tener en Rio 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 descubierto a la víctima para sacarla de su papel débil de testigo y darle las posibilidades de influenciar activamente el desarrollo del proceso penal. En lo que respecta a la iniciación del proceso, el papel procesal activo de la víctima penal puede al mismo tiempo equipar las insuficiencias 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 a favor de la persona lesionada, contra la desición del Fiscal 8º el juez) de no perseguir (así Alemania y las relaciones holandesa, italiana, japonesa e israelí; consideraciones y proyectos de reforma en este sentido en las relaciones polaca y checoslovaca¹⁷⁹). En otros países se admite una acción privada que sustituye a la acción pública no ejercitada (v. relaciones, austriaca, brasileña, finlandesa y sueca, en tanto que la relación inglesa denomina al derecho inglés y del País de Gales como puramente teórico). Más allá va España, donde toda persona, aunque no haya sido lesionada por la infracción, tiene el derecho

¹⁷⁸

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 <<legalidad>> o de persecución obligada del delito, en caso de que el Ministerio Fiscal interese el sobreseimiento de la causa, y la víctima 8directa o indirecta) no se haya constituido en parte, se le concede la oportunidad de hacerlo a fin de sostener la acusación en juicio.

de ejercitar la acción pública (acusador popular), medio ciertamente 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 a la víctima en parte proceso penal. En el modelo francés, imitado en Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Túnez y Siria, la constitución en parte civil a estos efectos otorga, en la instrucción, posibilidades de ejercer influencia sobre la prisión 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 anexa” (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, etc. ; igual tendencia en la relación italiana y también en la rumana). Pero existen también países en que no han seguido todavía este movimiento de reforma. Así, la relación inglesa da cuenta de que la víctima “no tiene derechos procesales”. Esto deberá cambiar...>>»¹⁸⁰.

El código Procesal Penal hondureño responde a estos nuevos rumbos 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 querellante y a intervenir como tal en todo proceso conforme lo establecido en el

¹⁸⁰

En <<Revue Internationale de Droit Pénal>>, 64e. anné, nouvelle série, 3e. Et 4e. Trimestres 1993, págs. 810-811

Jesús Fernández 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 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:

- 1.- El numeral primero, atribuye a la víctima el derecho a constituirse en parte querellante en el procedimiento. De hacer uso de él, tendrá los que corresponden a esa condición, de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Penal. En el último inciso se atribuye un derecho instrumental (<<A ser sustituido por el Ministerio Público en caso de carecer de medios económicos>>) que tienen por finalidad garantizar la efectividad de la intervención de la víctima como parte procesal.

- 2.- Los numerales 2) a 6)¹⁸¹ asignan a la víctima derechos de intervención procedimental independientemente de su constitución como parte querellante.
- 3.- El párrafo último del Artículo 16 consagra otro derecho instrumental, el de información de todos los anteriores, que tiene por finalidad garantizar su eficacia, ya que el adecuado conocimiento, por la víctima, de los derechos de que es titular condiciona su efectivo ejercicio. Precisamente por esta subordinación de la plena eficacia de los derechos de la víctima al conocimiento que de ellos tenga, se dispone que la información se hará al tiempo de presentar denuncia ante el Ministerio Fiscal o acusación o querrela ante el Juez competente¹⁸².

7.1.1.1.- El derecho de la víctima a la información Sobre los resultados del proceso.

Hay resoluciones que deben ser notificadas necesariamente a la víctima ¹⁸³; pero, fuera de dichos casos, ésta tiene derecho a reclamar y obtener información sobre los resultados del proceso

¹⁸¹

El numeral 6) es, en realidad, una cláusula normativa abierta –muy utilizada en las enumeraciones generales de derechos, para evitar que el olvido de alguno de ellos pueda interpretarse como indicativo de su exclusión- de reenvío a cualesquiera artículos del Código Procesal Penal que reconozcan a la víctima algún derecho no mencionado expresamente en los numerales anteriores.

¹⁸²

Con arreglo al Artículo 267, la denuncia del hecho criminal podrá presentarse ante la Policía Nacional o el Ministerio Público. Aun cuando no se ordene así en el Artículo 16, será útil que la información que, de sus derechos, ha de hacerse a la víctima, se anticipe a la denuncia ante la Policía Nacional (en sentido coincidente, Avila, loc. Cit.).

¹⁸³

Así, en el Artículo 30 se establece que el archivo administrativo del caso, por aplicación del criterio de oportunidad, deberá ser notificado a la víctima una vez dispuesto.

En el Artículo 416, a propósito del procedimiento para procesar a los altos funcionarios del Estado, se ordena librar copia de la resolución del Congreso Nacional <<...a la víctima en su caso...>>; expresión que puede interpretarse como <<en caso de que se trate de un delito con víctima individualizada>> o, como parece más coherente con el resultado de la interpretación intranormativa, <<...en caso de que el procedimiento se haya iniciado a instancia de la víctima...>>

De lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 432, a propósito de la ejecución civil de las sentencias (<<...La víctima que no haya intervenido en el procedimiento, podrá optar por esta vía dentro de los tres meses de informada de la sentencia firme...>>), se infiere el deber de notificar a la víctima la declaración de firmeza de la sentencia.

Jesús Fernández Entralgo

Literalmente, el derecho de información se circunscribe a los resultados del proceso, esto es, a las resoluciones que le ponen término, con o sin sentencia. Sin embargo, debería extenderse al conocimiento del estado en que se encuentre el procedimiento en un momento dado, salvo que transitoriamente se haya dispuesto el secreto de las actuaciones.

Este derecho, tal como aparece configurado en la literalidad del numeral 2 del Artículo 16, no se extiende al examen directo del procedimiento, y un ejercicio tan reiterado que entorpezca su buena marcha podría ser objetado como abusivo (con arreglo al párrafo segundo del Artículo 12); sin perjuicio de que la víctima pueda constituirse en parte, en cuyo caso tendría el derecho de información amplia (incluido el examen de actuaciones) y continuada inherente a aquella condición.

<<...Este derecho –escribe Félix Ávila¹⁸⁴ – tiene importancia capital ya que de esta manera, ante los malos manejos que podría darse a las diligencias por parte de los Agentes del Ministerio Público que tengan a su cargo la investigación, las víctimas pueden presentar las quejas al superior jerárquico de aquéllos, para que en su caso, se tomen las medidas que sean necesarias a fin de corregir las faltas que pudieran resultar...>>

7.1.1.2.- El derecho de audiencia previa a la resolución sobre la procedencia de la extinción o suspensión de la acción penal.

- a) 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

184

Ávila Ortiz, F., Comentario al Artículo 16 del Código Procesal Penal, en Palacios & Fernández, cit.

lo 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 oportunidad¹⁸⁵) y procesales (a la acción, permitiéndolo su ejercicio por conversión¹⁸⁶) de la víctima.

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

- b) 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), comprobará 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.

185

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

186

<<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, ésta 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 también propio de acción, distinto del que ostenta el Ministerio Público. No se trata, pues, de un caso de sucesión procesal.

Jesús Fernández Entralgo

- c) 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.
- d) Sí, 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 víctima¹⁸⁷, aunque es dudoso, ya que no está prevista su citación a aquel acto.

7.1.1.3.- El derecho de participación en las audiencias públicas

<<...(Con) ello se pretende, -apostilla Félix Ávila¹⁸⁸ - que al igual que el pueblo, el perjudicado con más razón tenga pleno conocimiento de todo lo que acontezca durante todos los actos del proceso. Este derecho en 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 remate del juicio oral, y antes de dar a la persona acusada la oportunidad de pronunciar su alegato final, la víctima <<...podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso...>>¹⁸⁹.

La perspectiva de la víctima contribuye a humanizarse el proceso, y a

¹⁸⁷

A favor de la necesidad de esta audiencia, Avila, loc. Cit.

¹⁸⁸

Loc. Cit.

¹⁸⁹

Esta oportunidad de la víctima es igualmente conocida por los artículos 358 del Código Procesal Penal de Costa Rica, 382 de Guatemala y 353 del de El Salvador.

enriquecer el debate con aspectos que tal vez pudieran haber sido omitidos en los discursos de los profesionales de la acusación y de la defensa. El Presidente del Tribunal; en todo caso, podrá controlar esta intervención de la víctima, para <<impedir divagaciones (y) repeticiones>>, al igual que puede hacerlo –a tenor del Artículo 334- de los alegatos de las partes al presentar sus conclusiones en la discusión final.

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

El Artículo 16, en su numeral 5, concede ala víctima el derecho a <<...(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...>>; sin embargo, no es posible localizar, dentro de él, una aplicación concreta de este derecho general.

Si no se quiere dejar sin contenido efectivo este derecho, habrá que entender que, en caso de archivo administrativo del caso, con arreglo al Artículo 30, la víctima podrá objetarlo o impugnarlo ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso.

Se trataría de un verdadero recurso administrativo, tendente a que, por dicho superior, se controlase la procedencia de tal archivo (pudiendo dejar sin efecto el acuerdo, y ordenando, consecuentemente, la promoción del procedimiento penal), en términos que recuerdan (aunque no coinciden) con lo previsto por el Artículo 299 sobre la disconformidad por el Ministerio Fiscal.

La víctima deberá tener muy en cuenta que la proposición de esta objeción no interrumpe el plazo de cinco días para instar, del Juez de Letras, la declaración de ineficacia de la decisión fiscal de archivo administrativo, a tenor de lo establecido por el Artículo 32.

7.1.2.- Intervención cualificada de la víctima como parte en el proceso 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 lo establecido en...(dicho Código)...>>.

Constituye una manifestación del Artículo 82 de la Constitución, cuyo párrafo segundo proclama que los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalen las leyes.

Al presentar el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, se justificaba el mantenimiento de la figura del querellante porque, <<...a más de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la mayoría de los países, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste en una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales...>>¹⁹⁰.

La víctima volvía por sus fueros en el proceso penal, ciertamente, en medio de la polémica.¹⁹¹

A un lado los recelos 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 sí a dos rivales: el Ministerio Fiscal y el acusador particular. Hay un temor perceptible a que <<... un mayor protagonismo y efectividad de

¹⁹⁰

<<Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica>>, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, págs. 223 y 224. el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica fue publicado por la Editorial Hammurabi (Buenos Aires), en 1989.

¹⁹¹

Schneider, loc. Cit., pág. 366, Maier, <<La víctima...>> cit., págs. 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 predominar es la configuración del papel procesal de la víctima como <<acusador de 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 (<<*actio 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 pura, 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 18 de diciembre de 1986.

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

Jesús Fernández Entralgo

portuguesa, y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica¹⁹⁵, y a algunos de los centroamericanos 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, 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- partidario 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 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...>> cits., págs. 207 y ss.

¹⁹⁷

<<...con todos los derechos y facultades que le confieren la Constitución de la República, en presente Código y las leyes especiales...>> (inciso final del Párrafo primero del Artículo 96 del Código Procesal Penal)

¹⁹⁸

El acusador privado <<..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.

los sesgos que pueden imprimir a la actuación del Fiscal consideraciones de oportunidad política. El control judicial se encargará de contar 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 acusados), 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, sin 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 una iniciativa de parte (acciones públicas dependientes de instancia

Jesús Fernández Entralgo

privada: Artículo 26²⁰⁰). 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 causado: infracciones <<de bagatela>>²⁰¹), y en los que la experiencia demuestra que el costo de la victimización secundarias>> 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 inutilidad pública²⁰².

7.2.2.- Negociación 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 por <<truncamiento>>) por <<retractación (revocación o revocatoriag 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 procesabilidad. Maier (loc. Cit., pág. 45) considera recomendable el reconocimiento de esta posibilidad, <<...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 por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar...>>. Por el contrario, 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 por 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 Víctima...>> cit., pág. 45; Fernández Entralgo, J., <<Los principios de legalidad y oportunidad>>, en >>Código Procesal Penal Comentado>> cit.

²⁰³

Fernández Entralgo, J., <<Los principios de legalidad y oportunidad>>, en Código Procesal Penal Comentado>> cit., ; Rodríguez García, N., <<El consenso en el proceso penal español>>, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997; Varela Castro, <<Hacia nuevas...>> cit., págs. 106 y ss.

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 suponía 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 sólo efecto de que, previa admisión de su culpabilidad por el acusado, al Ministerio Fiscal tuviera oportunidad de modificar sus conclusiones provisionales de acuerdo con lo previamente convenido, y la Defensa se adhirió 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 fraude de la 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

Jesús Fernández Entralgo

que las diferencias de condición económica 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 el ella están presentes todas las partes procesales.

Con todo, nada impide que, en esta audiencia, de modo informal, puedan llegar a un punto de acuerdo que elimine el conflicto. Se produciría, entonces, una situación equivalente a la conformidad. Podría, entonces, dejarse constancia de esta circunstancia y, remitidas las actuaciones al Tribunal de Sentencia (ya que el Juez de Letras carece de competencia para dictar sentencia en proceso ordinario por delito), podría, éste, 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 trámites acelerados de los artículos 403 y siguientes, aplicando analógicamente lo establecido en el tan citado Artículo 322.

La cuestión se implica considerablemente en caso de haber la posibilidad de conciliación extintiva de la acción penal, a tenor del Artículo 45 del Código Procesal Penal, porque, entonces, alcanzado el acuerdo entre partes (espontáneamente iniciativa del órgano jurisdiccional), el Juez o Tribunal intervinientes declararían extinguida la acción penal, y el proceso se truncaría sin la emisión de sentencia, con las consecuencias fijadas en el precepto antes invocado. Dados los términos en que está enunciado este Artículo, el mismo Juez de Letras debería invitar a las partes, en la audiencia preliminar, a intentar la conciliación, si se trata de alguna de las hipótesis en que ésta es posible.

7.3.- La protección de la víctima en el proceso penal

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

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

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

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

Jesús Fernández Entralgo

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 e 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 daño 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 el 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 sólo 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; Gutierrez-Alviz, loc. Cit. Págs. 82 y ss.

el Ministerio Fiscal –por sustitución procesal- <<...en representación de las personas que, por razones económicas no estén 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 <<...(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 aquél. 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 dañosos 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 y magistrados adoptarán las medidas necesarias para que cesen los efectos producidos por la comisión del hecho punible y para que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de que los mismos se hubieren producido...>>

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, en 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 de presentaren 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 podrán 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 éste 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

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, sólo 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 lo juzgado...>>²⁰⁶.

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

7.3.3- 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 de oficio asistencia y protección a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo quieran:::>>.

Es, éste, motivo principal de preocupación de la Victimología. Es menester evitar los efectos de la llamada <<victimización secundaria>>, consiguiente al proceso, no sólo sobre la víctima en

²⁰⁶

Avila Ortiz, F., Comentario al Artículo 10, en <<Código Procesal Penal Comentado>> cit.

Jesús Fernández Entralgo

su acepción del alcance semántico medio (comprensiva del sujeto pasivo del delito y del perjudicado), sino también de otras personas que intervienen en él; singularmente peritos 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 entraña; 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 perito, sin excluir la esfera de su intimidad. 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 responde a estados de opinión consolidados en la bibliografía especializada, se prevén medidas protectoras de los diferentes intervinientes en el proceso, a través de las distintas y sucesivas fases del procedimiento.

Entre las sugerencias contenidas en la Recomendación (85)¹¹ del Consejo de Europa y en la Declaración de 1985 de

²⁰⁷

Schneider, loc. Cit., págs. 359 y ss.; Gutierrez Alviz, loc. Cit., 82 y ss.; Bustos y Larrauri, loc. Cit., págs. 42 y ss.; Maier, <<La víctima ...>>, cit. Pág. 50; Kaiser, loc. Cit., págs. 137 y ss.; Subijana, loc. Cit., págs. 89 y ss.; y Cinto Lapuente, M^o V., <<Las víctimas en la instrucción penal>>, en <<Las Víctimas: pasado, presente y futuro>>, ibidem, págs. 15 y ss.; el mismo, <<¿La Sociedad/Judicatura atiende a “sus víctimas”/testigos?>>, en <<La Victimología>> cit., págs. 161 y ss.; Landrove, loc. Cit., págs. 71 y ss. Y <<Las víctimas ante el derecho español>>, en <<Estudios Penales y Criminológicos>> XXI, Universidad de Santiago de Compostela, 1998, págs. 168 y ss.; Coronado Buitrago, Ma. J., <<La singular posición de la Víctima en la Justicia de Menores>>, en <<La Victimología>> cit., págs. 397 y ss.

Naciones Unidas, se incluye la formación de los funcionarios policiales de modo que sepan tratar a las víctimas procurando tranquilizarlas, proporcionándoles información comprensible sobre lo ocurrido y sobre las investigaciones en curso (siempre que no perjudique su éxito) y su resultado, así como sobre las ayudas y mecanismos asistenciales con que pueden contar; y redactar el atestado de forma que incorpore –de modo claro y completo- los datos necesarios para conocer con precisión el alcance de las desiciones y daños sufridos por las víctimas en sentido amplio. A lo anterior se añaden propuestas sobre el interrogatorio de las víctimas –tanto en el curso de la instrucción (policial y judicial) como en juicio- y la protección de su dignidad e intimidad frente a la publicidad que es principio general del proceso penal (incluída la ocultación de las menciones de identidad y celebración del juicio o del testimonio a puerta cerrada), previsiones que procuran proteger especialmente a niños, mujeres, ancianos, minusválidos y, en general, personas especialmente vulnerables. Asimismo, se proponen medidas para asegurar a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso y a sus familiares frente al peligro de represalias por parte del autor o de su entorno, sobre todo cuando se trata de hechos de delincuencia organizada.

Félix Avila dedica a comentar el Artículo 5 del Código Procesal Penal, antes transcrito, estas luminosas palabras: <<...Porque la función judicial es una actividad del Estado, instituida para garantizar la justicia, la libertad y la paz social entre otros aspectos, el Estado tiene el deber de velar porque esta función sea desarrollada sin ningún menoscabo. Por ésta razón, el ...(Artículo 5) es categórico al señalar que el Estado a través de sus órganos competentes, tiene la obligación de brindar asistencia y protección a cuantas personas intervengan en un proceso penal en el caso de verse perturbados de cualquier manera.

Como la finalidad del proceso es la realización pronta y efectiva de la justicia penal, según lo proclama el Artículo 8 de este Código, esta aspiracion no llegará a ser realidad si quienes

Jesús Fernández Entralgo

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

-El precepto que comentamos tiene relación con el Artículo 10, que se refiere a la neutralización de los efectos del delito, y, 237 y 248, que se refieren a las medidas de protección a testigos y peritos, encontrándose entre los primeros a la víctima en el caso de ser citada como testigo, pues no debe olvidarse la importancia que puede revestir la presencia de ésta en el proceso, máxime cuando el hecho por el que se enjuicia sea de aquellos que únicamente se pueda probar con su testimonio. Y no solamente la víctima, sino cualquier testigo o perito 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...>>

8.- PERSPECTIVAS POLÍTICO - CRIMINALES

*Jesús Fernández Entralgo
José María Palacios Mejía*

8.1.-La lesión de intereses individuales, 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 los ilícitos penales surgen entre personas y que, antiguamente esos conflictos eran resueltos por los “dueños” de los mismos, pero históricamente se fue apropiando de 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 Estado 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 estima que el injusto penal, con la excepción de los delitos de acción privada, afecta fundamentalmente los intereses generales de la sociedad, valores superiores a los del individuo. Si en un homicidio, para el caso, los efectos de la conducta ilícita los recibe una persona natural directamente, el mayor daño lo recibe la sociedad que, además de verse privada de uno de sus miembros, es víctima de la conmoción provocada por el crimen. Esta manera de valorar el impacto que produce una acción de esa naturaleza, aceptada históricamente como indiscutible, produjo el resultado de que, en aras de los intereses sociales, se ignoró en absoluto que también existe un interés individual al que debe prestarse atención y debe ser objeto de protección. Ahora bien, en los últimos años se ha ido imponiendo en sentido contrario, la corriente que persigue precisamente que se asigne a la víctima un papel que le permita hacer que se respeten sus derechos y que obtenga la reparación justa 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

Jesús Fernández Entralgo

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 de dos grandes líneas de fuerza, 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>> (<<*dritte 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., <<Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?>>, Comares, Granada, 1999

209

Tamarit, <<La reparació ...>> cit., págs. 95 y ss.

210

Existe una tendencia nconsciente, 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 Sanktionsystem>>, 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 uberlurgelten>>, en <<Tañer-Opfer- Ausgleich>>, Bonn, 1989 (cit. por Giménez-Salinas I Colomer, E., <<La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador>>, en <<La mediación penal>> cit., pág. 77); Dünkkel, F., <<Tañer Opfer Ausgleich in Deutschland>>, Budapest, 1993 (cit. Por Jiménez Salinas, loc. Cit., pág. 98); López Barja de Quiroga, J., <<La tercera vía>>, en <<La mediación penal>> cit., págs 117-118; Silva Sánchez, <<Sobre la relevancia ...>> cit., pág. 199.

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 (entendidas, tanto <<reparación>> 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 comienzo 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 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 reparación>>²¹⁵, que combina un ideal de *Derecho Penal mínimo* con mecanismos que tienden a la desjudicialización a favor de soluciones que no sólo 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>> (<<restaurative justice>>) <<... una tercera vía, situada entre el modelo de la justicia retributiva y el de la justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación... Si el primero

²¹² Silva Sánchez, loc. Cit., pág. 199

²¹³ Rösner, loc. Cit.

²¹⁴ Jiménez Salinas, <<la conciliación Víctima-delincuente... >> cit., en <<La mediación penal>> cit., pág. 70 citando a Kerner, H., <<Alternativen zur Freiheitsrafe>>, Straubing, y pág. 77

²¹⁵ Frehsee, D., <<Schandenswiedergutmachung als instrument strafrechlicher Sozialkontrolle>> en <<Kriminologische und sanktionernrechtliche Forschungen>>, I, Berlin, 1987

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/Xunta de Galicia, Madrid, 2000, págs. 147 y ss.; véase igualmente, Vidal Andreu, G., <<La reparación>>, ibidem, págs. 175 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

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 restitutiva 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 ésta 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 establecer 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 (penas y medidas de seguridad) y la reparación civil como ámbitos independientes, aunque reconozcan, como fuente, un 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 (simultánea o sucesivamente), de acuerdo con sistema de << doble vía >> de respuesta frente al ilícito penal²¹⁷.

8.2.3.- La reparación como sustantivo de la pena: la propuesta abolicionista

Su antítesis es la propuesta abolicionista. Dentro de ella, la reparación (entendida en un sentido y flexible,

²¹⁷

López Barja de Quiroga, loc. Cit., págs. 111 y ss.

Como instrumento de (re) conciliación entre el causante del daño y quien lo ha sufrido) vendría a ocupar el papel asignado tradicionalmente a la pena²¹⁸. 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.

Aún cuando se reconoce que la perspectiva abolicionista <<...ha abierto nuevos caminos...>>, se considera mayoritariamente <<...hoy por hoy...aún una utopía...>>²²⁰.

Más hostil, Hirsch reprocha que el abolicionismo conduciría a <<... una negociación de los intereses sociales que se expresan en la pretensión penal estatal y el resultado sería no solamente el desplazamiento del Derecho penal a 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...>> cit.; Hulsman, L. y Bernat de Celis, 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.m <<Il sistema Della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo>>, en <<Dei delitti e delle pene>>, III, 3, 1985, págs. 525 y ss.

219

Maier, <<La víctima...>> cit., pág. 35

220

Jiménez-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 d, de la armonía de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna 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 sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sùtiles 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...>>

Jesús Fernández Entralgo

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...>>²²¹.

8.2.4.- Las vías intermedias

8.2.4.1.- La reparación como pena

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

La posibilidad de incorporar la reparación, 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,

²²¹

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, pág. 565 (tal vez, sin haber comprendido totalmente el cambio radical que postula el abolicionismo, en cuyo contexto perdería mucha fuerza su crítica).

²²²

Sessar, <<Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren-Gegenwartiger Stand und Überlegungen zur Reform>>, Bewahrungshilfe, 1980, págs., 328, 336; y <<Neue Wegw der Kriminologie aus dem Strafrecht>>, en <<H. Kaufmann-Gedagnisschrift>>, 1986, págs. 378 y ss.; Schild, <<Täter-Ppfer-Ausgleich als Strafe>>, en Kriminalistik und Strafrecht Festschrift Geerds zum 70. Geburtsag>>, Lubeck, 1995. 157 y 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 caezerazione>>), que podría considerarse un anticipo de más 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 <<...(la) sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño...>>; y su Artículo 34 dejó claro que <<...(la) reparación tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Fiscal...>>. Véase, Tamarit, <<La reparación...>>, cir., págs. 89-91

y que ésta 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 reparación 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, Reparación 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 reparación 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 proyección pública.

8.2.4.2.-La reparación como <<sanción independiente>>

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

223

Hirsch, loc. Cit., pág. 565

224

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

225

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

226

La contraposición entre <<víctima actual>> (del delito ya cometido) y <<víctima potencial>> (de un posible delito futuro) se encuentra en Seelmann, <<Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht>>, <<Juristenzeitung>> 1989, págs. 670 y ss. Lo sigue Silva Sánchez, <<Sobre la relevancia...>> cit., pág. 190

Jesús Fernández Entralgo

Sentido, al Derecho Penal como una <<tercera vía>>, 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 Daños, 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 ²²⁷.

La reparación como <<desagravio>>: la compensación

Tal como se concibe en el Derecho de Daños, 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 desagravio²²⁸, 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.

²²⁷

<<...A diferencia de otros efectos del delito, como la *restitución 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 Ley de Ejecución Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria>>, I Bosch, Casa Editorial, Barcelona; 1947, pág. 32.

²²⁸

Tamarit, <<La reparació...>>, cit., pág. 92

²²⁹

<<Una evaluació de víctima – delinqüent-reconciliació. ¿Envers una reprivatizació del control social?>>, en <<El dret penal i la víctima>>, <<Papers d'Estudi i Formació>>, 8, 1992, pág. 26. Citó por Tamarit, <<La reparació...>>, cit., pág. 92.

La reparación del daño –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 justo²³¹ y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de este modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable.

Además, la reparación del daño 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 daño, la víctima y la comunidad considerarán 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>>, Civista, Madrid, 1997, pág. 109

231

Por su parte, <<<...tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una compensación autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad...>>: Roxin, <<Derecho Penal...>>., cit., pág. 109

232

Para Roxin la llamada prevención general positiva, consistente en que <<...la ley penal 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 persista el juicio de la víctima. Sólo cuando ésta haya sido respuesta 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...>> cit., pág. 22). Roxin llama <<prevención por integración>> (<<Integrationsprävention>>) <<...a la tarea del Estado procurando la satisfacción social en todos los frentes...>> (mismo lugar, pág.22).

Jesús Fernández Entralgo

Y continúa: <<...La legitimación político-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 como “segunda vía” dónde está, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo 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 y las necesidades de la víctima igual o mejor que la pena y 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, atenuándolos cuando es menos grave²³⁴.

Esta concepción de la reparación y de su función en el ámbito del Derecho Penal ha sido criticada. La reparación –escribe Hirsch²³⁵ - <<...sólo viene en consideración como un factor relativo autor>>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 sujeción, pero que sólo *mediatamente* tiene también consecuencias a 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

²³³

<<Derecho Penal...>> cit., pags. 109-110

²³⁴

Roxin, <<Derecho Penal...>> cit., 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., pág. 568

²³⁸

<<Sobre la relevancia ...>> cit., págs. 198-200

Penal (un *dritter Zweck*), sino que es asumida por éste en tanto en cuanto contribuye al cumplimiento de sus fines tradicionales del Derecho penal. Es aquí donde cobra sentido el empleo de la expresión <<*dritte 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 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 de Dolling da de aquélla 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...>> cit., pág. 98. Una manifestación de esta combinación de intereses en juego 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 Wochenschrift>>, 32, 1992, pág. 20002 (cit. Por Tamarit, loc. Cit., pág. 93

Jesús Fernández Entralgo

Así, el Proyecto Alternativo de Reparación (<<*Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*>>²⁴²), de 1992, elaborado por un equipo de profesores alemanes, austríacos y suizos, pese a la oposición encontrada en la quincuagésimoquinta Dieta de Juristas Alemanes (<<*Deutscher Juristen Tag*>>, Hannover, septiembre de 1992)²⁴³ por la ponencia de Schoch, demostró su influencia sobre el foro, y seguramente sin él no podría explicarse la reforma alemana de 1994.

Más, para que la reparación 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 dialéctico, de comunicación entre las partes en conflicto.

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

La dificultad (aunque no absoluta imposibilidad) de que esa recíproca comprensión se produzca espontáneamente conduce al establecimiento de mecanismos de *conciliación 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...>> cit., págs. 23 y ss.; Tamarit, <<La reparació...>> cit., págs. 106 y ss.; López Barja de Quiroga, loc. Cit., págs. 121-122. Se producen en Pérez Sanzberro, loc. Cit., págs. 423 y ss.

²⁴³

Véase Tamarit, loc. Cit., págs. 136 y ss.

reparación que vienen proliferando y robusteciéndose 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 de otro conflictos.

Esta recuperación del fondo conflictivo de todo hecho delictivo devuelve su importancia perdida a la víctima, ya sea individual ya colectiva, difusa o anónima; 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 través de la reparación compensatoria se inserta en una política criminal de lo que Pfeiffer ha llamado muy expresivamente el <<*desarme del Derecho Penal*>>²⁴⁴, 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 Víctima y más eficaz su interacción con el ofensor para lograr la resolución de su conflicto, más en reiterada se batirá el Estado²⁴⁵, que reservará su intervención para aquellos casos en que sea realmente imprescindible.

²⁴⁴

Pfeiffer, C., <<Tañer-opfer-Augleich- das Trojanische PCER im Strafrecht?>>, <<Zeitschrift für Rechtspolitik>>, 9, 1992. pág. 338

²⁴⁵

Maier (loc. Cit., págs. 48-49 y 52 llega a proponer que la víctima actúe como parte acusadora sustituyendo al Ministerio Fiscal, aunque bajo su dirección y control.

9.- LA <<CONCILIACIÓN MEDIADA>> COMO MEDIO PROCESAL PARA LOGRAR LA REPARACIÓN

Jesús Fernández Entralgo

<<...La conciliación –escribe Guadalupe Pérez Sanzberro²⁴⁶ – implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de interés enfrentadas...

(El) concepto tiene dos dimensiones igualmente importantes: por un lado, la que hace referencia al logro de un resultado, el acuerdo, que normalmente tendrá por objeto la reparación del daño; por otro, también en cuanto al 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 éstas 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 Jiménez Salinas, no tanto, no sólo, la compensación del daño causado, sino, <<...una mejora del clima social...>>, <<...a través de:

²⁴⁶

Loc. Cit., pág. 222

²⁴⁷

Loc. Cit., pág. 33

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 lo anterior es indispensable, ante todo, una actitud determinada del causante del daño, en la medida que esté dispuesto a reconocer su participación en él hecho dañoso y asumir autocráticamente su responsabilidad.

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

²⁴⁸

Loc. Cit., págs. 80-81

²⁴⁹

Por eso, en el Proyecto Alternativo Alemán se pone el acento en los principios de voluntariedad (<<freiwilligkeitsprinzip>>) bilateral, esto es, de aceptación del mecanismo conciliatorio por ambas partes, y de asunción asimilación del hecho (<<Tatverarbeitung>>), que procura un enfrentamiento del autor con su acción, asumiendo responsablemente su hecho (<<Verantwortungsubernahme>>). Ocasionalmente, esta actitud autorresponsable del autor puede conducir a iguales resultados que una conciliación, aunque éste haya fracasado por el irrazonable rechazo de la víctima.

Jesús Fernández Entralgo

Suele patrocinarse la conciliación como un mecanismo de resolución del conflicto apto sólo 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 hace tiempo insuficiente) y menos que la grave delincuencia²⁵⁰ (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 violencia 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 Pfeffer²⁵¹, 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, ni de convertir la reparación (en cuanto pago de cierta cantidad de dinero) como un talismán que conjura la

²⁵⁰

El proyecto Alternativo alemán diferencia cuatro niveles delictivos:

- a) La criminalidad de bagatela debería quedar pura y simplemente el margen de cualquier reacción penal.
- b) 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 su persecución y la imposición de una pena. Estos casos podrían desjudicializarse aplicando el principio de oportunidad.
- c) A diferencia del caso anterior, en la delincuencia de intensidad intermedia, procederá su judicialización y la emisión de un juicio de reproche, aunque sin imposición de pena, si no la hacen precisa exigencias preventivas.
- d) 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...>> cit., pág. 133), procedería una atenuación de la pena o una flexibilización de las condiciones de su ejecución.

En Austria no existe la limitación a la conciliación por razón de la gravedad de la pena asignada al delito. Véase Jiménez-Salinas, loc. Cit., pág. 100

²⁵¹

Loc., cit.

pena (lo que, traducido al lenguaje vulgar, habría de leerse así <<el que tiene dinero no cumple el castigo>>), ni tampoco como sustantiva de la pena²⁵², sino de entender que la mediación reparadora funcionará, precisamente, cuando la respuesta penal no tenga otro sentido que la pura y simple causación inútil de un mal al infractor.

Por eso la reparación va a ir 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 reestablece en ésta porque se reestablece 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 sólo como un *síntoma* de esa (re) conciliación, que lo es, a su vez, de conclusión del conflicto privado que separaba a ambos, y de pacificación entre el autor de la infracción y la comunidad en que la cometió, consiguiéndose un doble efecto preventivo, a saber,

²⁵²

Incrementando el importe de la indemnización más allá de la que haga preciso del restablecimiento de cosas, o la compensación de los prejuicios efectivos, a ejemplo de los <<exemplary>> <<punitive damages>>, con los 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.

²⁵³

El verdadero problema lo plantean tantos penados (y la gama va de los violentos marginales o los soberbios delincuentes socioeconómicos) a los que se castiga sin conseguir que lleven a cabo la mínima autocrítica de su comportamiento; autocrítica que no resucita viejas perspectivas de moralismo trasnochado, sino la recapitación sobre lo que significa el *contrato social*.

Jesús Fernández Entralgo

el especial (el infractor asume su culpa, actitud que lo fortalecerá 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 ejecución efectiva de la pena.

Dos escollos podrían entorpecer el buen éxito de los mecanismos de reparación 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 víctimas concretas, como ocurre con los <<delitos sin víctima>> o en defensa de un bien jurídico difuso, colectivo o indeterminado.

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

Estas prestaciones alternativas podrían consistir en :

- 1.- Compensación de perjuicios a favor de terceros, especialmente de entidades aseguradoras, a las que se haya transmitido el derecho de la persona ofendida²⁵⁴
- 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 reconciliación, y

²⁵⁴

Se trata de una cuestión controvertida (véase un resumen de su estado en Tamarit, <<La reparación...>> cit., págs. 118-119), que se complica aún más ahí donde -Italia e incipientemente España-se discute si la contratación de un seguro de responsabilidad civil puede ser entendida como una reparación (por vía indirecta) de los perjuicios ocasionados.

4.- Prestaciones laborables, en particular, los trabajos de utilidad común.

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

Su realización puede permitir que el ofensor se beneficie de los efectos de una conciliación que haya fracasado por la negativa irracional de la víctima a aceptar los ofrecimientos de aquél.

Como importa, ante todo, la comprobación de la buena voluntad positiva del autor del delito, la realización de una o varias de aquellas prestaciones alternativas puede servir también para una reparación parcial, cuando aquel no pueda satisfacerla en su integridad²⁵⁵.

La necesidad de proteger los intereses legítimos de la víctima funciona como límite de las posibilidades de la conciliación reparadora, evitando que se convierta en sistema beneficioso para el delincuente y se pierda de vista de las víctimas.

<<...El problema en que a veces se presenta (la mediación) solamente como la oportunidad para el delincuente de sustraerse al proceso penal...(y) se convierte con demasiada frecuencia en sistema beneficioso para el delincuente y se pierde el punto de vista de la víctima. Creo que esta postura no es del todo ajustada, ya que las estadísticas de los diferentes países demuestran que son las víctimas normalmente las más satisfechas con una reparación. No obstante, es cierto que a menudo en el campo de los jóvenes, uno de los principales objetivos es evitarles ser sometidos a un proceso penal...>>²⁵⁶.

²⁵⁵

Sobre todo esto: Roxin, <<La reparación...>> cit., págs., 23 y ss.; Tamarit, Loc. Cit., págs. 115 y ss.; López Barja de Quiroga, loc. Cit., págs. 120-121

²⁵⁶

Jiménez-Salinas, loc. Cit., págs. 24-25

Jesús Fernández Entralgo

La mediación es, tópicamente, 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 del 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 sola 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.

²⁵⁷

Jiménez-Salinas, loc. Cit., pág. 21

²⁵⁸

Berizonce, loc. cit., pág. 7; Santana, J.L., <<Arbitraje y Justicia>>, La Ley, Buenos Aires, 1992, Pág. 534; Cueto Rúa, J.C., <<Nuevos procedimientos para la solución de las disputas de los E.E.U.U.>>, La Ley, Buenos Aires, 1991 pág. 790

²⁵⁹

Jiménez-Salinas. Loc. Cit., págs. 20, 99-103

²⁶⁰

Comité Européen pour les problemas criminels. Comité d'experts, sur la mediación en matiere pénale. Strasbourg, 1996. Véase Jiménez-Salinas, loc. Cit., pág. 18

²⁶¹

*Recomendación (87)7 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.

Jiménez-Salinas²⁶² ha confeccionado esta lista de características comunes de los sistemas de mediación:

- 1.- Su origen está dentro el movimiento de atención y compensación a la víctima; sin embargo en algunos países se aplica también a *delitos sin víctima* o con *víctima anónima*
- 2.- No se pretenden principios reeducativos; sin embargo, tanto mejor, se consiguen.
- 3.- 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.
- 4.- 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 el delito, quien es delincuente, quién es su 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.
- 5.- 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.

²⁶²

Loc. Cit., págs. 79-80

Jesús Fernández Entralgo

- 6.- Es necesario matizar en qué consiste la figura del mediador.
No es un nuevo juez, no es él quien impone las medidas (diferencias entre la mediación y arbitraje). Es simplemente una persona que ayuda, que media en la situación pero que no resuelve el conflicto; su función es poner 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.

El autor:

- 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 la delincuencia y podrá decirle que piensa de su actuación (pero también los factores que lo llevaron al delito)

- 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 oportunidad^{26.3}. (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,

²⁶³

López Barja de Quiroga, en <<La mediación...>> cit., pág. 121, también pone de relieve la estrecha conexión que existe entre la conciliación penal y el principio de oportunidad.

Jesús Fernández Entralgo

- 2.- Que indemnice a la víctima en todo o en la mayor parte, caso de que la reparación del daño le haya requerido prestaciones personales o una renuncia personal relevantes.²⁶⁴

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 del aparato 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 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 <<...(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 daño 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., pág. 157

El juez resolverá 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, al 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

Jesús Fernández Entralgo

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 prevé para el 12 de enero de 2001) establece:

<<...1.-...(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 o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado 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 la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave (castigado, por ejemplo, con pena de prisión de seis meses a 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 ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

- 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 efectos 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 lo considere conveniente el Equipo Técnico.

La Séptima 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:

²⁶⁵

Alastuey, loc. Cit., págs. 440 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

<<...7.1.- Se procurará evitar la incoación del proceso penal cuando se haya producido la reparación inmediata y total del daño causado a particulares e intereses públicos, 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.-Será obligatorio informar a la víctima y al presunto delincuente de dicha posibilidad en su primera declaración o comparecencia.

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

<<...Reparación económica completa del daño causado a los particulares o a los intereses públicos, unida a la ratificación de la misma ante el Ministerio Fiscal por los representantes de aquéllos y de éstos.

<<...Complementaria o alternativamente, cualesquiera otras obligaciones que el Juez, oído el Ministerio Fiscal y la víctima 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 víctima, realización de tareas socioeducativas o equivalentes. Para la elección de la medida por el Juez que habrá de ser siempre motivada deberán ponderarse especialmente las circunstancias del hecho, la edad, personalidad, circunstancias personales y sociales del infractor y el interés de la víctima...>>

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

En los Códigos Procesales Penales de Costa Rica, El Salvador y Guatemala, la conciliación 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, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura del juicio.

En estos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará 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 los interesados para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.

El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que algunos 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

Jesús Fernández Entralgo

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

En el Código Procesal Penal de El Salvador²⁶⁶, procede la conciliación entre imputado y víctima, a tenor del Artículo 32, cuando se trate de los delitos siguientes:

- 1.- Delitos contra en patrimonio o contenido patrimonial;
- 2.- Homicidio culposo;
- 3.- Lesiones;
- 4.- Delitos de acción pública previa instancia particular;
- 5.- Delitos sancionados con pena no privativa de libertad; y
- 6.- 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, en procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado...>>.

²⁶⁶

Véase, Seoane, loc. Cit., págs. 219 y ss.

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 querrellado una copia de la acusación y del poder en su caso.

La audiencia será celebrada ante el Tribunal, quien dará oportunidad para que querellante y querrellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constará en acta y se consignará lo que las partes soliciten.

Querellante y querrellado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus abogados²⁶⁷ ...Por acuerdo entre querellante y querrellado 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

<<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 justificarse 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 identificarlo debidamente, que señale lugar para recibir citaciones y notificaciones y nombre Abogado Defensor, advirtiéndole sobre su ejecución 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...>>

10.- CASOS EN QUE PROCEDE

José María Palacios Mejía

La conciliación, como uno de los medios más eficaces para ponerle fin al conflicto plantado 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 otra, a las faltas, es lo 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 penitenciaría 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.

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 prevé 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

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

- 1.- **Los relativos al honor, es decir, la calumnia, la injuria y la difamación. 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 menosprecio de otra persona (Artículo 157 CO). Y la **difamación** se da cuando las expresiones 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).

- 2.- **La violación de secretos, su revelación y el chantaje.**
Incorre 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 eléctricos o computadoras, facsimilares o de cualquiera otra naturaleza, incluyendo las electrónicas (Artículo 214 CP).
Comete el delito de **revelación secretos** quien revela sin justa causa o emplea en provecho propio 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 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 3º. CP).

- 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 veinte y un 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 intensión 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 esta 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 éste, para que no se considere delictiva la conducta que se le atribuye, debe probar que no actuó con intensión dolosa. Nuestra posición es la de que debe probarse la intensión 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 cuenta habiente 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 real, tira uno de esos títulos valores, el cual no es pagado por no existir fondos.
Otro ejemplo es el cheque post - fechado, en el cual el

Jesús Fernández Entralgo

tomador saber que en el momento del libramiento no hay fondos en el banco y que para la fecha respectiva espera que los hay, 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 lo tenemos en el cheque tirado no como orden incondicional de pago, sino 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 se que sancione con la cárcel al librador, sino que se repara 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 mérito.

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:

103.1.- Las lesiones leves, las menos graves y las culposas

Principiemos por dar el concepto dar el concepto del delito de lesiones que aparecen en el Código Penal, el que en su Artículo 133 establece que “comete el delito de lesiones quien cause daños que afecten

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

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

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

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

III.-Lesiones graves:

1.- Las que causen al ofendido una enfermedad mental o física, cierta o probablemente incurable o que le incapaciten permanentemente para el trabajo o lesionen la pérdida de un sentido (tacto, olfato, gusto, vista, (no causada de propósito) y oído) (Artículo 135 numeral 2º. 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 período de treinta días o le ocasionen una deformación permanente en el rostro (Artículo 135 numeral 3º. CP).

V.- Lesiones leves:

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

Jesús Fernández Entralgo

que ocasionen enfermedad o incapacidad para el trabajo por un término no menor de diez días ni mayor de treinta, o que produzca la pérdida, inutilización o debilitamiento de un miembro u órgano principal o deje cicatriz visible en el rostro (Artículo 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 de órdenes resoluciones o deberes, atendidas las circunstancias y la situación personal del delincuente (Artículo 13 párrafo 3º. CP).

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

10.3.2.- Las amenazas

Este delito, comprendido en el Título 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.

1.-.-3 Estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años

I.- **EL estupro** de una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho puede darse de dos maneras:

Por prevalimiento, cuando el sujeto activo se prevalga de confianza, jerarquía o autoridad

O mediante fraude, cuando se cometa mediante engaño (promesa de matrimonio o matrimonio simulado) (Artículo 142 párrafo primero y segundo CP)

II.- EL incesto consiste en el acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

Al incluirlo entre los delitos de acción mediante instancia particular, el Código Procesal Penal introdujo una reforma al Artículo 176, párrafo último del Código Penal, que lo califica como de acción privada.

III.- Los abusos deshonestos se pueden dar en relación a la violación o en relación con el estupro.

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

Los abusos deshonesto relacionados con el estupro, se dan cuando son cometidos cuando concurre alguna de las circunstancias que conforman este ilícito (Artículo 142 párrafo tercero CP).

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.

El hurto, según el Artículo 223 CP, se puede cometer de las siguientes maneras:

- a) Mediante al apoderamiento de cosas muebles, entre las que se incluyen los animales, sin violencia o intimidación, ni fuerza en las cosas, sin contar con la voluntad del dueño.

Jesús Fernández Entralgo

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

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

La estafa, Incurre 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 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 entreguen en virtud del contrato o de título obligatorio.
- 2.- Quien para defraudar a alguien lo 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 de un tercero.
- 4.- Quien, en perjuicio de otro, otorgare contratos simulados o falsos recibos.
- 5.- El comisionista, agente, administrador o mandatario que

cometiere defraudación alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos 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 dádivas 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,

Jesús Fernández Entralgo

- 13.- Quien abusando de la necesidad, de la inexperiencia o de las pasiones de un menor o del estado de enfermedad o deficiencia síquica de una persona, 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 ¿Qué 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 ínsita 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 deja 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, hagadesaparecer o de cualquier modo, deteriore 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 sistemas informáticos (Artículo 254 CP).

Se consideran daños agravados los que se cometan concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.- Con el propósito de impedir libre ejercicio de la autoridad 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 regulan los Delitos Contra Propiedades Especiales.

Derechos de Autor:

Es ese apartado se principia (Artículo 1º. CP) conceptualizando como delito las violaciones de los derechos de los autores de obras literaria, 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 gozarán de protección, de la que también disfrutarán los productores de programas y los organismos de radiodifusión. Que se entiende por obras? Según 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 dramático-musicales; 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 incurrir en esta figura delictiva “las personas naturales o jurídicas que in autorización de los respectivos titulares de los derechos de autor o derechos conexos utilicen como fines comerciales, señales de televisión transmitidas por medio de satélite o reproduzcan o proyecten videos o, películas u otras obras análogas que por 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 la persona morales no podrán ser sancionadas con privación de libertad, por lo que habrá que entender que la única sanción a aplicar a la persona jurídica será la pecuniaria. Por otra

Parte, es él único caso 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 uses 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.

¿Cuáles son esas figuras o bienes jurídicos que protege la Ley de Propiedad Industrial? Según 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, ahora, 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 explicación 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 mejor o diferente funcionamiento, utilizando o fabricación del objeto

Jesús Fernández Entralgo

que lo incorpora, o que le proporcione alguna inutilidad, 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 para servir de tipo de modelo para su fabricación.

Los diseños industriales comprenden:

- a) 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 le den un aspecto peculiar y propio; y,
- b) Los modelos industriales constituidos por toda forma bidimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial que le dé apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos y que no hayan sido dictados únicamente por consideraciones o exigencias de orden técnico (Artículo 28 LPI).

Marcas:

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:

Denominaciones 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).

Secretos Industriales:

Se considera secreto industrial a toda información e 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 LPI).

10.5- Delitos que admiten la suspensión de la persecución penal

Está 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 concurran 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 de seis años, cumplido el cual, se 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 pena al imputado.

11.- TRÁMITE

José María Palacios Mejía

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 podrá exhortarlas, con el fin de que expongan cuales son las condiciones en que la aceptarían, pero no podrá 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 solo 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 orientada 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 a 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 161-2000. En el afán de desjudicializar la solución de determinados conflictos surgirán entidades profesionales que se especializarán en ese campo con el fin de facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, el Juzgado podrá 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 desición judicial.

Un precepto importante es el relativo a la exigencia de que la negociación se lleve a cabo en un plano de la más absoluta igualdad; sí 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.

12.- EFECTOS TANTO PARA LA VÍCTIMA COMO PARA EL IMPUTADO

José Maria Palacios Mejía

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 dé cumplimiento a lo convenido dentro del plazo señalado, o satisfacción de la víctima. En tal caso se declarará extinguida la acción penal y deberá dictarse sobreseimiento definitivo.
- 2.- Que no dé 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 dé 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 reparativos 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 avenlencia entre las partes, sin resentimientos de ninguna naturaleza.

13.- BIBLIOGRAFIA

- Alastuey Dobón, M.C. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. Proceso, autocomposición y autodefensa México, 1970.
- Angel Yaguez, R. Tratado de responsabilidad Civil, Universidad de Deusto/Civistas, Madrid, 1993.
- Arias Rodríguez, 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. Anée sociologique, 35, 1985.
- Ávila Ortiz, F. Comentario al Artículo 17, en Palacios Mejía. J.Ma y Fernández Entralgo, J. (Coords). Código Procesal Penal Comentado. 2000.
- Azpeitia, G.A., Lozada, E. y Moldes A.J.A. El daño a las personas. Sistemas de reparación. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.
- Barrata, R. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control. Número o de 1986. págs. 77 y ss.
- Barnett, R.E. y Hagel, J. Assesing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process. Harvard University, 1977.
- Barona Vilar, S. Solución Extrajurisdiccional de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal. Tirant lo 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 Genral del Poder Judicial & Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Citoria-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.
- Capoóni-Gasparinetti-Verardi. La tutela collettiva dei consumatori.Napoli, 1995.
- Cappelletti, M. Modern Law Review. 1993.
- Cappelletti, M. y Gath, B. EL acceso a la justicia. Colegio de Abogados, La Plata, 1982, págs. 1982.

- Carnelutti, F. Sistema del Distrito Processuale Civile, CEDAM, Padova, 1936.
- Carrasco Andino, M. Carrasco Andino, M. La mediación del Delincuente-Víctima; el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). *Jueces para la Democracia*. 34, 1999.
- Casarioli, G. La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale. *Indice Penale*, 24, 1990. Coase, R.H. *Hacienda Pública Española*>>, Num. 68, 1981.
- Código Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1989.
- Cooter, R. & Ulen, TH. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.
- Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G. Del Toro Marzal, A. y Casabó Ruíz, J.R. Comentarios al Código Penal. Ariel, Barcelona, 1972.
- Cueto Rua, J.C. Nuevos Procedimientos para la solución de las disputas en los EE.UU. la Ley, Buenos Aires, 1991.
- Denis Salas. *Du proces penal*. PUF, Paris, 1992.
- Dùnkelf, F. Täter Opfer Ausgleich in Deutschland, Budapest, 1993.
- Denti, V. Un progetto per la giustizia civile. Bologna, 1982.
- De Palo, G. y Guido, G. Risoluzione alternative delle controversia (ADR) nelle corti federali degli statu Uniti. *GiuFFre*, Milano, 1999.
- Díez Picazo, L. Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999.
- Díez Picazo, L. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel.Barcelona, 1974.
- Díez Picazo, L. *El sentido histórico del Derecho Civil*. Reus, Madrid, 1959.
- Dolling, D. Der Täter-Opfer Ausgleich-Möglichkeiten und Grezen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsform. *Juristische Zeitung*, 10, 1992.
- D'Ors, A. Escritos varios sobre el Derecho en crisis. Roma-Madrid, 1973.
- Dunkel, F. La Víctima en el Derecho penal, ¿En vías de una justicia criminalorientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima. *Papers d'Estudis i Formació*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 8, Barcelona, 1992.
- Durán y Lalaguna, P. Una aproximación al análisis económico del Derecho. Comares, Granada, 1992
- Edery, M. *Libro del Génesis y Haftarot (en versión castellana)*. Dfus Hamakor, Jerusalem, 1982.
- Fábrega P., J. Medios Alternativos de Panamá y a la de Estados Unidos. XV Congreso Mexcano de Derecho Procesal, Mayo de 1997.
- 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 3071995, de 8 de noviembre.
- Ferrajoli, L. Derechos y garantías. A ley del más débil. Trotta, Madrid, 1999,
- Ferrajoli, L. Derecho y Razón. Teoría del galantismo 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. Poder y Control. Número 0 de 1986. págs. 25.
- Ferrajoli, L. y Zoló, D. Marxismo y cuestión criminal. Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro. El Viejo Topo, Barcelona, 1980.
- Figueiredo Dias, J. Sobre os sujeitos processuais no novo Codigo de Processo Penal. Jornadas de Dereito Processual Penal, Coimbra, 1988.
- Frehsee, D. Schandenswiedergungtmachung als instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Briminologische und sanktionenrechitliche Forschungen. I Berlin, 1987.
- Fry, M. Justice for victims. The Observer. 7-7-1987.
- Foucault, M. vigilar y caastigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI, México-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 Sebastián, 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.
- Jiménez -Salinas Colomer, E. La mediación penal, Generalita de catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999.
- Gimeno Sendra, V. Fundamentos del Derecho Procesal. Civitas, Madrid, 1981.
- Gutierrez-Alviz y Conrado, 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, Cosch. Casa Editorial, Barcelona, 1947.
- Gracia Martín, L. Boldova Pasamar, M.A. y Alastuey Dobón, Ma. C. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Gutiérrez de Cabiedes, E. Estudios de Derecho Procesal. Eunsa, 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 lo blanch, Valencia, 1989.
- Hassemer, W. Prevención en el derecho penal. Poder y Control. Número 0 de 1986, págs. 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, págs. 119.
- Iribane, H.P. De los daños a la persona. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995.
- Kaiser, G. Introducción ala Criminología. Dykinson, Madrid, 1988.
- Landrove Díaz, G. Victimología, tirant lo blanch , Valencia, 1990.
- Lambert-Faivre, Y. Droit du dommage corporel. 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, Minnessota, 1979.
- Maier, J. B. Derecho Procesal Penal argentine. L b, Desalma, 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 daño 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. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. Poder y Control, número 0 de 1986. págs. 49.
- Montero Soler, A. y López, J. La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Comares, Granada, 1998.
- Montoso 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 Praciticioners. Holding &Kaye, 1993.
- Pantaleón, F. Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- 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 en la Circulación de Vehículos de Motor. Actualidad Jurídica Aranzadi*. VI, 1996.
- Pastor, S. Una introducción al análisis del Derecho, Madrid, 1989.
- Pavarini, M. Il sistema Della 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.
- Pérez Gonzáles, C. La Conveniencia Presente y Futura de Utilizar Medios Alternativos en la Solución de Litigios. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997; Grafiacentro, Tegucigalpa, 1999.
- Pérez 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. De Verano del Poder Judicial. Galicia 1999.
- Peters, T. Estudios de Derecho Judicial. 2o Consejo General del Poder Judicial/Xuna de Galicia, Madrid, 2000.
- Pfeiffer, C. Täner-Opfer-Ausgleich-das Trojanischer Pferd im Strafrecht?. *Zeitschrift Rechtspolitik*. 9, 1992.
- Pintos Ager, J. Baremos, Seguros y Derechos de Daños. Instituto Universitario de Derecho y Economía. Universidad Carlos III de Madrid & Civistas, Madrid, 2000.
- Pisan, M. Per le vittime del reato. *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale* 1989.
- Posner, R.A. El análisis económico del Derecho Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- Proto pisan. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Revista 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 HalfFull, a Glass Half Empty. *Texas Law Review*. 1995.

- 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 Contratio Social. Aguilar, Madrid-Buenos Aires-México, 1965.
- Rössner, D. Wiedergutmachen statt überlurgelten. Täter-Opfer-Ausgleich. 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 als 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 und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag. Lübeck 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 Dominguez, M. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969.
- Sessar. Neue Wegw der Kriminologie aus dem Strafrecht. H. Kaufmann-Gedàgnisschrift. 1986.
- Sessar. Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren- Gegenwartiger Stan und Überlegungen zur Reform. Bewàhrungshilfe, 1980.
- Silvestri, E. Observaciones en material de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias. Revista Trimestrale di Drito 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 del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- Silva Sánchez, J.M. Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 1993, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

- Singer, 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. III-I, 1985.
- Solé 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 crítica de les noves tendències polític- criminals. Colecció <<Justícia i Societat>>, II, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis i Formació Especialitzada. Barcelona, 1993.
- Tamarit Sumilla, J.M. La víctima en el Derecho Penal. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Tamarit i Sumilla, J-M. Weintraud, U Staatliche Entschädigung für Opfer von GewLTTATEN IN Grossbritannien und der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden, 1980.
- Torres Escámez, 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, Massachussets-Toronto-London, 1974.
- Wolf, P. Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. Poder y control, número O 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. Aboliciónismo Penal. EDIAR, Buenos Aires, 1989.
- Zaffaroni, E.R. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-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.

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres de Litocom
En el mes de abril de 2001
Y su edición consta de 1,000 ejemplares.