

# EL "RENACIMIENTO" DEL PROCESO PENAL. NOTAS EN TORNO A SU PRIVATIZACIÓN

Lic. Érick Gatgens Gómez  
Abogado Litigante  
Profesor de la Universidad de Costa Rica

*"Durante la euforia de la resocialización, en los años sesenta y comienzos de los setenta, la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora se dirige la mirada al ofendido de un modo no menos comprometido. Se anuncia el redescubrimiento de la víctima del delito. Este se ha convertido en el nuevo tema de moda."*<sup>1</sup>

*"Como principal sujeto perjudicado por el delito, la víctima materializa el ámbito más importante de relaciones del Derecho Civil con el Derecho Penal."*<sup>2</sup>

## SECCIÓN I: LA ENTRADA EN ESCENA DE LA VÍCTIMA Y DE LA PRIVATIZACIÓN. ANTECEDENTES

El imputado ha sido —tradicionalmente— la preocupación principal y la razón de ser del Derecho Penal y Procesal Penal; tanto es así, que sobre el primero se ha afirmado tradicionalmente que constituye la "carta magna" del delincuente, ocupando la víctima un papel meramente secundario, intrascendente o, en el mejor de los casos, accesorio.

Se afirma lo anterior en razón de que la víctima ha tenido en nuestro proceso penal un rol muy limitado, pudiendo figurar únicamente como denunciante, como testigo y, eventualmente, como actor civil; con algunas excepciones contempladas en el C.P.P. de 1973 como lo eran los delitos de acción privada y los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, en los cuales quedaba a su entera voluntad, con algunas excepciones, la puesta en marcha del proceso penal. Pese a lo anterior, es importante mencionar aquí que, la víctima siempre ha sido la principal fuente de información o de conocimiento de los delitos<sup>3</sup>, es decir, la víctima se

constituye en un mecanismo fundamental de información para que el sistema penal se imponga de la existencia de delitos, quedándole a la víctima de esa forma un amplio poder de disposición en cuanto a poner o no en conocimiento del sistema la existencia de un determinado hecho delictivo. Así vemos pues que, en lo atinente a la iniciación del proceso penal el ofendido siempre ha tenido, y probablemente tendrá, amplias facultades, jugando entonces en ese momento un rol decisivo.

Hechas estas observaciones, lo cierto del caso es que debemos admitir y tener como un hecho cierto, que el imputado siempre figuró en el proceso penal como el sujeto esencial del mismo (y en hora buena que así lo haya sido y esperamos que así lo sea en el futuro, ya que es el sujeto contra quien se dirige la maquinaria estatal atribuyéndole una imputación penal, bajo amenaza de una pena privativa de libertad, que en los inicios del proceso se desconoce su duración y naturaleza); quedando la víctima con un papel secundario o marginal<sup>4</sup>, por lo menos una vez iniciado el proceso penal.

<sup>1</sup> Hirsch, La reparación..., p. 55.

<sup>2</sup> Bueno Arús, La atención..., p. 117.

<sup>3</sup> Así por ejemplo, en estudios hechos en Alemania, en lo que atañe a la criminalidad clásica "más del 90% de los hechos delictivos llegan al conocimiento de la policía solo mediante las víctimas que los denuncian". Dunkel, La víctima..., p. 69.

<sup>4</sup> V. en ese sentido: Eser, Acerca..., p. 16, quien dice que el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal. "En contraste con el procedimiento civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como "demandante", en el procedimiento penal él ha sido en gran parte desplazado por el Ministerio Público. Por ello, actúa, por regla general, solo como testigo del hecho o sus consecuencias". Ibidem. La razón de ser de esta segregación del ofendido, radica según este autor, en la distinción entre pena y resarcimiento. Ibid., p. 17.

Sin embargo, en los últimos años, producto de una serie de corrientes y de factores que de seguido mencionamos, la víctima ha ido "recuperando terreno perdido", adquiriendo cada vez mayor participación y presencia en el procedimiento penal, de lo cual es muestra el Código Procesal Penal vigente (en adelante C.P.P.), que contempla un giro total en cuanto al papel de dicho sujeto en el proceso penal, dándosele amplias facultades de intervención en el mismo, así como amplias facultades para la conclusión del caso penal (en cuanto a esto último, al permitirse la posibilidad de la composición privada entre víctima e imputado respecto del hecho delictivo). **Con lo anterior, es evidente e inobjetable que, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se han privatizado; afirmación cuyos alcances iremos definiendo en este ensayo.**

**A manera de síntesis, podemos esbozar las siguientes corrientes y factores que han contribuido a que la víctima haya adquirido en los últimos tiempos, un papel tan preponderante en el proceso penal:**

**A- La crisis global del sistema penal**, lo cual se ha vislumbrado en la crisis del principio de oficialidad<sup>5</sup>, la crisis del principio de legalidad, la crisis de la pena estatal como instrumento único del Derecho Penal<sup>6</sup> y dentro de esto, el fracaso de la imposición de sanciones tradicionales<sup>7</sup>; la invocación del Derecho Penal como

*ultima ratio*<sup>8</sup>, lo que ha aconsejado a sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva como lo es la reparación a la víctima;

**B- La crisis del paradigma de la resocialización**<sup>9</sup>. El fracaso de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico<sup>10</sup>, constituyen también factores que han contribuido con el auge de la víctima, ya que se mira hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento<sup>11</sup>.

**C- La importancia del auge de la prevención general positiva con respecto a la víctima**, lo que ha llevado a la fundamentación de la búsqueda de alternativas a la pena o medida de seguridad, a través de vías como la reparación<sup>12</sup>.

**D- La saturación de cárceles**, ha sido otro factor que en nuestro criterio ha provocado el auge de la víctima, la búsqueda de soluciones alternativas y, con ello, la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, como estrategia del Estado.

**E- La victimología<sup>13</sup> y a su lado la victimodogmática<sup>14</sup>**. En cuanto a la primera, por haberse encargado de analizar el rol tradicionalmente limitado que ha tenido el ofendido dentro del proceso penal<sup>15</sup>.

**F- El abolicionismo<sup>16</sup>**. Con su énfasis en que la víctima recupere el conflicto y la sugerencia, desde hace

<sup>5</sup> Cf. Binder, Justicia Penal..., p. 69.

<sup>6</sup> Cf. Binder, Justicia Penal..., p. 69.

<sup>7</sup> "La imposición de sanciones tradicionales parece incrementar la pasividad e indiferencia del delincuente respecto de la víctima. Favorece los intentos equivocados de denegación, de neutralización..., e impide la aceptación de la responsabilidad. Por otro lado, se espera que los delincuentes comprendan su responsabilidad social mediante la restitución o incluso, en un procedimiento de mediación, gracias a la discusión activa cara a cara con la víctima acerca del hecho delictivo y sus repercusiones." Trenczek, ¿Hacia..., pp. 23-24.

<sup>8</sup> Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 628.

<sup>9</sup> Así: Hirsch, Acerca de la posición..., p. 97; Roxin, La reparación..., p. 139; Dünkel, Frieder, La víctima..., p. 67; Giménez, La conciliación..., p. 92; Highton, Resolución..., p. 19.

<sup>10</sup> Así: Maler, La víctima..., pp. 189-190; del mismo autor: El Ingreso..., p. 46.

<sup>11</sup> Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., p. 56.

<sup>12</sup> Lobet, Proceso..., p. 285.

<sup>13</sup> Dünkel, Frieder, La víctima..., p. 67; García Pablos de Molina, El Derecho Penal..., p. 239 y ss.; Larrauri y otro, Victimología: presente...; Larrauri, La reparación..., p. 172; Highton, Resolución..., p. 47. Queralt, Víctimas..., p. 146; Maler considera que la victimología es uno de los factores positivos que ha hecho entrar en escena a la víctima: Maler, La víctima..., p. 188; Maler, Dogmática penal..., p. 341 y ss. Sobre la victimología consultar: Landrove, Victimología; Larrauri, Victimología; especialmente esta autora destaca que en victimología, existen dos corrientes: la victimología convencional y la nueva victimología, la cual se diferencia de la primera fundamentalmente por su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, siendo las tres siguientes áreas de conocimiento de las que hoy se encarga la victimología: Las encuestas de victimización; La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); La atención asistencial y económica a la víctima. Cf. Larrauri, Victimología, pp. 284-286.

<sup>14</sup> "Últimamente se ha hecho hincapié en el olvido de las víctimas por el Derecho Penal; ello se ha traducido en una atención a las víctimas por parte de diversos penalistas, que ha llevado a hablar de una "victimodogmática". Esta victimodogmática ha pretendido poner de relieve todos los aspectos del Derecho Penal en los que se toma en consideración a la víctima...En concreto se indica que el Código Penal sí toma "en consideración" a la víctima, para lo cual se realiza un listado de la fase previa, fase de ejecución y fase posterior a la realización del delito, en las cuales la víctima tiene una cierta incidencia." Larrauri, Victimología, p. 292.

<sup>15</sup> Así: Eser, Acerca..., p. 17.

<sup>16</sup> Bovino, La víctima..., pp. 272 y ss.; Martínez, La abolición; Highton, Resolución..., p. 31; Larrauri, La reparación, p. 172, quien indica que esta influencia también es reconocida por Roxin (1987:41); asimismo: Maler, La reparación..., p. 189, para quien los abolicionistas evidentemente no pretenden el ingreso de la reparación al Derecho Penal, sino más bien, de abolirlo completamente, sustituyendo la pena por otras soluciones, entre ellas la reparación.

mucho tiempo, de utilizar una serie de medidas tales como la reparación y la conciliación<sup>17</sup>.

Sobre esta multiplicidad de factores que han contribuido a darle una mayor importancia a la víctima en el proceso penal, se afirma que tal multiplicidad explica en parte la naturaleza en ocasiones contradictoria de, por ejemplo, la regulación de la reparación, ya que, por un lado, la victimología tiene como uno de sus objetivos la reparación de la víctima, entre otros, mediante la creación de fondos estatales; la perspectiva resocializadora, considera que es necesaria la reparación por parte del ofensor, siendo que su esfuerzo demostrará su voluntad de reinserción; por otro lado se encuentra la tendencia que ve, por ejemplo, a la reparación, como una alternativa a la pena de cárcel dentro del proceso; por último, tenemos la tendencia que observa a la reparación como la resolución de un proceso de mediación preconizado por las distintas corrientes abolicionistas<sup>18</sup>.

## SECCIÓN II: LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. La víctima "à la mode"

### A- Antecedentes

Se empieza esta sección con el epígrafe: la víctima "à la mode", ya que la víctima constituye un tema de moda de la política criminal.

Sin embargo, la anterior afirmación no nos debe llevar a la confusión de creer que la víctima se encuentra por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal, ya que estuvo allí en sus comienzos, cuando imperaba la *composición*<sup>19</sup>, como forma común de solución de los conflictos sociales y en el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima, según estudia Maier, fue desalojada de ese sitio de lujo, por la inquisición, que

expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el proceso penal y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control del Estado sobre sus súbditos; ya no importando aquí el daño real producido, "...en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción...en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatalizado"..."<sup>20</sup>

Así, "por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal"<sup>21</sup>. "La reparación como tal desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* —o a la reparación del daño— entre sus fines y tareas, y el Derecho Procesal Penal solo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una "expropiación" de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-Nación, ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado."<sup>22</sup>

Se ha considerado que fue el **positivismo criminológico** el que rescató el tema de la víctima, pero de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho Penal; más allá aún, la

<sup>17</sup> Por ejemplo, en relación con la conciliación, se afirma que, al establecerse la posibilidad de una composición autor-víctima, detrás de ello hay fines abolicionistas tales que se quiere suprimir la persecución penal. Hirsch, La reparación..., p. 87.

<sup>18</sup> Larrauri, La reparación, p. 174.

<sup>19</sup> "En los orígenes del Derecho Penal germánico este se equiparaba al Derecho Privado. La *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El castigo del culpable comienza siendo un derecho del ofendido o de su grupo, ejercitable en sus límites sin limitación alguna. El fenómeno punitivo surge, así, como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico." Armenta Deu, Pena y proceso..., p. 208. Al ir apareciendo los delitos públicos, es que el Derecho Penal se va separando del Civil. *Ibid.*, p. 209. Landrove, Victimología, p. 23, informa sobre la existencia en determinados momentos históricos y, sobre todo, en los ordenamientos de raíz germánica, de la coexistencia con la venganza de un sistema de composiciones —en dinero o bienes— que negociaban el ofendido y el agresor, o sus respectivas familias. V. asimismo: Highton, Resolución..., p. 42 y ss.; Cafferata, La víctima..., p. 289; Roxin, Fin y justificación, p. 16; "...en el transcurso del desarrollo de las culturas, la pena estatal reemplazó a la venganza privada y a las luchas entre familias y tribus..."; Maler, Derecho Procesal Penal..., p. 24; Llobet, Conciliación..., p. 188.

<sup>20</sup> Maler, La víctima..., pp. 185-186.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Maler, La víctima..., pp. 186-187. En igual sentido: Maler, El Ingreso..., p. 27 y ss.

pena integral comprendía la reparación de los daños y esta era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima<sup>23</sup>.

De lo expuesto es dable destacar un aspecto que estimamos importante y es que, con el advenimiento del Estado, imperó la consideración de que la imposición de la pena involucraba un aspecto de interés público, diferenciándose ello de la reparación, la cual servía a intereses netamente privados.

Refiriéndonos a nuestro entorno, es dable afirmar que para el actual C.P.P., la víctima del delito evidentemente dejó de ser una mera fuente de información, medio probatorio (testigo), o eventualmente actor civil, para ser ahora un sujeto procesal, por su sola condición de tal, con una gran gama de posibilidades y de derechos a su favor.

#### **B- Concepto de víctima. Viejos y nuevos institutos del C.P.P. que abren la vía de la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal. El acuerdo víctima-imputado**

Consideramos que antes de entrar a analizar los institutos consagrados en el C.P.P. que implican por lo menos la privatización parcial del Derecho Penal y Procesal Penal, es necesario exponer, aunque sea en forma sucinta, un concepto de víctima a tenor de nuestro Código Procesal Penal, ya que detrás de la indefinición del concepto de "víctima" hay un peligro evidente, que impide precisar el alcance y los destinatarios de los institutos analizados supra<sup>24</sup>.

Así, el Código Procesal Penal señala en el artículo 70 que será considerado víctima:

##### **a) Al directamente ofendido por el delito.**

Antes de explicar quién es el directamente ofendido por el delito, resulta imprescindible mencionar lo siguiente:

En teoría del Derecho Penal general, se suele hacer la siguiente distinción en cuanto a los sujetos "afectados" por un delito<sup>25</sup>. En primer lugar, tenemos al **sujeto pasivo del delito**, el cual es el titular del bien jurídico tutelado en cada caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo del delito o autor del delito.

Sujeto pasivo del delito puede ser una persona física, como sucede en el homicidio, o jurídica, por ejemplo, en el delito de hurto, que también puede afectar a una persona física o al mismo Estado.

Cabe advertir que el sujeto pasivo no debe confundirse con el **damnificado o perjudicado**, o sea, la persona que recibe un daño o un menoscabo directo como consecuencia de la conducta desplegada por el autor del delito, aunque muchas veces las dos calidades (de sujeto pasivo y de damnificado) coinciden, en otras puede recaer en personas distintas. Prueba de lo segundo, la tenemos en el delito de homicidio, donde el sujeto pasivo es el occiso, mientras que los damnificados son los familiares inmediatos que dependían de él; en el delito de hurto, puede resultar también perjudicada la persona poseedora de la cosa por encargo del dueño, verdadero sujeto pasivo.

Por último, tenemos que tampoco el sujeto pasivo del delito puede equipararse siempre con el **sujeto sobre el cual recae la acción**, como lo muestra el caso de los delitos contra el patrimonio económico, por ejemplo: la conducta de apoderarse en el delito de hurto (art. 208 del Código Penal) debe recaer sobre una cosa mueble, total o parcialmente "ajena", por lo que el objeto puede ser sustraído no solo al dueño, sino también al poseedor, o al usufructuario, cuando el bien se les arrebatara, en estos dos casos, tales personas serían los sujetos sobre los cuales recaería la acción, siendo en realidad sujeto pasivo el titular del bien jurídico "patrimonio económico": es decir, el dueño. Obsérvese que la distinción entre el damnificado y el sujeto sobre el cual recae la acción sería la existencia de un daño o menoscabo sufrido por el primero a consecuencia del hecho delictivo. Dentro

<sup>23</sup> Maler, La víctima..., p. 187.

<sup>24</sup> "...el abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a consecuencias desorbitadas." Queralt, Víctimas..., p. 158. "Así las cosas, el término víctima ha de ser perfilado seriamente por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho Penal..." Ibid., pp. 158-159. Existe otro peligro latente en esto relacionado con los posibles problemas que se pueden presentar con la cosa juzgada de no darse una clara definición de víctima, por ejemplo, en los comienzos de un proceso penal por un delito patrimonial en el cual se produce la reparación del daño con una "aparente" víctima, posteriormente se extingue la acción penal, para luego determinarse que ese sujeto no era la víctima, sino que era otra persona que no pudo comparecer anteriormente.

<sup>25</sup> Seguimos en esta distinción a: Velásquez, Derecho Penal..., p. 340 y ss.

del sujeto sobre el cual recae la acción se considerarían comprendidas aquellas personas que por ejemplo poseen un bien el cual les es arrebatado, pero no sufren daño resarcible alguno por dicho hecho, o aquellos sujetos que han robado un bien, los cuales son víctimas posteriormente de otro robo.

Debe entenderse, por lo tanto, que cuando este inciso a) dice que será considerado víctima el directamente ofendido por el delito está haciendo referencia al sujeto pasivo del delito. Es decir, a pesar de su incorrección, para el C.P.P. los términos víctima, ofendido y sujeto pasivo del delito son sinónimos.

Por lo expuesto, víctima, al tenor de dicho inciso, no sería cualquier persona perjudicada con el delito, sino solo el titular del interés que constituye el objeto jurídico inmediato del delito<sup>26</sup>. No lo sería según lo visto, el mero detentor de un bien sustraído, el engañado en una estafa con perjuicio patrimonial para otro, el socio en un acto ejecutado contra la sociedad como tal.

Excepcionalmente este inciso a) comprendería también a aquellas personas a las cuales el delito los puede llegar a ofender directamente, por ejemplo: en los delitos de falsedades documentales, el bien jurídico protegido es la fe pública, cuyo titular es la comunidad, con lo que ella sería el sujeto pasivo típico, sin embargo, un particular puede revestir la calidad de ofendido si sufrió un daño directo por el delito<sup>27</sup>.

Así tendríamos, en síntesis, que nuestro ordenamiento procesal penal entiende por el directamente ofendido por el delito DOS CARACTERES O SUJETOS: EL DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO (QUE ES LA REGLA) Y EN FORMA EXCEPCIONAL AL QUE, SIN SER SUJETO PASIVO DEL DELITO, RESULTA DIRECTAMENTE PERJUDICADO POR EL MISMO, figura que podría eventualmente estar constituida por el sujeto al que anteriormente denominamos damnificado.

**b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes**

**dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.**

**c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.**

**d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.**

Una vez analizado el concepto de víctima, pasemos de seguido a ver los institutos procesales consagrados en nuestro C.P.P. a favor de la víctima, los cuales permiten afirmar que el Derecho Penal y Procesal Penal costarricense se han privatizado parcialmente<sup>28</sup>.

La participación de la víctima como sujeto procesal a lo interno del proceso penal, en cualesquiera de los papeles siguientes —con las excepciones que se indican—, constituye una expresión del principio de la autonomía de la voluntad.

### 1- Los delitos de acción privada

En cuanto a los delitos de acción privada, nuestro C.P.P. consagra en el artículo 19, un catálogo de tales delitos, manteniéndose los mismos delitos consagrados en el C.P.P. de 1973. Asimismo, en relación con los delitos de acción privada, es necesario tener presentes los artículos 16 y 30, inciso b) ibídem, que consagran la extinción de la acción penal por el desistimiento de la querrela en estos delitos.

Como es de todos sabido, la víctima de un delito de acción privada, debe constituirse en querellante (arts. 72 a 74 del C.P.P.) mediante la interposición de una querrela ante el órgano jurisdiccional competente<sup>29</sup>, para así dar inicio al procedimiento específico para delitos de acción privada, consagrado en los artículos 380 a 387 ibídem.

<sup>26</sup> "En Derecho Penal, la víctima es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo..." Queralt, Víctimas..., p. 157. En igual sentido: Castillo, El consentimiento..., p. 103, cita 199.

<sup>27</sup> Ejemplo tomado de: Salas, La querrela..., p. 65.

<sup>28</sup> Así, Eser, Acerca... p. 51, afirma que: "...parece casi inevitable que una mayor consideración de la víctima desembocaría en una tendencia hacia una 'privatización del Derecho Penal'".

<sup>29</sup> Tribunal de Juicio: art. 380 del C.P.P.

Característica de estos delitos es que la iniciación y posterior tramitación del proceso queda en manos de la víctima (o lo que es lo mismo, la promoción y el ejercicio de la acción penal están en manos de la víctima o de su representante legal), concediéndosele a la misma poderes absolutos sobre la persecución penal, lo que excluye consecuentemente por completo la persecución penal oficial. En virtud de lo anterior, rigen sobre dichos delitos —en toda su amplitud— los principios dispositivos de la acción penal por parte de la víctima; así: v. gr. se puede producir la conciliación entre víctima e imputado (art. 36 del C.P.P.), se puede dar el desistimiento expreso o tácito del querellante respecto de la querrela por él formulada (art. 30, inciso b) en relación con el artículo 383, ambos del C.P.P.).

Sobre estos delitos, se había afirmado tradicionalmente que constituían la excepción más profunda —y a la vez más pequeña en extensión— de la regla de la oficialidad, existiendo en estos casos una absoluta primacía del interés privado sobre el interés público. El Derecho Penal se decía, se acercaba aquí, del modo más cercano posible, al Derecho Privado, afirmándose asimismo, que esta vía: "...es..la (sic) más recomendable para cumplir propósitos de "privatización" en el Derecho Penal"<sup>30</sup>.

## 2- La conversión de la acción pública en privada

Se trata de un instituto consagrado en el artículo 20 del C.P.P., el cual en un giro novedoso por parte de nuestro ordenamiento jurídico, permite a la víctima solicitar la conversión de la acción pública en privada, siempre que el Ministerio Público (titular tradicional por excelencia de la acción pública penal) lo autorice y no **EXISTA UN INTERÉS PÚBLICO** gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada (con lo cual se abren las puertas para que los delitos de acción pública a instancia privada —que de seguido veremos— se "conviertan" en delitos de acción privada, permitiéndose la privatización de dicha categoría de delitos), o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. De existir varios ofendidos, es requisito indispensable el asentimiento de todos ellos en la conversión.

De producirse la conversión de la acción pública en privada, debe seguirse el procedimiento establecido para los delitos de acción privada, rigiendo al respecto todos los criterios dispositivos correspondientes a esta acción, vistos infra.

Este instituto permite o faculta la privatización de una parcela importante de delitos. Evidentemente, con este mecanismo se abre una puerta a la privatización de los delitos de acción pública a instancia privada y los delitos contra la propiedad realizados sin grave violencia sobre las personas, facultándose así que se abandone el procedimiento oficial y la persecución penal pública por un procedimiento para delitos de acción privada.

Consideramos asimismo que, la conversión de la acción pública en acción privada, no solo se daría en los supuestos antes mencionados, sino que también en todos aquellos supuestos en los que el Ministerio Público (en adelante M.P.) prescinda de la persecución penal pública (por ejemplo, por la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 22 del C.P.P.), ya que en estos supuestos el Estado renunciaría a perseguir delitos cuya persecución le incumbía, sin embargo, ante la ausencia de un INTERÉS PÚBLICO en la PERSECUCIÓN, se le concedería la oportunidad a la víctima para que se constituya en querellante (exclusivo), o la víctima que ya se hubiere constituido en querellante, continúe con la persecución penal (existiendo un evidente y exclusivo interés privado en la misma), dándose así la conversión o transformación de la persecución penal pública en privada, siguiéndose a sus efectos el procedimiento destinado para este tipo de delitos<sup>31</sup>; asimismo, tratándose del incumplimiento del plazo para concluir la investigación preparatoria por parte del M.P., art. 171, el imputado puede pedirle al tribunal que le fije al M.P. un plazo para su conclusión, si el M.P. no lo hace, el tribunal pone el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la respectiva requisitoria en un plazo de diez días; si ese plazo transcurre sin que se presente la misma, el tribunal decreta la extinción de la acción penal, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse formulado querrela; asimismo, en todos aquellos casos en los que las requisitorias del M.P. no tengan un contenido acusatorio o incriminatorio, v. gr. la solicitud de sobreseimiento, la desestimación, solicitud de la

<sup>30</sup> Maier, La víctima..., p. 226.

<sup>31</sup> Nuestro Código contempla una excepción a lo indicado, en el inciso b) del artículo 22, en cuyo caso no se le informa a la víctima de su derecho de constituirse en querellante por la lógica implícita en la aplicación de dicho criterio, en razón de que el Estado tiene un interés especial en la falta de persecución penal por razones obvias.

suspensión del proceso a prueba, etc.; en todas estas hipótesis se establece la posibilidad de que la víctima se constituya en querellante (exclusivo). En tales supuestos también se produciría, por fuerza de principio, la conversión de la acción pública en privada, siguiéndose necesariamente, para tales efectos, el procedimiento establecido en el C.P.P. para los delitos de acción privada.

### **3- Los delitos de acción pública dependientes de instancia privada. La retractación de la instancia privada**

El C.P.P. consagra, en el artículo 18, el catálogo de delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el cual se amplió en relación con el Código de Procedimientos Penales de 1973. Con estas presunciones, es necesaria la denuncia por parte de la víctima, o si es menor de quince años, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador (art. 17 del C.P.P.).

Asimismo, como una innovación, nuestro C.P.P. consagró la posibilidad de que dicha instancia sea revocada, en cualquier momento hasta antes de que se acuerde la apertura a juicio. (V. al respecto: art. 17, párrafo cuarto y 30, inciso h), ambos del C.P.P.).

Como es bien conocido, los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, son delitos que a pesar de que algunos de ellos son graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior<sup>32</sup>.

Tradicionalmente en estos delitos, el poder se le otorgaba a la víctima para que decidiera únicamente con referencia al inicio del proceso penal. Sin embargo, actualmente al permitir el C.P.P. que el ofendido revoque la instancia, se le otorgan poderes absolutos en torno a la conclusión de la persecución penal.

En cuanto a la retractación de la instancia privada, la misma se ha considerado que es recomendable: "...pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada."<sup>33</sup>

Evidentemente, este mecanismo también llegará a ser utilizado como una medida alternativa al juicio penal, debiendo tenerse presente que por esta vía, sin embargo, se podría dar todo tipo de arreglos, componendas, presiones y coacciones contra la víctima, que la pueden hacer retractarse de la instancia<sup>34</sup>.

### **4- La conciliación**

Instituto consagrado en el artículo 36 del C.P.P., el cual permite la extinción de la acción penal (art. 30, inciso K), *ibídem*), condicionado al avenimiento de voluntades entre el imputado y la víctima.

La conciliación, en nuestro medio, procede en los siguientes hechos punibles: 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.

La conciliación, al presuponer el juego de la autonomía de la voluntad entre víctima-imputado, implica la privatización del Derecho Penal, respecto de los hechos punibles en los que la misma es procedente.

A pesar de la anterior afirmación, algunos autores consideran, desde otra perspectiva, que soluciones de esta clase son modelos para evitar el Derecho Penal, pues tienen la finalidad de lograr una despenalización parcial<sup>35</sup>. Para Roxin, esta clase de regulaciones son solo posibles en ámbitos marginales limitados, pues ir más lejos, "...sería por principio criticable, pues existe el peligro de que si el Estado se retira del ámbito de las

<sup>32</sup> Así: Maier, *La víctima...*, p. 227.

<sup>33</sup> Maier, *La víctima...*, p. 228.

<sup>34</sup> En ese sentido: Llobet, *Proceso...*, p. 145, quien afirma que este Instituto, puede ser motivo de amenazas a la víctima para que retire la instancia, convirtiéndose no en algo favorable sino más bien desfavorable para la víctima.

<sup>35</sup> Roxin, *La reparación...*, p. 142.

lesiones más importantes a los bienes jurídicos, no sea más el Derecho el que opere, sino el más poderoso, y de que presiones y contrapresiones pongan en peligro la paz jurídica, quizás en mayor grado que el hecho mismo"<sup>36</sup>.

Sin embargo, nuestro C.P.P. no permite la conciliación solamente en "ámbitos marginales limitados", ya que virtualmente procede la misma en toda clase de delitos: de acción privada, de acción pública a instancia privada y en los que permitan la suspensión condicional de la pena o condena de ejecución condicional (es decir, cuando el máximo de la pena no exceda de tres años de prisión, arts. 59 a 63 del Código Penal)<sup>37</sup>.

La conciliación lo que busca es que el imputado y la víctima compongan (¡si es que las voluntades de los intervinientes en un delito se pueden "componer"! el conflicto voluntariamente, siendo claro que el requisito indispensable de dicho procedimiento es la participación [voluntaria] (si es que dentro del proceso penal esa participación del imputado se puede llamar [voluntaria]) de los intervinientes, pudiendo cualquiera de los dos, o los dos, negarse a colaborar o a tomar parte en la misma.

Un aspecto importante por considerar dentro de la conciliación, es si esta procede tratándose de la afectación de intereses colectivos o difusos. El art. 30, inciso j) del C.P.P. permite la reparación del daño en relación con delitos que afecten intereses difusos o colectivos, lo cual debe también relacionarse con el concepto de víctima, ya visto y contemplado en el artículo 70, inciso d) *ibídem*. De la relación entre ambos artículos es dable considerar que sí se podría dar la conciliación entre las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que el objeto de las mismas se vincule directamente con esos intereses y el imputado.

Sobre el particular, Llobet se pregunta si será necesario solamente el acuerdo entre ellos dos o es

necesario el acuerdo por parte del Estado, que también resulta afectado en esos delitos. Llobet concluye —lo cual me parece válido— que del artículo 38 del C.P.P. se desprende el objetivo del legislador de que en dichos casos se necesita el acuerdo del órgano requirente. Por último, se ha considerado también que es viable la conciliación solo entre el imputado y el Estado<sup>38</sup>.

Para finalizar, uno de los problemas de la conciliación consiste en que el imputado queda a la voluntad absoluta de los deseos de conciliación de la víctima y hasta de la eventual extorsión ejercida por esa vía. Para Maier la objeción se puede remediar con una regulación que no dependa de la voluntad de la víctima, sino de la del imputado, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o de disminuir la gravedad de esta última<sup>39</sup>. Dentro de este orden de ideas, se considera que: "Si fracasa la conciliación, o el imputado no puede, por alguna razón práctica reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo sincero por alcanzar esta solución podría ser certificado por quien preside el arbitraje, para ser hecho valer a la hora de decidir el caso, sobre todo, al decidir sobre la pena"<sup>40</sup>. **A pesar de lo sugerido por Maier, este aspecto no fue regulado en la conciliación consagrada en nuestro C.P.P.**

## 5- La reparación "integral" del daño"

Se trata de una causa de extinción de la acción penal, consagrada en el artículo 30, inciso j) del C.P.P., la cual también presupone el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del imputado.

Se afirma que en este caso "...se trata de solucionar ciertos casos penales con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho Penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal..."<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Roxin, La reparación..., pp. 142-143.

<sup>37</sup> Recientemente la Sala Constitucional, en el voto 430-00 de las 16:09 horas de 12 de enero del año en curso, señaló la procedencia de la conciliación en hipótesis de delitos graves tentados.

<sup>38</sup> Llobet, Proceso..., p. 209.

<sup>39</sup> Maier, La víctima..., p. 234. Sin embargo, esa regulación no se previó en nuestro C.P.P.

<sup>40</sup> Maier, La víctima..., p. 234.

<sup>41</sup> Para Maier, La Víctima..., p. 197, en estos casos se produce la despenalización de ciertos comportamientos. Esta propuesta se desarrolla para evitar la aplicación del Derecho Penal. Sobre la reparación también ver: Maier, El Ingreso..., p. 38 y ss.; Issa, La reparación..., p. 191 y ss. No comparto, sin embargo, el criterio expuesto por Maier, ya que con este instituto no es que se despenalicen ciertos comportamientos, sino todo lo contrario, los mismos siguen siendo punibles y perseguibles penalmente, lo único es que se da el ingreso de criterios civiles para efectos de la terminación del proceso. Lo anterior se afirma ya que si por ejemplo el sujeto no repara el daño, el proceso sigue adelante y se le puede castigar por el hecho realizado, lo cual riñe con la idea de la despenalización, en la cual dejan de ser punibles ciertos comportamientos indistintamente de la actitud que asuma el infractor.

<sup>42</sup> Maier, La Víctima..., p. 231.

El artículo 30, inciso j) citado, indica que se produce la extinción de la acción penal por la reparación del **daño particular o social causado**. En ese sentido, daño particular sería el sufrido por el directamente ofendido por el delito (art. 37); y el daño social, consistiría en el daño producido en los hechos punibles que afectan intereses colectivos o difusos (art. 38 del C.P.P.)<sup>43</sup>.

Esta causal de extinción de la acción penal, solamente procede en los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas, o en los delitos culposos; siempre que la víctima o el M.P. lo admitan, según el caso. Utilizando una aplicación lo más sistemática posible del art. 30, inciso j), pareciera que en casos de daño particular, es a la víctima a la que le corresponde dar el asentimiento para admitir la reparación y en casos de daño social, le corresponde al M.P.<sup>44</sup>

Este instituto resulta aplicable a una persona solo una vez. Transcurridos 10 años desde la comisión del hecho, puede volver a hacer uso de la misma<sup>45</sup>.

En cuanto al concepto de reparación del daño, es importante mencionar que por este se entiende no solo la restitución del estado de cosas anterior al delito, sino que también la indemnización subsidiaria de los daños materiales y morales, así como los perjuicios causados por el delito. El concepto de "integral" hace referencia a "total", ello a diferencia de la reparación simbólica que se autoriza en la suspensión del proceso a prueba (art. 25, párrafo 2)<sup>46</sup>.

En relación con la reparación "integral", tal y como luego lo veremos, es claro que la misma puede presentar roces con el principio constitucional de igualdad; roces que se pretenden superar en nuestro medio con el concepto amplio de reparación integral propuesto por Henry Issa<sup>47</sup>.

Como antes se mencionó, le corresponde a la víctima, o en su caso al Ministerio Público, o al Estado, indicar si se considera satisfecho con la reparación "integral" del daño. Aquí es importante establecer que **la aceptación de la reparación implica para la víctima la renuncia al posterior reclamo civil, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión del proceso a prueba, en el que se establece la posibilidad de que la víctima acuda a la vía civil. (Art. 25, párrafo 7 del C.P.P.)**

Valga la pena mencionar aquí que las distintas corrientes de pensamiento citadas al inicio de este trabajo, tienen una concepción distinta sobre la reparación, verbigracia el concepto de reparación del que parten el abolicionismo penal, así como la corriente que considera a la reparación como la tercera vía del Derecho Penal, es más amplio que la mera indemnización monetaria del daño, ya que abarca también supuestos de reparación simbólica<sup>48</sup>, la cual en nuestro medio se encuentra contemplada tratándose de la suspensión del proceso a prueba y, eventualmente, de la conciliación<sup>49</sup>.

Así vemos que nuestro Código, podría interpretarse, contiene una previsión restrictiva de lo que es reparación INTEGRAL del daño, lo cual no nos parece conveniente. Es por ello que en este ensayo proponemos que ese término "integral" sea interpretado en la forma más amplia posible, para evitar roces con la Constitución, ya que de considerarse que la reparación debe ser la restitución o reposición a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico lesionado, chocaría con un evidente obstáculo: la capacidad económica del imputado. Dicho reparo se podría obviar admitiendo la sustitución de la prestación de contenido económico por otra de carácter personal, considerándose aquí desde el trabajo para la víctima hasta el pedirle disculpas, o lo que es lo mismo: una reparación de carácter simbólico.

<sup>43</sup> Cf. Llobet, Proceso..., p. 196.

<sup>44</sup> Nótese al respecto que el M.P. debe valorar si admite la reparación integral ofrecida desde el punto de vista político criminal (fundamentalmente conforme a criterios de prevención general positiva y prevención especial). Llobet, Proceso..., p. 199.

<sup>45</sup> Para Llobet esta limitante es inconstitucional, ya que basta el acuerdo entre imputado y víctima, sin que sea necesario hacer una valoración sobre la situación probatoria del asunto, resultando que inclusive ni siquiera el acuerdo implica un reconocimiento de la autoría por el imputado en cuanto a su responsabilidad. Llobet, Proceso..., p. 199. Sin embargo, debe reconocerse la necesidad de establecer un límite a la utilización de institutos como el presente, ya que de lo contrario podría degenerar en un abuso de los mismos por parte de los imputados, afectándose así evidentemente los fines de prevención general y especial del Derecho Penal.

<sup>46</sup> Llobet, Proceso..., p. 193.

<sup>47</sup> Issa, La reparación del daño..., pp. 203-204.

<sup>48</sup> Llobet, Proceso..., p. 88.

<sup>49</sup> Cf. en similar sentido: Llobet, proceso..., p. 88.

Sin embargo, deben tenerse ciertas precauciones sobre lo dicho, ya que a criterio de algunos autores, como Queralt, de no articularizarse un sistema lo menos moralizante posible, lo que es difícil, se caería en un Derecho Penal de cuño privatista y claramente prerrevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar el *nexum* romano y, al mismo tiempo, la terapia pseudo psiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Se pasa por alto el carácter netamente social del delito y se le contempla desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, evento totalmente inmerecido, cuya causación merece una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima e imputado como panacea<sup>50</sup>.

Tomando en cuenta esas precauciones, consideramos que el término reparación integral del daño debería interpretarse en la forma más amplia posible, abarcando lo siguiente: "...el término reparación se utiliza para abarcar aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutorio, compensatorio o indemnizatorio), o material (prestación de un servicio<sup>51</sup>) a favor de la víctima (individual o colectiva)"<sup>52</sup>.

En ese sentido, "...Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado"<sup>53</sup>.

Se presenta, sin embargo, un interrogante tratándose de la reparación del daño social causado por ciertos delitos, que afectan bienes jurídicos difusos o colectivos, los cuales se ha considerado, se podrían reparar por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado<sup>54</sup>, de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad<sup>55</sup>.

Desde una perspectiva crítica, tal y como lo veremos más adelante, es importante mencionar que contra este instituto se han realizado objeciones de diversa índole, siendo uno de sus más acérrimos opositores, Hirsch, quien sobre el particular afirma que: "Si se reduce la función del Derecho Penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas"<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Opinión de: Queralt, Víctimas..., p. 167.

<sup>51</sup> Por ejemplo, el jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo. Ej. extralido de Maier, La víctima..., p. 212, cita 46.

<sup>52</sup> Lantauri, La reparación..., p. 172.

<sup>53</sup> Maier, La víctima..., p. 213.

<sup>54</sup> Por ejemplo, en los delitos contra el ambiente, la reparación del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación. Así: Maier, La víctima..., p. 213.

<sup>55</sup> Maier, La víctima..., p. 213.

<sup>56</sup> Hirsch, La reparación..., p. 58. La cita de este autor nos obliga a introducirnos en un tema muy importante, que nos parece sirve de trasfondo al tema objeto de estas líneas, consistente en la valoración de al menos dos corrientes de pensamiento distintas en la doctrina. Cada una de estas dos corrientes de pensamiento, serán las que determinen el que un autor considere o no objetable cada uno de los institutos en discusión. Así, una corriente de pensamiento —dentro de la que se incluyen autores como Hirsch— considera que ante la comisión de todo delito se produce la afectación de intereses públicos (amén de la eventual afectación de los intereses particulares de la víctima), siendo que los primeros no pueden ser dispuestos por la eventual víctima del delito, ya que "pertenecen" a la sociedad o a la comunidad en su conjunto. En el hecho punible, se considera, no se trata únicamente de un conflicto entre imputado y víctima. Por esa razón se hace "necesaria" la reacción del Estado para efectos de proteger el ordenamiento jurídico, no pudiendo la víctima disponer de dicha reacción, aun y cuando sea el titular del bien jurídico protegido por la norma, ya que todo hecho punible es un hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima, lo que justifica la decisión de castigar, es decir, la terminación "privada" del proceso deja un "plus" de injusto sin resolver, precisamente aquel que determinó su ingreso al Derecho Penal y de la persecución pública, aquel plus que intentó responder no solo al interés privado. De lo expuesto es evidente que esta corriente de pensamiento parte de que la casi totalidad de bienes jurídicos son "indisponibles" independientemente de quién sea su titular (con excepción de los casos en que se produce el consentimiento del derecho-habiente, regulados como causa de justificación). El único ámbito en el cual considera esta corriente no se afectan intereses públicos es en el ámbito de la delincuencia de bagatela, donde el procedimiento conciliatorio sí podría jugar un papel importante. Asimismo, esta corriente de pensamiento analiza la importancia de visualizar así el delito y la reacción penal estatal por razones de prevención general. Críticamente se considera que la razón del Estado para reaccionar de esta forma, fue justificada, originariamente, como una herramienta para evitar los efectos disociativos de la venganza privada, con lo cual se produjo una abstracción del concepto de bien jurídico, y con ello, la virtual desaparición de la víctima detrás de él. Véase sobre lo anterior: Hirsch, La reparación..., p. 69, 88; Hirsch, Acerca de la posición..., p. 125; Maier, La víctima..., p. 197; Cafferata, Ministerio Público Fiscal..., pp. 61-62; Binder, Política criminal: de la formulación a la praxis, Buenos Aires, 1997.

Esta inclinación se diferencia de aquella que considera que no todo delito afecta intereses públicos —o en caso de afectarlos, no predominan sobre los privados—, es decir, habrá delitos que afectan intereses privados —abandonándose así el mito de que todo delito afecta siempre y necesariamente intereses públicos—, como delitos que amén de la afectación de los intereses del particular ofendido, afectarán evidentemente los intereses públicos de la colectividad. En el primer caso sí sería posible que la víctima dispusiera de la reacción penal estatal, es decir, tratándose de delitos que protejan bienes jurídicos referidos al ámbito de su persona; en el segundo no sería posible prescindir de la persecución penal, dada por ejemplo la naturaleza del delito: v. gr. la alta penalidad del mismo, si el imputado es reincidente, etc. Evidentemente, esta corriente de pensamiento hace una distinción entre bienes jurídicos "disponibles" e "indisponibles"; siendo indisponibles —en principio— aquellos que afecten intereses públicos. A esta última tendencia parece haberse adherido nuestro C.P.P., ya que en una larga lista de delitos hace énfasis en la distinción interés público-interés particular, siendo —como se dijo— en el segundo caso disponible la reacción penal estatal, así v. gr. arts. 20, 22, (Inclso a), etc. Pareciera ser así que, en el trasfondo van a existir siempre dos intereses en juego, uno público (encaminado a la persecución penal) y otro privado (encaminado a la

Otra objeción importante que se le hace a la reparación es que no resuelve satisfactoriamente el problema de los delitos de peligro abstracto o de peligro concreto<sup>57</sup>, el problema de los delitos sin víctima, como por ejemplo, los delitos que afectan a la generalidad y la tentativa punible<sup>58</sup>. En estos casos, por la naturaleza del delito, fracasa la posibilidad de una compensación imputado-víctima, y por ello, no se puede prescindir de la pena estatal —la falta de punibilidad no debe generar un vacío legal—, sobrevendría entonces una gran desigualdad en la reacción de los delitos<sup>59</sup>.

### 5.1- Naturaleza jurídica de la reparación: la reparación como tercera vía

A pesar de que nuestro C.P.P. considera la reparación integral del daño como una causa de extinción de la acción penal, en doctrina se discute si la reparación debe ser configurada como una pena impuesta coactivamente por un juez o un tribunal penal, como presupuesto para

el otorgamiento de beneficios en la etapa de ejecución penal<sup>60</sup>, etc.; formulándose de este modo en cuanto a la reparación, dos modelos: según uno de ellos, la reparación debe ser una sanción penal independiente, aplicable junto con la pena convencional o sola, como consecuencia jurídica penal. El otro modelo reconoce el carácter civil de la reparación, pero le asigna un papel dependiente dentro del sistema de consecuencias jurídicas penales, en el campo de los presupuestos del hecho, e inclusive, también en el Derecho Procesal Penal.

Por último, en cuanto a la reparación, se ha considerado que es importante distinguir dos modelos: la reparación como pena impuesta por el juez (modelo anglosajón) y la reparación producto de procesos de mediación entre víctima e infractor (modelo noruego)<sup>61</sup>. Similar a este último es el "Proyecto Alternativo sobre la reparación" presentado en el Deutschen Juristen Tag de 1992, que sugería introducir la reparación como "tercera vía", con

composición o acuerdo víctima-imputado). En nuestro medio, como se ha visto, es dable evitar la realización de la pretensión penal estatal, unilateralmente, por la sola voluntad de la víctima. Se le da pues prioridad en el proceso penal en un sinnúmero de casos, a la pretensión composicional (indemnizatoria o reparatoria civil) sobre la pretensión penal pública, lo cual significa, asimismo, el resquebrajamiento, o al menos, debilitamiento de una serie de principios tradicionales del proceso penal tales como el de oficialidad, irretroactividad, etc.

Dentro de esta segunda corriente de pensamiento es dable ubicar a Roxin, La reparación..., p. 140, quien afirma: "...sería racional, desde el punto de vista político-social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer". En ese mismo sentido, se afirma: "La legitimación jurídico-penal para punir decrece allí donde no existe en la realidad el llamado interés público, porque son suficientes los intereses privados en una composición de los daños". SESSAR, cit. por Roxin, La reparación, p. 152, cita 55.

Sobre el particular, Maier considera que los delitos graves ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, etc.), son delitos que sin pretender mencionarlos todos, conservan viva la idea retributiva del castigo aun integrando criterios preventivo-generales o especiales y por ende, también ese plus lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. Así: Maier, La víctima..., p. 209.

En igual sentido y dentro de esta corriente, se ha afirmado que: "Por lo general, el delito no es cometido contra el Estado, sino que antes que nada el delito es una violación de la integridad física y emocional de una persona. Esto es cierto tanto en caso de delito personal (robo, agresión...) como en caso de ataques a la propiedad como hurto o robo con fractura... Debemos a Nils Christie (1977) el redespertar de la interpretación del delito como una causa, expresión y consecuencia de conflictos, de dificultades y problemas de y entre víctima y delincuente". Trenczek, ¿Hacia..., p. 24.

"...en la actualidad existe una muy interesante corriente de pensamiento... que postula que el Derecho Penal debe tutelar aquellos intereses generales ("los bienes jurídicos") pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es solo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal ("la propiedad") sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido "su propiedad", sea que haya sido perjudicado en su condición de persona individual (v. gr. delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr. delito contra la salud pública, administración pública, etcétera)." Calferata, Ministerio Público Fiscal..., pp. 61-62.

Por último, estas dos corrientes de pensamiento han sido etiquetadas de distinta forma, a la primera se le ha denominado "Justicia punitiva", ya que define la ilicitud penal como infracción a una norma, como quebrantamiento de la voluntad del soberano, siendo por lo tanto, la persecución penal pública y no dependiendo de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo. Así, los intereses de la víctima del hecho punible se dejan de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos. Por otro lado, la segunda se ha denominado *Justicia reparatoria*, la cual construye la ilicitud penal como la producción de un daño, como la afectación de bienes e intereses de una persona determinada. Véase sobre el particular: Larrauri, La reparación..., 186.

En la teoría del delito, fue en el ámbito del consentimiento del derechohabiente, sea que a este se le viera como una causa de atipicidad o de justificación de la conducta, donde primero se entró a analizar la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles. En ese ámbito se afirmó que solamente es relevante el consentimiento cuando el bien jurídico amenazado es enteramente susceptible de disposición privada, siendo imposible frente a ataques contra bienes de la colectividad. Así tendríamos bienes jurídicos disponibles o renunciables: la libertad, el honor, la integridad corporal, la intimidad y el patrimonio; y bienes jurídicos irrenunciables, tales como la vida humana. Como es ampliamente conocido, el consentimiento en estos casos debe ser previo o concomitante a la realización del hecho punible para que tenga efectos excluyentes de la antijuridicidad. Cf. Maurach, Derecho Penal..., pp. 290-296.

Pese a lo anterior, lo cierto del caso es que encontramos algunos puntos de relación entre la teoría del consentimiento del derechohabiente y algunos de los institutos en estudio, siendo dable opinar que la primera ha prestado algunas bases a dichos institutos, v. gr. el estudio de los bienes jurídicos disponibles e indisponibles, el concepto de acuerdo o consentimiento, ya que por ejemplo Pierangeli, El consentimiento..., p. 61, afirma que la palabra consentimiento proviene del latín *consentire* y, en su acepción originaria, expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión, siendo que la regla en sus inicios, era aplicada exclusivamente en los delitos de naturaleza privada. En sentido contrario: Castillo, El consentimiento..., p. 100, quien considera que el consentimiento del derechohabiente, la causa de justificación y algunas causas de extinción de la acción penal introducidas en el C.P.P., no se relacionan.

No obstante, debemos reconocer la existencia de notables diferencias entre el consentimiento —como causa de justificación— y estos institutos: el consentimiento del derechohabiente debe prestarse antes de que se produzca el hecho; es decir, el consentimiento otorgado posteriormente al hecho, no posee eficacia justificante y deja intacta la ilicitud del hecho, siendo así que un consentimiento *post factum* es irrelevante; el consentimiento lo presta el titular del bien jurídico tutelado; en los institutos de marras, es necesario el acuerdo entre dicho titular y el imputado, etc.; cf. Pierangeli, El consentimiento..., p. 146 y ss.; Castillo, El consentimiento..., p. 100 y ss. Sobre la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles, v. Pierangeli, El consentimiento..., p. 109 y ss.

lo cual se propone que la reparación pueda sustituir la pena privativa de libertad en los delitos con pena de hasta un año, suspender la pena, atenuar la misma, si concurren los requisitos y se ha realizado la reparación, se sobresee el caso, no llegándose a un juicio oral.

En ese orden de ideas, para un sector de la doctrina, la reparación no sería una pena, pero sí constituiría una sanción penal independiente<sup>62</sup>, es decir, se plantea como alternativa, ubicar la reparación como tercera vía, a la par de las penas y medidas de seguridad, haciéndolas innecesarias conforme al principio de subsidiariedad penal o de *ultima ratio*, por cuanto a través de la misma pueden cumplirse funciones de prevención general positiva y prevención especial.

Uno de sus defensores fundamentales es Roxin, para quien la reparación no es ninguna pena, ni posee fin penal autónomo alguno, sino que se encuentra al servicio de la prevención general y especial. Se le debe colocar o incluir en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de sanción independiente, como una sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito.

Afirma este autor que la reparación está en posición de cumplir los fines de la pena, en especial el de prevención-integración (prevención general positiva)<sup>63</sup>.

Una posibilidad para Roxin es incorporar la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— autónomamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y con la posibilidad de ser impuesta, en casos apropiados, en su lugar<sup>64</sup>. Es decir, se concebiría la reparación como una sanción autónoma.

Una reparación penal sería conformada de otra manera que el resarcimiento del daño del Derecho Civil, pudiendo eventualmente colocarse aquí algo menos y quizás algo más que la obligación del derecho civil e introducirse también modificaciones con el trabajo de utilidad para la comunidad<sup>65</sup>.

Otra posibilidad, argumenta Roxin, sería la introducción de la restitución en el Derecho Penal, el reconocimiento de la reparación como un nuevo fin de la pena<sup>66</sup>. No obstante, considera que la reparación no es, ni podría llegar a ser, un fin de la pena. El fin de la pena solo consiste en evitar preventivamente el delito. Empero, si se integra la reparación en el sistema de sanciones, se darían dos posibilidades: o bien la consecuente reparación no tiene efecto alguno preventivo o hasta estimula la perpetración del delito, o bien la reparación es un instrumento de utilidad preventiva para el Derecho Penal, entonces ella es un factor que tiene efecto preventivo especial o general, o en ambas direcciones<sup>67</sup>.

Para Roxin, la **prevención general positiva** sería el punto de enlace. De la misma deriva la **prevención integrativa**, que estaría orientada al "efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación con el quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor"<sup>68</sup>.

En la prevención general positiva se incluyen tres consecuencias: el efecto motivador pedagógico-social del aprendizaje, que debe provocar la ejercitación en la fidelidad al Derecho; el efecto de confianza, que se logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se realiza; y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece

<sup>57</sup> En los cuales no se ha producido un daño cierto y determinado, por lo que en estos casos la acción civil resarcitoria no podría prosperar. Cf. Rivero, ¿Penalización..., p. 124.

<sup>58</sup> En esta última, ya que el aspecto central de la determinación de su ilicitud lo constituye el disvalor de la acción, siendo que el resultado no llega a realizarse plenamente. Ello hace evidente la dificultad de conciliar tales fenómenos con institutos como la reparación integral del daño, en los cuales se toma en cuenta el daño producido, es decir, el disvalor del resultado.

<sup>59</sup> Hirsch, La reparación..., p. 59. Esta desigualdad, afirma este autor: "...sería tanto más grave porque conforma una contradicción valorativa importante, si en los casos de delitos sin víctima se continuara castigando como hasta ahora, mientras que, en los delitos que tienen una víctima se pudiera considerar a la pena como prescindible", p. 59. Esta objeción se vería parcialmente atenuada en nuestro medio con la participación del M.P. en la aceptación de la reparación del daño social causado, o en la conciliación entre imputado y Procuraduría o asociaciones intermedias (que protejan intereses colectivos o difusos).

<sup>60</sup> Cf. Navarro, Conciliación..., p. 120.

<sup>61</sup> Véase Larrauri, La reparación, p. 181.

<sup>62</sup> En cuanto a la reparación como una sanción penal independiente o autónoma, v. Dönkel, La víctima..., p. 81; Larrauri, La reparación.

<sup>63</sup> Larrauri, La reparación, pp. 174-175.

<sup>64</sup> Roxin, La reparación..., p. 143.

<sup>65</sup> Ib., pp. 143-144.

<sup>66</sup> Ib., p. 145.

<sup>67</sup> Ib., p. 146.

<sup>68</sup> Hirsch, La reparación, pp. 62-63; v. asimismo: Hirsch, Acerca de la posición, pp. 108-109.

cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua con respecto a la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor<sup>69</sup>.

Para Roxin, lo adecuado es limitar el concepto de prevención integrativa al efecto de satisfacción de la sanción descrito<sup>70</sup>, residiendo aquí la base de sustanciación para el significado preventivo general de la reparación<sup>71</sup>.

Incluso, desde el punto de vista preventivo especial se puede pregonar efectos positivos de la reparación: por intermedio de la obligación de reparar, el autor es provocado a entenderse con los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que correspondería si la víctima permanece, en más o en menos, abstracta y anónima. Eso puede poner en acto una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Más allá, la reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor —de otra manera que, por ejemplo, la pena privativa de libertad—, espontáneamente, como plena de sentido y justa; ella puede, entonces, conducir al reconocimiento del derecho. Luego, la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente.

**En conclusión, a criterio de Roxin, la reparación es, una prestación autónoma (sanción autónoma, en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales, perteneciendo la reparación al Derecho Civil, en tanto asume la función de compensar el daño) que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla<sup>72</sup>.**

Para Roxin, sin embargo, lo anterior no significa privatizar el Derecho Penal. Por el contrario, afirma

que se da en parte una aproximación del Derecho Penal y el Civil, pero no acepta que se torne borrosa la frontera por el hecho de que mecanismos jurídico-civiles sean utilizados por el Derecho Penal. Pese a lo anterior, dicho autor sí admite, que la fosa entre ambas ramas del Derecho se traspasa en la medida en que el Derecho Penal se sirve también, entre otros, de efectos preventivos jurídico-civiles, así como a la inversa, el Derecho Civil, según el nuevo desarrollo, torna fructíferos, sin hesitación, efectos penales. Esto no representa una inversión de la marcha del desarrollo histórico, sino un ensamblamiento de ambas ramas del Derecho, que se corresponde con su función común de solucionar conflictos sociales de manera cuidadosa y pacificadora<sup>73</sup>.

Quedaría, sin embargo, un ámbito muy amplio de aplicación para la pena de prisión y la de multa, pues en todos los casos de delitos más graves, no es posible reconstruir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación, de manera que ella solo podría provocar efectos atenuantes de la pena; también subsistiría en el caso de autores reincidentes, la necesidad de provocar efectos preventivo-especiales adicionales<sup>74</sup>.

Hirsch —desde otra perspectiva— niega el carácter de pena a la reparación pues "Pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas"<sup>75</sup>.

Para Hirsch, la imposibilidad de sostener un modelo que parta de una sanción penal independiente no quiere decir que la REPARACIÓN carezca absolutamente de relevancia penal. Qué importancia puede reclamar ella dentro del Derecho Penal en un papel dependiente y con su carácter civil inalterado. En un modelo semejante, la reparación se incorpora al Derecho Penal, de tal modo que el autor documenta a través de ella su motivación de conversión (arrepentimiento) o su esfuerzo así orientado.

<sup>69</sup> Roxin, La reparación..., p. 149.

<sup>70</sup> La Prevención Integrativa equivaldría a la recomposición de la paz jurídica alterada por el delito. Cf. Roxin, La reparación, pp. 148-149.

<sup>71</sup> Ibidem. Roxin manifiesta que hoy es dable verificar el efecto de prevención integrativa de la reparación, también empíricamente. Sessar informa acerca de encuestas japonesas y estadounidenses, de las cuales se puede extraer la conclusión de que la población, en los casos de delitos de menos importancia, se inclina por completo a aceptar la reparación como única sanción. Roxin, La reparación, p.151.

<sup>72</sup> Roxin, La reparación, p. 154. Para Hirsch, dicha posición no es válida, ya que la reparación pertenece al Derecho Civil y la pena, al Derecho Penal. Los fines de la pena se refieren a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal, por lo que, según su criterio, Roxin parte de un punto de vista incorrecto, el de la prevención integrativa del Derecho Penal. Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., pp. 106-107. "Los fines de la pena o los fines del Derecho Penal se refieren, entonces, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específica jurídico-penal: se trata de instrumentos que operan sobre el autor. Constituye, en cambio, algo diferente, extraño a estos fines, el hecho de que la víctima obtenga el resarcimiento. De allí que no es por casualidad que Kaufmann no se refiera, tan siquiera una sola vez, a la cuestión de una tal "tercera vía". Hirsch, Acerca de la posición..., p. 110.

<sup>73</sup> Roxin, La reparación, pp. 154-155.

<sup>74</sup> Ib., p. 156.

<sup>75</sup> Larrauri, La reparación, p. 175.

y gana, de esta forma, un privilegio en relación con la pena que en sí hubiera merecido<sup>76</sup>. La suspensión de la pena a prueba en relación con la reparación, v. gr. el esfuerzo, constituye un ejemplo de ello.

Por eso, Hirsch propugna un modelo que parta de una función dependiente de la reparación. Por ejemplo, si el autor ha efectivizado la reparación antes de la condena, debe ser tomado en cuenta para la determinación de la pena, o para efectos de la suspensión de la pena a prueba, no tocando la reparación la existencia de una pretensión punitiva<sup>77</sup>.

Desde otra perspectiva, para Larrauri, existe una diferencia clara de contenido entre la pena y la reparación: por un lado, la reparación del daño material y eventualmente moral causado por el autor, tiene que ver con el derecho del resarcimiento del daño, constitutivo de la parte civil del hecho; por otro lado, la pena consiste en el añadido de un mal ulterior<sup>78</sup>, pero a diferencia de Roxin, dicha autora entiende que la reparación no puede cumplir los fines de la pena, el fin de pacificación es global de todo el ordenamiento jurídico y el Derecho Penal se caracteriza por coadyuvar al mismo con un instrumento propio: la pena.

Los fines de la pena o fines del Derecho Penal se refieren, por tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza *específicamente* penal: se trata de un instrumento de actuación sobre el autor. "Que la víctima obtenga resarcimiento constituye por el contrario un "aliud" que está fuera de esos fines"<sup>79</sup>. La pena tiene atribuidas funciones preventivas, de defensa de las futuras víctimas, de los intereses colectivos y del ordenamiento jurídico. Por ello, la reparación no es un instrumento pacificador propio del Derecho Penal, sino un "aliud" extraño a los propios fines de la pena. Lo anterior a pesar de que esta autora se manifiesta partidaria de que la reparación produzca efectos en la medición de la pena, en especial en la suspensión condicional de la pena y en la amonestación con reserva de pena<sup>80</sup>.

Otras diferencias que se han señalado entre la pena y la reparación, son grosso modo, las siguientes:

- a- El criterio de graduación de la reparación es la entidad del daño y no la reprochabilidad del comportamiento. Ello supone entonces que en ausencia de daño (por ejemplo, en los casos de tentativa o ausencia de víctima individualizable) no procede la reparación.
- b- La reparación persigue compensar al particular y la pena prevenir la realización de futuros delitos. De ello se deriva que una pretende el resarcimiento de intereses privados, en tanto que la pena persigue la protección de intereses públicos.
- c- La reparación no es personalísima. Es transmisible a los herederos y al asegurable.
- d- La reparación está sujeta al principio de rogación o instancia de parte. Es, por tanto, renunciable por las partes y está sometida a requisitos procesales distintos<sup>81</sup>.
- e- Un aspecto importante a determinar es si la reparación del daño tiene carácter civil o carácter penal, inclinándose un sector de la doctrina por considerar que la misma tiene un carácter eminentemente civil<sup>82</sup>.

## 6- La suspensión del proceso a prueba<sup>83</sup>

Antes que nada, debemos advertir que la suspensión del proceso a prueba, consagrada en los artículos 25 a 29 del C.P.P., no es un instituto que permita afirmar que con el mismo se abren las puertas a la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, a pesar de que el mismo incluye la posibilidad de utilizar institutos como la reparación del daño o la conciliación, como más adelante veremos, que sí tienen un marcado carácter ius privatista.

<sup>76</sup> Hirsch, La reparación, pp. 68-69

<sup>77</sup> Hirsch, Acerca de la posición..., p. 112.

<sup>78</sup> Larrauri, La reparación, p. 175.

<sup>79</sup> Larrauri, La reparación, p. 176.

<sup>80</sup> Larrauri, La reparación, p. 176.

<sup>81</sup> Véase Larrauri, La reparación, p. 177.

<sup>82</sup> Cf. Hirsch, La reparación..., p. 60 y ss.

<sup>83</sup> Sobre este Instituto se puede consultar, a grandes rasgos —sin pretender agotar la lista—, entre otros a: Olazabal, Suspensión...; Cafferata, Temas..., p. 29 y ss.; García, La suspensión...; Houed, La suspensión; Vitale, Suspensión...

La suspensión del proceso a prueba se ha considerado como una anticipación del instituto de la condena de ejecución condicional, prevista en los artículos 59 a 63 del Código Penal.

Para una parte de la doctrina puede llegar a constituirse en el mecanismo más efectivo para solucionar el conflicto. Consiste, como es de todos sabido, en el otorgamiento por parte del tribunal de un plazo al imputado, durante el cual se suspende el proceso bajo el cumplimiento de ciertas condiciones por el imputado. Una de esas condiciones puede consistir en la reparación del daño, en la medida de lo posible, o simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado. Una vez vencido el plazo, el cual se puede prorrogar, si el imputado ha cumplido las condiciones satisfactoriamente, se dicta el sobreseimiento a su favor, decretándose la extinción de la acción penal, en caso contrario, o en caso de que el imputado cometa un nuevo delito, la persecución penal continúa<sup>84</sup>.

Requisito para la procedencia de este instituto es que el imputado presente al Juez un plan de reparación del daño causado por el delito, el cual podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

La reparación prevista en la suspensión del proceso a prueba se diferencia de la reparación integral del daño, contemplada en el artículo 30, inciso j), en el hecho de que en esta última es necesario que la víctima acepte la reparación; no siendo viable dictar un sobreseimiento decretando la extinción de la acción penal sin el asentimiento de la víctima; en cambio, en la suspensión del proceso a prueba, únicamente se le da audiencia a la víctima *de domicilio conocido*, por lo que si se desconoce el mismo, no se requiere darle audiencia; por otro lado, la normativa no establece como requisito sine qua non para que proceda la suspensión, la aceptación por parte de la víctima del plan propuesto por el

imputado<sup>85</sup>; asimismo, la reparación prevista en la suspensión del proceso a prueba es mucho más amplia, permitiendo que la misma se produzca en la medida de las posibilidades del imputado, superándose así las críticas dirigidas contra la reparación integral en el sentido de que esta es contraria al principio de igualdad entre ricos y pobres<sup>86</sup>.

Por último, en cuanto a este instituto en particular, se afirma que sí puede cumplir funciones de prevención especial<sup>87</sup>.

#### 7- Querellante en delitos de acción pública. La acción popular

Nuestro Código Procesal Penal consagra la posibilidad de que la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, puedan provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio. (Arts. 75-80 del C.P.P.).

Se contempla también, novedosamente en nuestro medio, una "acción popular" consistente en la posibilidad de que cualquier persona tenga el mismo derecho contemplado en el párrafo anterior, contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos, cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que hayan abusado de su cargo, así como contra quienes cometan delitos que lesionen intereses difusos. (Art. 75, párrafo segundo del C.P.P.).

La víctima puede constituirse en querellante tanto tratándose de delitos de acción pública como de delitos de acción pública perseguibles a instancia privada.

De constituirse la víctima en querellante, se pueden dar las siguientes posibilidades:

<sup>84</sup> Véase Maier, La víctima..., p. 231; El ingreso..., p. 51.

<sup>85</sup> Cf. Llobet, Proceso..., p. 183. Otro aspecto importante que marca una diferencia entre ambos institutos, es que en la suspensión del proceso a prueba, contrario a lo que sucede en la reparación, la víctima puede acudir a la vía civil a plantear sus pretensiones.

<sup>86</sup> Llobet, Proceso..., pp. 179-180.

<sup>87</sup> García, La suspensión del procedimiento..., p. 19. Se considera que la amenaza de la imposición de la pena en caso de incumplimiento de las condiciones, tendrá el mismo efecto de la prevención especial, privilegiando el fin resocializador de la pena. El posible dictado de la sentencia condenatoria serviría como un freno a la tentación de la reincidencia. La prevención especial no será efecto de la amenaza de la realización del juicio, sino que provendrá de la eventual imposición de la pena que podría derivarse de la sentencia que en ese juicio recalga. V. así: Cafferata, Temas..., pp. 35, 38.

### 1- El querellante conjunto adhesivo<sup>88</sup>

En este caso la víctima actúa al lado del M.P., colaborando y controlando la persecución penal oficial. Así, el querellante se adhiere a la acusación del M.P., estando facultado para señalar, por ejemplo sus vicios, para que los mismos sean corregidos, objetar la acusación cuando no incluya a algún imputado o cuando omite alguna circunstancia, para que la misma sea ampliada.

Evidentemente, con esta posibilidad no se estaría dando la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, ya que la víctima actuaría al lado del M.P.

### 2- Querellante conjunto autónomo

En este caso, el querellante actúa con independencia de los requerimientos y solicitudes formuladas por el representante del M.P., ejerciendo de esta forma derechos autónomos.

Supone plena autonomía de actuación, no solo formal sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva estatal, ejercida también por él, sin límite alguno.

En este supuesto, tampoco podríamos afirmar que se da la privatización del Derecho Penal ni del Procesal Penal.

### 3- Querellante exclusivo<sup>89</sup>

La víctima, constituida en querellante, se configura en forma exclusiva en aquellos supuestos en los que el M.P. decide dejar de ejercer la acción penal pública en el proceso penal o se le impide su prosecución (por

ejemplo, por la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad (art. 22 del C.P.P.), con excepción de lo contemplado en el inciso b), párrafo segundo de dicho artículo; la solicitud de desestimación (art. 282 del C.P.P.); la solicitud del dictado de un sobreseimiento (art. 311), en relación con los artículos 300 y 312, párrafo segundo del C.P.P., etc.; asimismo, cuando se le impide continuar con el ejercicio de la acción penal por haber incumplido el plazo para la conclusión de la investigación penal preparatoria (art. 172, párrafo segundo, *ibidem*).

En estos casos, si el M.P. no decide intervenir, se debe seguir aplicando el procedimiento para los delitos de acción privada, tal y como se establece en el artículo 20 del C.P.P., en cuanto a la conversión de la acción pública en privada.

Esta figura no ha escapado de críticas ya que: "...permitir...plena autonomía a la acusación privada, significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por tanto, la decisión legislativa —presupuesta como tomada de antemano por el legislador— de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y solo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el Ministerio Público...mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que crea un doble acusador, más aún cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad, y mantener de precario equilibrio procesal logrado, a duras penas, entre la persecución penal pública y la defensa del imputado (sic)..."<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Sobre el funcionamiento de esta institución en Alemania, Cf. Eser, *Acercas...*, p. 24 y ss. Hirsch afirma que esta autorización o facultad es problemática, ya que por intermedio de esta se logran introducir momentos dentro del proceso penal, que contradicen concepciones penales modernas, en especial, motivos de venganza y disputas emocionales, también las posibles demoras que puede sufrir el procedimiento por el derecho de ofrecer prueba de la víctima, así como que el ofendido, representado por un abogado; ante tal panorama el imputado aunque tenga un defensor, vería enfrentarse a él un poder superior en cantidad de juristas, que se dirigen contra él. Este poder se ampliaría, en tanto intervinieran varios ofendidos. Hirsch, *Acercas de la posición...*, p. 118.

<sup>89</sup> A criterio de Hirsch, *Acercas de la posición...*, p. 101, "...tampoco podría ser considerado un modelo que erigiría de nuevo al ofendido en portador de la pretensión punitiva y que, consecuentemente, le transmitiría la facultad exclusiva de ejercer la acción. Puesto que ello significaría un regreso al pasado histórico lejano". Interesante es que Florián, *Elementos...*, p. 186, considera que el permitir el concurso de la parte lesionada en forma de acusación privada principal o subsidiaria (tratándose de delitos perseguibles de oficio si el fiscal no actúa o se aparta de la acción), se puede considerar como un residuo de la antigua concepción privatística del proceso penal.

<sup>90</sup> Maier, *La víctima...*, pp. 236-237. Es interesante un comentario que hace Maier al respecto y que creemos es aplicable a nuestro entorno en el sentido de que si la víctima se halla en condiciones de ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna del M.P., delegarle el ejercicio de la acción penal pública —tal y como ocurre en nuestro medio— bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del M.P., incluso prestando las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización. "Esta forma de colaboración si significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal". *Ib.*, p. 237. El control de la víctima lo es para evitar inquietudes o arbitrariedades en el ejercicio del poder de perseguir penalmente y para sujetar al acusador privado, en lo posible y recomendable, a la legalidad y a la objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedaría así ligada accidentalmente a la organización del M.P. y por tanto...vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función". Si la víctima no desea cumplir una instrucción o el M.P. estima que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir, debe permitir que cada uno retorne a su papel originario. *Ib.*, p. 238.

A diferencia de los dos supuestos anteriores, en este caso sí se abren las puertas de la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal, ya que se permite la posibilidad de que el querellante y el imputado se pongan de acuerdo en cuanto a la terminación del proceso penal y el querellante desista expresa o tácitamente de su instancia.

#### 4- La acción civil resarcitoria

Por último, tenemos la posibilidad de que el damnificado (concepto más amplio que el de víctima, que lo incluye) se constituya en actor civil, lo cual se encuentra contemplado en los artículos 37 a 41 y 111 a 118 del C.P.P. De constituirse la víctima en actor civil, se incorpora la cuestión civil (de carácter netamente privado) al procedimiento penal, buscando el actor civil la reparación del daño y la indemnización de los eventuales perjuicios, causados por el delito, según las reglas del Derecho Civil. Sin embargo, en este caso, el actor civil por sí mismo *æsin* que reúna también el carácter de víctima o querellante *æ* no tendría poderes de disposición en cuanto al objeto del proceso penal como tal. En razón de lo anterior, no es dable afirmar que con este instituto se produce la privatización del Derecho Penal y Procesal Penal.

### SECCIÓN III: BENEFICIOS Y OBJECIONES DERIVADOS DE LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

A continuación, se procederá a realizar un análisis global de los beneficios y de las objeciones que se formulan ante la privatización parcial del Derecho Penal y Procesal Penal, pretendiendo de este modo englobar dentro de este análisis, las repercusiones que producen los institutos antes mencionados, no sin antes reconocer que el análisis siguiente no está exento de errores ni de críticas, ya que muchos de los beneficios y objeciones que de seguido se comentan, se refieren muchas veces a un instituto en particular, no siendo admisible extender los beneficios o las críticas del mismo al resto de los institutos.

#### A- BENEFICIOS

Se afirma que la introducción de estos institutos en el proceso penal, trae consigo una serie de beneficios, ubicándose dentro de ellos, los siguientes:

- El conflicto social base del hecho punible, nunca puede pretender hallársele una solución integral, si el interés de la víctima no es tomado en cuenta. En ese sentido, solo con la participación de los protagonistas —imputado y ofendido como hipotéticos protagonistas principales— es posible —racionalmente— buscarle una solución al conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible. Una mayor participación de la víctima en el proceso penal concede a la misma, un papel central en la solución pacífica de los conflictos.
- La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto de la burocratización de los órganos de persecución penal (órganos estatales), sacar el caso de la rutina y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad<sup>91</sup>. Es decir, el ofendido realiza desde esta perspectiva funciones de *contrapeso* y *control externo* del Ministerio Público, de la policía y del aparato judicial en su conjunto. Se afirma dentro de esto que solo la víctima que se muestra activa y participa en el proceso penal puede conseguir la efectiva protección de sus bienes jurídicos<sup>92</sup>.
- Podrían lograr disuadir al ofensor de cometer más delitos (al escuchar y comprender los costos de sus acciones), además de que se podría apartar al mismo de los efectos dañinos de la prisión<sup>93</sup>.
- En ese mismo sentido, se afirma que la reparación a la víctima ejerce un beneficioso efecto preventivo especial sobre el autor del delito, que de esta forma entiende mejor el alcance de su comportamiento<sup>94</sup>.
- Las ventajas de estos institutos radican en que suponen una finalización anticipada del proceso penal o su evitación, reduciéndose de esta forma sensiblemente el número de causas criminales, descargando así a la Administración de Justicia Penal<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Maier, La víctima..., p. 221.

<sup>92</sup> Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176.

<sup>93</sup> Moreno Hernández, Política Criminal..., p. 365.

<sup>94</sup> Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., pp. 628-629.

<sup>95</sup> Querall, Víctimas..., p. 149.

- La víctima encuentra una solución al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular, con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto el daño que el delito le ha causado. (Evitación de lo que se ha dado en llamar la "victimización secundaria")<sup>96</sup>.
- La incorporación de estos institutos al proceso penal permite: a) mantener que el comportamiento es grave; b) activar el proceso penal en casos en que el proceso civil sea imposible<sup>97</sup>; c) someter a la persona a un proceso penal y a una declaración de culpabilidad, lo que cumple además con la función individual de percibir el carácter punitivo de la respuesta<sup>98</sup>.
- En términos psicológicos, estas medidas —se afirma— tienen una fuerte carga psicológica, ya que buscan, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima<sup>99</sup>.

## B- OBJECIONES

### 1- La privatización del sistema penal. ¿Afectará el delito a toda la sociedad?

Volviendo al tema en que incursionamos infra, en cuanto a la interrogante de si el delito afecta a toda la sociedad, se discute en doctrina el carácter ontológico de las diferencias existentes entre el Derecho Penal y el Civil, cuestionándose por parte de la doctrina, los criterios de distinción (intereses públicos vs. privados), la magnitud del injusto (igual o aumentado), los fines (compensar o prevenir), la vigencia del principio de

culpabilidad (daño vs. culpa), la legitimación procesal (perjudicados o colectivos) y la naturaleza cambiante por la que se clasifican determinados actos ilícitos o delitos.

De nuevo volvemos aquí a la discusión de si en todo delito existe un interés público, o dependerá ello de factores como el bien jurídico afectado, la forma de comisión, relación entre autor y víctima, etc. Asimismo, en el supuesto de que existiera un interés público, la doctrina se pregunta si el mismo siempre será preeminente respecto del interés de la propia víctima. La discusión de la primera pregunta permite retar la asunción de que en todo delito, a diferencia de otros ilícitos, se ve afectado el interés público. La segunda cuestión plantea cómo adaptar el sistema penal al hecho, mostrado por diversas investigaciones victimológicas que en determinados delitos la víctima prefiere la reparación a la imposición de una pena privativa de libertad, que precisamente dificulta la reparación<sup>100</sup>.

- Surge así la objeción de una *PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL y PROCESAL PENAL*<sup>101</sup>, con lo que se afirma se produce una burla del sistema penal. "...no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho Penal Privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución...si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado, ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más...De esta suerte, al tratarse solo de intereses particulares, la jurisdicción civil, que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo —sic— estos

<sup>96</sup> Así: Queralt, *Victimas...*, p. 149.

<sup>97</sup> Valga la pena aquí resaltar un comentario de Llobet, *Proceso...*, p. 232 y ss., en el cual menciona el problema de la *lentitud y duración del proceso civil costarricense*, lo que ha provocado que se prefiera la vía penal en lugar de la civil por parte de los sujetos que han sufrido un daño, además de que existe un interés por parte del legislador en la protección de las personas que sufren daños a través del Derecho Penal y no del Civil. "En síntesis la legislación procesal civil provoca por un lado la extensión del poder punitivo fomentando la creación de nuevas conductas delictivas y por otro lado impide la descriminalización de conductas que podrían recibir una respuesta diferente a la penal, haciendo que no tenga aplicación el principio del carácter fragmentario del Derecho Penal y el de este como *ultima ratio*... La mejor reforma al Derecho Penal y Procesal Penal costarricense sería la reforma al Proceso Civil". *Ib.*, pp. 233-234.

"La composición entre las partes plantea serios problemas no solo en relación a cómo equilibrar la posición de ellas, sino, especialmente, con relación a cómo evitar la utilización del Derecho Penal para obtener resultados "civiles" mediante la coacción propia del proceso penal." Ziffer, *Lineamientos...*, p. 169.

<sup>98</sup> Larrauri, *La reparación*, p. 180.

<sup>99</sup> Así: Queralt, *Victimas...*, p. 150.

<sup>100</sup> Larrauri, *La reparación*, p. 192.

<sup>101</sup> Con este tema se relacionan otros tópicos como lo son el de la policía privada, la mercantilización de la seguridad, las cárceles privadas, la gestión de las prisiones, la contratación de personal y de servicios especializados internos de la prisión (como el de cocina, educativos, o médicos), la comercialización del trabajo de los presos y, en general, la privatización de la ejecución penal, etc., los cuales en razón de la extensión de este ensayo, no serán aquí tratados. Cfr. sobre ello: Gilménez, *La conciliación...*, p. 91; Matthews, *Reflexiones...*, p. 101 y ss.; Larrauri, *Introducción al debate...*, p. 225 y ss.

descuentos interpersonales. De nuevo, la llamada al principio de intervención mínima, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal<sup>102</sup>.

- La distinción entre sanción y reparación civil, obedece a la necesidad de perfilar y cumplir, de manera más eficiente, dos funciones diversas: la represión y la reparación del daño. El riesgo está en que al no poder cumplir el Derecho Civil los nuevos cometidos que se le asignan, se llegue a la conclusión de que las restantes ramas del ordenamiento jurídico son ineficaces, por lo que se requiere un aumento de la represión en la sociedad<sup>103</sup>. La otra posibilidad es que le atribuyan al Derecho Penal, funciones civiles (v. gr. solución del conflicto original), con lo cual se civiliza el Derecho Penal. El fracaso del Derecho Penal en cuanto a este cometido conduciría también a un aumento de la represión.
- Los presupuestos para que se declare con lugar la acción civil son distintos e independientes de los que determinan la existencia de un delito, de tal forma que puede no existir condenatoria penal y subsistir la posibilidad de una condena civil; asimismo, la condena penal no conduce necesariamente a la civil. Así: lo que es lícito —permitido— para el Derecho Penal puede ser ilícito para el Civil (v. gr. en las causas de justificación). Se daría así una contradicción a lo interno del sistema penal<sup>104</sup>.
- **Se afirma asimismo que, con la incorporación de estos institutos se produce una peligrosa confusión entre los contenidos de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, que difieren en su contenido y alcance**<sup>105</sup>.
- Desde esa perspectiva, se considera que el deber de reparación no es necesariamente un efecto jurídico del delito, por el contrario, el efecto jurídico del delito es siempre la sanción que puede ser una pena o una medida de seguridad. El deber de reparación más bien, es la consecuencia de la producción de un daño<sup>106</sup>.
- La reparación a la víctima del delito se asienta en un punto de partida que como mínimo es dudoso: el de que el Derecho Penal debe destinarse a "resolver el problema" de la víctima, ya que el Derecho Penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. La pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos (PREVENCIÓN GENERAL) y, en definitiva, constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos<sup>107</sup>.
- La responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados (autor y víctima), cuestión distinta es que de la responsabilidad penal se deriven obligaciones civiles (la responsabilidad civil)<sup>108</sup>.
- Existen casos en los cuales los daños y los perjuicios están fuera de proporción en relación con el contenido del injusto penal relevante del hecho. Así, una leve imprudencia puede producir grandes daños patrimoniales. Amenaza, así, una suerte de responsabilidad por el resultado, cuando se orienta la consideración penal de la reparación según la extensión total del daño en el Derecho Civil. "Por razones de justicia, debe ser suficiente una reparación parcial (un esfuerzo orientado a ese fin), que se encuentre en relación con la valoración penal del hecho"<sup>109</sup>. **Desde esta perspectiva, también**

<sup>102</sup> Queralt, Víctimas..., p. 153.

<sup>103</sup> Rivero, Penalización del Derecho Civil..., p. 106.

<sup>104</sup> Véase Rivero, ¿Penalización..., p. 113 y ss.

<sup>105</sup> Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629.

<sup>106</sup> Rivero, ¿Penalización..., p. 104. Este autor se cuestiona un aspecto que consideramos importante mencionar y es el relativo al problema de la naturaleza de la reparación en sede penal. ¿Debe esta regirse según criterios estrictamente civilistas?, o por el contrario regirse por exigencias del Derecho Penal? La última tesis se vería apoyada con conceptos tales como el de reparación simbólica, corriéndose el riesgo de crear una entidad de dudosa entidad epistemológica. La otra posibilidad, que el concepto de reparación lo suministre el Derecho Civil, impondría que la misma fuera vista como reparación "integral": pago de una suma de dinero o reparación en especie, atenta contra el principio constitucional de igualdad, estableciendo evidentes discriminaciones. *ib.*, pp. 104-105.

<sup>107</sup> Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629. Obsérvese, sin embargo, que en esta objeción se parte de la reparación como una pena aplicable al imputado y no como una causal de extinción de la acción penal como sucede en nuestro medio. Al no ser en C.R. —por lo menos directamente— la reparación integral, ni la conciliación, penas en el sentido tradicional de la palabra, no procedería por lo menos —teóricamente— realizarles objeciones en cuanto a los fines de la pena: prevención general o especial.

<sup>108</sup> Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 629. Se afirma así que la reparación es un derecho de la víctima, pero que esta no debe perseguirse en el proceso penal y que no debe implicar una renuncia a la pena.

<sup>109</sup> Hirsch, La reparación..., p. 83.

tenemos que se produce una confusión a lo interno del sistema, ya que el Derecho Penal toma en cuenta modernamente tanto el disvalor del acto como el disvalor del resultado<sup>110</sup>, siendo que la reparación, se apoyaría fundamentalmente en el disvalor del resultado.

- El renacimiento de la víctima en el proceso penal puede fácilmente conducir a un renacimiento de la pena privada, "...y retrotraer con ello el desarrollo de la historia del Derecho Penal nuevamente a las penas de enmiendas del Derecho germano, y —guiado por la esperanza de que las soluciones privadas a los conflictos jurídicos podrían restablecer la paz jurídica mejor que las estatales— relativizar, de nuevo, claramente, el papel del Estado en el Derecho Penal"<sup>111</sup>.
- Se cuestiona si una composición autor-víctima realmente trae algún beneficio a la misma, dado que el imputado en todo caso siempre está obligado civilmente a la restitución en razón del hecho<sup>112</sup>. "Para enfrentar al autor con la víctima y para lograr la motivación a reparar, que de allí se espera, no es necesario procedimiento especial alguno. La víctima también cae fácilmente en una situación difícil en un procedimiento previo de conciliación. En el marco de una composición autor-víctima solo puede hacer concesiones quien puede ofrecer algo. En el caso de los autores, generalmente es poco. Si se tiene presente a los delitos que entran en consideración, en especial a los casos de hurto, se demuestra que a menudo el autor carece de recursos. Prácticamente, las cosas terminan en que la víctima, en el procedimiento conciliatorio, sería presionada por el presidente de la audiencia a hacer concesiones en sus pretensiones indemnizatorias. Esto significa que al final obtendría menos de aquello que dispone el Derecho vigente. La presión psíquica sobre la víctima sería considerable, porque dependería de su disposición a las concesiones, que se realice un proceso penal. Mirando detalladamente, en el procedimiento conciliatorio previo se trata, sobre todo, de ventajas para el autor y muchísimas menos para la víctima"<sup>113</sup>.
- Con la privatización del sistema penal, vemos pues, se objeta que la víctima puede llegar a tener un excesivo poder (el delincuente queda en sus manos; existen "víctimas profesionales") o bien una ausencia de poder (se le somete a presión; se concede prioridad a las necesidades del infractor)<sup>114</sup>.
- Asimismo, se advierte la existencia de un problema en relación con el tratamiento penal igualitario para delitos con víctima individual (que admiten reparación) y de aquellos sin víctima. El grupo de trabajo del Proyecto Alternativo Alemán propone solucionar esto reconociendo prestaciones de reparación social (simbólicas) para los delitos carentes de víctimas<sup>115</sup>. En igual sentido, Roxin afirma que tratándose de delitos contra la generalidad, el trabajo de bien común puede ser aceptado como prestación reparatoria<sup>116</sup>.
- Se cuestiona también que la introducción de estos institutos presenta el PELIGRO de privilegiar a los autores financieramente fuertes, por ejemplo, en el ámbito de los delitos económicos<sup>117</sup>. En esto es importante acotar lo siguiente: "...que no se limite la consideración exclusivamente a la reparación lograda, sino que también abarque el *esfuerzo* por cumplir (o, con igual significado, el obrar *en la medida de sus posibilidades*). He aquí una proposición que, al menos parcialmente, capta el peligro de una "justicia de clases"<sup>118</sup>. Esto es refutado por Roxin, ya

<sup>110</sup> Cf. Maurach, Derecho Penal..., T. I, pp. 272, 274. Sin embargo, en la tentativa, el aspecto central de la determinación de la ilicitud se traslada a la acción, ya que el resultado no ha llegado a realizarse plenamente. *Ib.*, p. 274.

<sup>111</sup> Eser, *Acerca...*, p. 51.

<sup>112</sup> Sin embargo, en la acción civil si se paga no se obtiene ninguna ventaja, con la reparación o la conciliación si, entonces si habría una diferencia de grado importantísima.

<sup>113</sup> Hirsch, *La reparación...*, p. 89.

<sup>114</sup> Larrauri, *La reparación*, p. 185.

<sup>115</sup> Hirsch, *La reparación del daño...*, p. 74.

<sup>116</sup> Roxin, *La reparación...*, p. 154.

<sup>117</sup> Este aspecto es resaltado por Eser, *Acerca...*, p. 88, al comentar legislación comparada (Suiza y Austria), indicando que, una crítica que se le hace al Derecho Penal austriaco es que sus disposiciones favorecen a los autores de mejor situación económica tratándose de la reparación del daño, a diferencia de Suiza donde se busca de parte del imputado un "esfuerzo económico". Asimismo: Hirsch, *La reparación del daño...*, p. 81; Gafferata, *La víctima...*, p. 291, este último considera que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y la incidencia del consenso en la persecución penal presentan el peligro de que los económicamente más fuertes, puedan imponer la reparación del daño ocasionado o escapar fácilmente a la pena mediante el sencillo procedimiento de reparar el perjuicio. Con respecto a la reparación, se pregunta Hirsch, ¿qué sucede con el imputado que solo puede pagar la reparación de los daños en cuotas? Los autores que están en condiciones financieras de pagar oportunamente, constituyen una minoría. ¿Por qué deben ser tratados los autores solventes mejor que otros? Hirsch, *La reparación*, p. 79.

<sup>118</sup> Hirsch, *La reparación del daño...*, p. 81.

que dado el caso, considera que los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados<sup>119</sup>. En casos de autores financieramente imposibilitados, de debe poder ofrecer un trabajo de bien común remunerado, cuyo producto debería, después, fluir hacia el ofendido<sup>120</sup>. **Estos autores plantean soluciones que en principio no se contemplan en nuestro C.P.P. para la reparación del daño, salvo que interpretemos como reparación "integral" las propuestas aquí mencionadas.**

- Hirsch habla del abuso del Derecho Penal para fines civiles. "...los parámetros para la realización de un procedimiento penal deben ser orientados según fines de Derecho Penal y no de Derecho Civil"<sup>121</sup>.
- El ofendido muestra generalmente una sed de venganza<sup>122</sup>. "La experiencia había demostrado que no puede ponerse en manos de la víctima y sus allegados la respuesta al agresor. Que la lógica pasión que el delito desencadena en quien lo padece tiende a instrumentalizar aquella, convirtiendo la justicia en venganza o represalia. Que la respuesta al crimen debe ser una respuesta distante, imparcial, pública, desapasionada..."<sup>123</sup> Este argumento se refuta advirtiendo que la participación del ofendido en el proceso penal no es su interés primordial, siendo su interés prioritario el obtener una reparación de los daños causados por el imputado<sup>124</sup>.
- Desde esa misma perspectiva se afirma que, la víctima fue expulsada del proceso penal por una razón: **la venganza privada o el procurarse represalias**, por ello, volver a darle facultades puede revivir las razones por las que fue expulsada. Se rebate este argumento en el sentido de que el mismo se trata de un prejuicio nunca demostrado<sup>125</sup>. "La

ansiedad por perseguir...es rara, y, según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento"<sup>126</sup>. Esta parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, "...sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución o, mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica"<sup>127</sup>.

- Con la incorporación de institutos como los arriba mencionados, se pretende obtener una igualdad de armas entre víctimas e imputados, es decir, idénticos derechos para cada uno. No debe olvidarse, sin embargo, la posición diferente de cada uno en el proceso y a lo que se ven expuestos, el imputado: a la amenaza de la imposición de una pena, así como que se le prive de su libertad durante el proceso<sup>128</sup>. Asimismo, dicha finalidad podría conducir a que los derechos del ofendido sean ampliados a costa de las garantías procesales del imputado<sup>129</sup>. "No puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre imputado y ofendido en la relación procesal penal. La faz jurídico penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado. El acusado es, por ello, aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien, en relación con ello, solo poco está en juego"<sup>130</sup>.
- Algunos se preguntan si es conveniente o correcto que la realización del procedimiento penal se haga depender, genéricamente, del arbitrio del ofendido. "Con ello se abrirán las puertas y los pórticos a la extorsión del autor"<sup>131</sup>.

<sup>119</sup> Roxin, La reparación..., p. 154.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> Hirsch, La reparación..., p. 83.

<sup>122</sup> Hirsch, La reparación del daño..., p. 86. "Motivar o fundamentar el control social a través de las víctimas, es algo enormemente peligroso...tendencia natural de la colectividad: LA VENGANZA". Giménez, La conciliación..., p. 90. Este punto, sin embargo, es refutado por algunos afirmandose que: "...a la gente le interesa poco la persecución penal y el castigo, sino que más bien busca ayuda en una situación crítica o alguna manera de conseguir alguna forma de reparación o compensación..." (Se citan algunos autores). Trenczek, ¿Hacia..., p. 26.

<sup>123</sup> Cf. Sangrador, J.L., La victimología y el sistema jurídico penal, cit. por García, El Derecho Penal y la víctima..., p. 240. En este apartado se actualizan las críticas dirigidas al querrelante exclusivo, las cuales se mencionaron infra.

<sup>124</sup> Así: Eser, Acerca..., p. 28.

<sup>125</sup> Maler, La víctima..., p. 214.

<sup>126</sup> Maler, La víctima..., p. 215.

<sup>127</sup> Maler, La víctima..., p. 221.

<sup>128</sup> Lobet, Proceso..., p. 293.

<sup>129</sup> Cf. Hirsch, Acerca de la posición..., p. 100. "No se debe tratar de ampliar las facultades del ofendido a costa de los justos derechos y garantías procesales del autor, ni de reducir el Derecho Penal a un conflicto entre autor y víctima, ni de reemplazar la pena estatal por prestaciones explotorias al ofendido, ni de tornar borrosa la diferencia entre Derecho Penal y Derecho Civil resarcitorio". Hirsch, Acerca de la posición..., p. 128.

<sup>130</sup> Ibidem.

<sup>131</sup> Hirsch, Acerca..., p. 127.

## 2- Objeciones político-criminales

- Con estos institutos se afirma que se: "Transforma el proceso penal en algo próximo al diván del psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real. Esta perturbación de la función político criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como *criminógena*. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones solo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción queda saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: *hace rentable el delito*, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general"<sup>132</sup>.
  - Asimismo, se cuestiona, desde un punto de vista político criminal que pueda hablarse de un *sometimiento voluntario* a estas medidas, como la reparación o la conciliación, cuando quien esta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni siquiera está en la misma situación que la víctima. Es obvio que de no acceder el imputado a participar en estas medidas, el proceso penal seguirá no solo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima podría acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como en un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el juez podría imponerle la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita<sup>133</sup>.
- Si se entiende que la voluntariedad de la participación en la conciliación tiene como objetivo en el pasar cuentas personalmente entre el autor y la víctima: se afirma la existencia de un claro componente moralizante. ¿Una decisión voluntaria adoptada bajo la presión del proceso penal?
- Partiendo del punto de vista de las teorías preventivas, el efecto preventivo especial se afirma, es igual a cero, si por ejemplo el ladrón tuviera que devolver solo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo tendría que restituir el status quo ante, cesaría todo riesgo; él por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que no habría fin preventivo especial de la amenaza penal<sup>134</sup>. También desde el punto de vista preventivo general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría, antes bien, una invitación a intentar alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito<sup>135</sup>.
  - Los efectos preventivos (generales) de esta forma de solucionar los conflictos como la conciliación, son muy reducidos, incluso dicho mecanismo podría convertirse en un factor que propicie la delincuencia, ya sea por parte del propio autor o bien por parte de la víctima; porque aquel vería que el problema se resuelve con gran facilidad, sobre todo si cuenta con recursos para enfrentar la conciliación; la víctima también podría propiciar la conducta delictiva dado que podría igualmente obtener ventajas con la conciliación, al ver también que de manera menos complicada son satisfechos sus intereses afectados y tal vez con creces<sup>136</sup>, sin necesidad de someterse a los mecanismos del proceso penal.

<sup>132</sup> Queralt, Víctimas..., pp. 150-151.

<sup>133</sup> Queralt, Víctimas..., p. 151. El imputado, del cual se desconoce, en términos de una sentencia penal, si es "merecedor" de una pena, se ve sometido a la propuesta compensatoria bajo la "espada de Damocles" de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo —absolución o condena— él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos. Maier, El Ingreso..., p. 47.

<sup>134</sup> Para Hirsch, los hechos delictivos no deben ser provocados por la legislación, lo que se produce con institutos como los aquí comentados. Véase Hirsch, La reparación, p. 71. *Contrarius sensus*, Bueno, La atención..., p. 117, considera que la satisfacción de la víctima favorece la reconciliación con el delincuente y con ello, los fines de reinserción social (prevención especial).

<sup>135</sup> Roxin, La reparación..., pp. 137-138. Maier, La víctima..., p. 197. Este último autor advierte que en una oportunidad escuchó de Sebastián Soler la anécdota de que un ciudadano romano, que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la Vía Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Maier, La víctima..., p. 197, cita 22. En contra de esta crítica, Trenczek, ¿Hacia una reprivatización..., p. 37, para quien "reparar" y mediatizar en el conflicto víctima-imputado parece ser una forma sensible y razonable de actualizar la valdez de las normas sociales.

<sup>136</sup> Moreno Hernández, Política criminal..., p. 365. Cabe advertir, sin embargo, con Maier que: "La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón que esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece estar avalada por ciertos estudios empíricos. Es fácil deducir que la crítica solo puede tener carácter especulativo..." Maier, La víctima..., p. 203.

- La reparación no tiene capacidad para intimidar: se realiza el delito contando con que se puede pagar o incluso más, se trasladan los gastos al consumidor. Además, supone un "regalo" al delincuente pues este ya está obligado a reparar como consecuencia de todo delito. Rebatir esta objeción nos llevaría a introducirnos en la eterna discusión de si la pena previene la realización de delitos o si por el contrario lo que previene es la "posibilidad de ser descubierto por la policía". Se rebate esto afirmando que nadie defiende una pena exclusivamente con base en consideraciones preventivas, si los mecanismos alternativos de tutela permiten conseguir unos niveles razonables de prevención ello permite plantear la posibilidad de utilizar alternativa y no concurrentemente la técnica del Derecho Civil<sup>137</sup>.

### 3- Objeciones sistémicas

- Se afirma que estos institutos, v. gr. la reparación del daño, la conciliación, etc., permiten la extinción de la acción penal, sin llegar a definir la verdad real de lo acaecido, rigiéndose estos institutos por una verdad formal o consensual entre las partes. Asimismo, se considera que el proceso de conciliación, de fallar, estaría encaminado a imponer al causante reticente a pactar, una sanción, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho<sup>138</sup>.

El proceso penal moderno nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se impusieran una vez depurada, si hubiere lugar a ello, la responsabilidad del infractor de acuerdo con un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law*<sup>139</sup>.

- Asimismo, se afirma que el principal problema que plantean los institutos reseñados, consiste en la dificultad de que mecanismos orientados a la víctima, incorporados a un derecho penal orientado contra la víctima y a favor del Estado, puedan funcionar con un grado mínimo de coordinación. Estos mecanismos no solo son opuestos a los criterios rectores que informan la justicia penal, sino que además algunos de ellos han sido propuestos por los abolicionistas, y en consecuencia, han sido pensados como alternativas a la justicia penal, para operar fuera de ella<sup>140</sup>.

Dentro de esto es dable hacerse la siguiente pregunta: ¿es posible que en un sistema tradicionalmente anclado en lo represivo como lo es el nuestro, con jueces con mentalidad inquisitiva, se transforme el mismo en un sistema conciliador?, con jueces conciliadores?<sup>141</sup>

### 4- Objeciones constitucionales y procesales

#### 1- Presunción de inocencia y derecho de abstenerse de declarar

Tratándose de institutos como la reparación del daño y la conciliación, se afirma que los mismos son violatorios de la presunción de inocencia<sup>142</sup>, ya que al sujeto se le impone una "pena" sin la previa y necesaria demostración de culpabilidad que exige el artículo 39 constitucional. Estas medidas, son, además, la consecuencia no de un proceso, sino de un modo anómalo de evitarlo. Asimismo, se afirma que el sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, por ejemplo, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente en su contra. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor<sup>143</sup>.

<sup>137</sup> Larrauri, La reparación..., p. 189.

<sup>138</sup> Queralt, Víctimas..., p. 155. Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que para efectos de la aplicación por parte del juez de medidas tales como la reparación integral del daño o la conciliación, es necesario que se haya acreditado con un grado de probabilidad razonable la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, ya que de lo contrario lo procedente sería el dictado de un sobreesimiento definitivo. (Art. 311, Incisos a), b) y c) del C.P.P.). "La aplicación de los criterios consensualistas, —acuerdos entre víctima y delincuente—, del artículo 30 del Código Procesal Penal ocurre una vez que el delito se ha configurado en todos sus elementos y una vez que el consentimiento del derecho-habiente, por no haber existido, no ha excluido la tipicidad o la antijuridicidad del hecho. Mediante estos acuerdos la voluntad de la víctima, en común acuerdo con el imputado, tiene la fuerza para extinguir la acción penal". Castillo, El consentimiento..., pp. 102-103.

<sup>139</sup> Queralt, Víctimas..., p. 155.

<sup>140</sup> Bovino, La víctima..., p. 116.

<sup>141</sup> En este sentido pareciera que lo más conveniente hubiera sido la creación de un procedimiento conciliatorio especial, al cual se hubiera podido acudir por "voluntad" de los intervinientes, procedimiento en el cual fuere necesaria la participación de un "mediador" y no de un Juez.

<sup>142</sup> Cf. Rivero, ¿Penalización..., pp. 103, 110. "De esta forma, se puede establecer un paralelismo entre el actual proceso penal y el proceso de la inquisición, que buscaba a toda costa la confesión del acusado..." Ib., p. 110.

<sup>143</sup> Queralt, Víctimas..., p. 162. Igualmente: Llobet, Conciliación..., p. 208

Estas objeciones a criterio de algunos, habría que matizarlas, ya que dentro de la conciliación por ejemplo, ya no se puede argumentar con el principio de presunción de inocencia, pues se trata de un procedimiento voluntario y que termina por acuerdos entre las partes. Su objetivo no es encontrar culpabilidades estigmatizantes como en el proceso penal ni tampoco establecer sanciones propiamente penales, sino lograr una satisfacción a la víctima a través de una respuesta del agresor *æresponsabilidadæ* y una pacificación en las relaciones víctima-agresor. Se trata pues, de un procedimiento completamente alternativo al sistema penal. Así, el problema se puede plantear ante el fracaso de la conciliación, lo cual se podría solucionar estableciendo una prohibición al juez de utilizar las declaraciones o reconocimientos prestados en la conciliación<sup>144 145</sup>.

Vemos, como en doctrina, se teme que admitir la aplicación de algunos de estos institutos sea una declaración anticipada de culpabilidad, debiendo evitarse que el juzgado pueda utilizar dicha presunción, en caso de que la conciliación fracase<sup>146</sup>.

Lo anterior se relaciona en sus efectos con lo que se ha denominado "La destrucción de la posición defensiva del autor". Si el imputado se declara conforme con la reparación o conciliación, a menudo eso será visto como una confesión. Sin embargo, si el acuerdo "expiatorio" como lo denomina Hirsch, no alcanza su realización, la posición defensiva del autor estaría debilitada considerablemente<sup>147</sup>.

No se podría eliminar de la mente del juzgador la actitud previa asumida por el imputado. En esto se presentaría un problema similar al que se presentaba otrora con la declaración de nulidades en un expediente judicial, en el cual las piezas o resoluciones anuladas quedaban constando en el expediente, con lo cual tenía

un fuerte efecto a lo interno —de la psique— del juez, el cual procuraría con mayor razón la condena del imputado.

## 2- Principio de igualdad

Tal y como antes de expuso, también se afirma que, no todos los sujetos serán tratados idénticamente, tomando en cuenta sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima<sup>148</sup>. Lo anterior trae como consecuencia que ante hechos análogos, unos sujetos podrán eludir la pena de prisión y otros no. Ante tal situación, los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, "...perpetuando la frase de Baroja: **"La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vertido"**<sup>149</sup>.

Con lo anterior, se devela un aspecto importante criticable a estos institutos y es la falta de simetría o de igualdad entre las posiciones del imputado y de la víctima. Es decir, se beneficia más a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no lo está, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. El ejercicio de un derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre riesgo de convertirse así en una carga. De esta forma, quedarían desvirtuados el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible<sup>150</sup>.

Un problema que carece de solución, al menos por el momento, emerge de **contemplar la diferente posición de poder-socioeconómico, fundamentalmente** que precede al enfrentamiento entre víctima y victimario. ...la desigualdad social, que existe en la realidad como sustrato de ampliación del Derecho Penal ...se traslada directamente, sin más, al ámbito de la administración de

<sup>144</sup> Larrauri y otro, *Victimología: presente...*, pp. 53-54. Larrauri, *La reparación*, p. 185: se alega que este principio no se vulnera desde el momento en que la persona acepta voluntariamente —voluntariedad que siempre sería relativa— dicho instituto.

<sup>145</sup> De acuerdo con Pérez Sanzberro cit. por Larrauri, *La reparación*, p. 185, cita 28: la presunción de inocencia es manifestación del derecho a la defensa, a cuyo ejercicio puede renunciarse en el juicio oral; señalando la institución de la conformidad en el proceso penal español como muestra de la posibilidad de asumir un acuerdo. "...asumir la realización de un hecho no implica que la persona no pueda alegar motivos exculpatorios o discutir el grado de responsabilidad". V. crítica a esto en: Llobet, *Conciliación...*, p. 210.

<sup>146</sup> Larrauri, *La reparación*, p. 185; Moreno Hernández, *Política criminal...*, p. 363.

<sup>147</sup> Hirsch, *Acerca...*, p. 126.

<sup>148</sup> Cf. así: Llobet, *Conciliación...*, p. 207.

<sup>149</sup> Queralt, *Victimas...*, p. 163.

<sup>150</sup> Queralt, *Victimas...*, p. 151. Igualmente: Rivero, *¿Penalización...*, pp. 103, 112.

justicia, y sobre todo, al sistema penal. Solo un sistema fundado en la solidaridad social, que conceda a quienes no pueden defenderse por sí mismos, en relativa igualdad de posiciones con su adversario, una asistencia idónea, puede pretender atenuar los efectos de la desigualdad<sup>151</sup>.

El "lado oscuro", como lo denomina Bänder, de estos institutos tiene que ver con ciertas prácticas de retiro estratégico de la función penal estatal, que no buscan el respeto de los intereses de los particulares al interés estatal, sino el dejar que las propias contradicciones de la **base social se manifiesten sin ningún tipo de control o compensación. La referencia al contexto latinoamericano es obligatoria.** La pobreza estructural de nuestros países y la existencia de sistemas económicos poco desarrollados. En un contexto de víctimas sumamente pobres, victimizadas por victimarios igualmente pobres ¿qué función cumple la privatización del proceso penal? Estamos frente a una discusión que permanece abierta. Bänder afirma al respecto que de todos modos se sostiene que el Derecho Penal y el proceso penal nunca le han dado nada bueno ni a la víctima ni al imputado pobres. Por otro lado, este autor afirma que esto significa abrir el camino hacia nuevas formas de "control social horizontal", donde grupos sociales igualmente marginados, se lanzan a una guerra sorda y continua entre sí, mientras el Estado deja este terreno libre, ya que en términos globales ese control social horizontal sirve a sus fines de control social vertical, en manos de grupos sociales muy definidos. O se produce la democratización del proceso (abandonando la idea central de la sanción penal en pos de un respeto de la redefinición privada del conflicto), o bien lleva a una retirada del poder penal del Estado, para facilitar que las grandes desigualdades de la propia base social generen nuevas formas de control<sup>152</sup>.

Así vemos. se cuestiona la viabilidad de estas medidas frente a una realidad: el delincuente insolvente. El peligro de ello es que, finalmente, se imponga un arresto sustitutorio, reinstaurando así la prisión por deudas. Ello llevaría a un sistema penal desigualitario:

"justicia de clase". Ello quizá es una consecuencia inevitable pues parte de la existencia de desigualdades sociales existentes y lo máximo que puede exigirse del Derecho Penal es que no las agudice. Asimismo, existe la preocupación del principio de igualdad, que los ricos puedan pagar para no ir a la cárcel y que los pobres no puedan pagar, determinadas ofensas, sin ser tan graves, que sean castigadas con la pena de cárcel<sup>153</sup>.

### 3- Principio jurisdiccional

Los jueces deben ejercer de forma exclusiva y excluyente la función jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado. Tratándose de estos institutos, v. gr. la reparación o la conciliación, el juez debe estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima e imputado, sea este el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal. "La reparación o la mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el ministerio fiscal deja de ejercer la acción —pues hay que suponerlo implicado en la negociación— y el juez —pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por la víctima y victimario— certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva..."<sup>154</sup>

### 4- El principio de oficialidad y de la búsqueda de la verdad real

El principio de oficialidad —clásico dentro del Derecho Procesal Penal— también resultaría seriamente afectado con la introducción de estos institutos. Asimismo, principios como el de verdad real —como ya se analizó— se verían atenuados con la aplicación de estos institutos<sup>155</sup>.

### 5- Otras objeciones

El peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho Penal

<sup>151</sup> Maier, El Ingreso..., p. 48. Para Dünkel, La víctima..., pp. 79-80: el otorgarle derechos activos de participación al ofendido no es compatible con el proceso criminal estatal entendido como un enfrentamiento entre el Estado y el imputado, "si no se quiere modificar el equilibrio orgánico entre defensa y parte acusatoria en detrimento del inculpaado".

<sup>152</sup> Bänder, Justicia penal..., pp. 69-71. Un ejemplo de la falta de protagonismo de la justicia penal se ha traducido en la aparición de policías privadas.

<sup>153</sup> Larrauri, La reparación, p. 191.

<sup>154</sup> Queralt, Víctimas..., p. 164.

<sup>155</sup> Así: Cafferata, La víctima..., p. 288. Rivero, ¿Penalización..., p. 102.

autoritario y disolver el Derecho Penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes, que "quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo"<sup>156, 157</sup>.

En esto se muestra especialmente preocupado Maier, ya que la disolución del conflicto social en uno que solo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, "...terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos en gran medida... Empero, a decir verdad, el Derecho Penal (estatal), cualesquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia a los más débiles, y hasta se ha caracterizado en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, y no casualmente, de la contrapartida de aquello que sucede en Derecho Privado: quienes acá no acceden a la administración de justicia, son "accedidos" a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia"<sup>158</sup>.

Desde esta perspectiva, los imputados seguirían siendo... los eternos perdedores.

Tales propuestas suponen que sean los propios protagonistas del conflicto los que se ocupen de resolver el problema, y ello puede suponer toda suerte de pactos y componendas en perjuicio de una de las partes del conflicto, y, por tanto, su indefensión y la pérdida de sus garantías<sup>159</sup>.

El concepto de víctima. "De la víctima en sentido tradicional, la persona, no necesariamente de Derecho

Privado, que sufre el daño directo que provoca el delito, se desprende hoy el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos)"<sup>160</sup>. Se produce la irrupción de las asociaciones intermedias, las cuales no son, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado<sup>161</sup>, sino "representantes del mismo".

La posición del imputado se ve debilitada por la incorporación de un nuevo acusador (**Querellante en delitos de acción pública**), cuando no de varios, en casos específicos. Este es, a criterio de Maier, un argumento de peso. Si sumado al Ministerio Público, quien es auxiliado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, se incluye a uno o varios acusadores, que disponen de asesoramiento jurídico, las posiciones de los intervinientes en el proceso penal pierden balance, y según ello, son necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente, la balanza<sup>162</sup>. Para Maier, el problema es real y existe, aun sin la intervención del ofendido en el proceso; sin embargo, la posible intervención del ofendido hace más grande el problema, ya existente<sup>163</sup>.

El remedio propuesto para esto es la "...unificación procesal de los litisconsortes, bajo una única representación..., para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado..."<sup>164</sup>

#### SECCIÓN IV: LA TAREA PENDIENTE: LA IMPRESCINDIBLE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

De lo expuesto supra, en torno a las diversas objeciones formuladas contra estos institutos, y de una apreciación general sobre el sistema penal, se desprende la evidente vinculación de este tema con el Derecho Penal sustantivo.

Desde esa perspectiva, consideramos que reviste una tarea prioritaria la reforma del Código Penal, en la cual

<sup>156</sup> Maier, La Víctima..., p. 198.

<sup>157</sup> Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176: "Recuérdese que la «neutralización de la víctima» y el monopolio del poder punitivo por parte del Estado, no surgieron solo para evitar la autocomposición y la venganza privada, sino también para algo tan serio e importante para una sociedad moderna como es el poder punitivo, la cara más seria del Leviatán estatal, no quede en manos de los intereses bastardos y egoístas de los más poderosos".

<sup>158</sup> Maier, La víctima..., p. 205.

<sup>159</sup> Muñoz Conde, El Derecho Penal..., p. 176.

<sup>160</sup> Maier, La víctima..., p. 213.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ib., p. 217.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> Maier, La víctima..., p. 222. "Se debe advertir que el problema, llevado al caso concreto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso". Ibidem. Para Queralt, Víctimas..., p. 152, la víctima con estos institutos no tiene nada que perder, pudiendo por el contrario reforzar su postura, "...Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre víctima y víctima".

se retomen aspectos fundamentales relacionados con estos institutos, para definir, por ejemplo, tratándose de la reparación o la conciliación, qué naturaleza jurídica tiene la misma y su relación, si es que la tienen, con los fines de la pena.

Lo anterior, debido a que la reparación puede ser teóricamente configurada como una sanción principal autónoma impuesta por el legislador; puede ser también configurada como una alternativa a las penas privativas de libertad por vía de la sustitución de estas, como también puede formar parte del contenido de las obligaciones a cumplir en la suspensión de la pena privativa de libertad y puede finalmente (en los modelos de mediación-reparación) implicar una renuncia a la imposición de cualquier otra pena; también sería importante determinar en el Código Penal si la reparación permite, a modo de excusa absolutoria, la exención de la pena, etc.<sup>165</sup>; o si por el contrario, estamos en presencia de un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado<sup>166</sup>.

Es obvio entonces, y en eso se encuentra conforme la doctrina de que, tratándose de la reparación, estamos en presencia de una problemática jurídico material, a saber, de una problemática referida al sistema de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal<sup>167</sup>.

En el sentido propugnado se manifiesta Maier al decir que, no es posible hallar soluciones integrales, coherentes y operativas si no se trabaja, a la vez, con los dos sectores jurídicos que conforman básicamente el sistema penal: el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, advirtiendo este autor que "las decisiones que se tomen en el nivel del Derecho Penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales"<sup>168</sup>, todo lo contrario a lo que ha sucedido en nuestro país.

La reforma del Código Penal también es importante, ya que muchos de los institutos aquí analizados tienen estrecha relación con el tema de la culpabilidad; en especial, con lo conocido en doctrina como: "la compensación de la culpabilidad", que extingue la culpabilidad o la reduce parcialmente.

Tradicionalmente se ha afirmado que la culpabilidad es cuantificable. Así, se asevera que existen ciertos aspectos de la conducta del autor posterior al hecho, v. gr. la reparación, que compensan la culpabilidad del mismo. Se habla así de compensación de la culpabilidad en dos sentidos: una **compensación socialmente constructiva de la culpabilidad**, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada, así v. gr. en el arrepentimiento y en la reparación; y de **compensación destructiva**, la cual tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad; estos males pueden ser jurídicos o naturales. El prototipo del primer tipo de culpabilidad estaría constituido por la pena (*poena forensis*), cuyo cumplimiento extingue la culpabilidad por compensación total. Los segundos, dan lugar a la figura de la *poena naturalis*<sup>169</sup>.

Por último, consideramos que la vía ortodoxa, tratándose de un sinnúmero de supuestos en los que proceden estos institutos, sería despenalizar o descriminalizar, para así convertir el Derecho Penal realmente en lo que debe ser: *la ultima ratio*.

## SECCIÓN V: ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo expuesto, es dable observar que estamos en presencia de una tema que pone evidentemente en juego la tradicional frontera que se ha zanjado entre el Derecho Penal y el Derecho Privado, de la mano de las dos reacciones características de cada uno de ellos: la pena y la reparación.

En ese sentido, es dable preguntarnos en torno a la racionalidad de responder al fenómeno delictivo con una u otra reacción o con ambas a la vez. Como se ha visto, la posibilidad de que el Derecho Penal y Procesal Penal utilicen los institutos típicos del Derecho Civil en el cumplimiento de sus funciones ha sido arduamente criticada, sin dejar de tener razón muchos de tales cuestionamientos. Eso nos hace pensar que probablemente lo más correcto en nuestro medio hubiera sido no haber dado un giro tan radical como el que se dio, es decir, hubiera sido más prudente realizar algunas

<sup>165</sup> Larrauri, La reparación, p. 193. V. asimismo: Righi, Dogmática..., p. 334 y ss.

<sup>166</sup> Queralt, Victimología..., p. 154.

<sup>167</sup> Hirsch, Acerca de la posición..., p. 105.

<sup>168</sup> Maier, La víctima..., p. 194.

<sup>169</sup> Baclgalupo, Principio de culpabilidad..., pp. 144 y ss.

modificaciones a nuestro sistema penal (—algunas de ellas pudiendo ser tan significativas como las actuales—), para de esta forma ir midiendo su impacto sobre la ciudadanía en general, y así poder ir valorando la conveniencia de su ampliación o limitación. Ahora bien, sabemos también que detrás de la reforma hay todo un planteamiento político, que no es objeto de este trabajo, que definitivamente marcó las pautas determinantes del proceso penal actual.

Asimismo, como es sabido, el C.P.P. de 1973, consagró modelos privados en el Derecho Penal: las acciones privadas, las cuales según mi entender fueron utilizadas solamente por personas con cierta capacidad económica. La pregunta que surge aquí es entonces ¿los nuevos institutos incorporados irán a ser también utilizados mayormente o exclusivamente por las personas que cuentan con recursos económicos suficientes? ¿Eternizará y aumentará el Derecho Penal y Procesal Penal la diferencia abismal de clases?

Por otro lado, necesitamos coincidir con Maier en el sentido de que: "...cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aún los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del Derecho Penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (Derecho Penal y Derecho Privado), los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente..."<sup>170</sup>

A pesar de las manifestaciones tan tajantes de Maier, consideramos que la introducción de dichos institutos no fue precedida de una reflexión seria y profunda en

cuanto a las implicaciones que los mismos podían causar a lo interno del sistema penal.

Desde otro ángulo, es dable advertir que la incorporación de medidas como la reparación y la conciliación en el Derecho Penal resaltan valores como el principio de la autonomía de la voluntad en la decisión de los conflictos sociales, por sobre la autoridad de la decisión estatal, admitiéndose por nuestro legislador que todo caso penal está generado, desde su base, por un conflicto social a resolver, debiendo tenerse claro que si se propone la resolución o redefinición del conflicto, art. 7 del C.P.P., no se puede pensar en el castigo<sup>171</sup>.

Lo anterior se relaciona en sus efectos con otro tema que, me parece, reviste el trasfondo importante de toda esta discusión: nuestro C.P.P. hace una notable y clara distinción entre intereses privados (en donde la persecución penal y la extinción de la acción penal quedarían en manos de la víctima; en relación con bienes jurídicos disponibles por el mismo, v. gr. el patrimonio) e intereses públicos (incluidos aquí los intereses difusos y colectivos), (en los cuales el M.P. es el representante de la colectividad por excelencia, quedando en sus manos la persecución penal y la extinción de la acción penal).

Lo anterior ha llevado a afirmar —tal y como antes se vio— la existencia en doctrina de dos corrientes: una denominada justicia penal en sentido estricto y otra justicia reparadora. Los partidarios de la primera contemplan la separación entre el Derecho Penal y el Civil como un progreso, en el cual el Estado asume para sí la pretensión punitiva<sup>172</sup>; los de la segunda, leen este proceso histórico como el momento en que el Estado absoluto asumió para sí la función de castigar para crear y fortalecer su poder, con ello eliminó a la víctima y el objeto de la reparación del proceso penal y lo sustituyó por el castigo. Los partidarios de esta segunda sostienen que el delito es un conflicto que se diferencia de los otros

<sup>170</sup> Maier, La víctima..., p. 193.

<sup>171</sup> Trenczak, ¿Hacia una reprivatización..., p. 36.

<sup>172</sup> Así se afirma: "Pretender superar el carácter público de la relación jurídico-penal y su independencia respecto de la relación jurídico-privada no constituye un paso hacia delante sino un retroceso hacia etapas históricas superadas por el Derecho Penal moderno y puede propiciar la mercantilización de la responsabilidad penal, favoreciendo a quienes disponen de medios económicos. Como todas las sanciones económicas, la "pena-reparación" sería, esencialmente, una pena desigual". El argumento más importante a favor de la separación de los ámbitos de la responsabilidad penal y civil radica en los distintos criterios que rigen en su ponderación y que antes se han aludido: mientras la pena es proporcional a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del dolo...". Muñoz Conde y otra, Derecho Penal..., p. 630.

Ferrajoli es también un crítico de esta mixtura: el cual es contrario a la reparación: "...es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penales de los civiles..." Cit. por Lantauri y otro, Penas alternativas..., p. 273". Asimismo, afirma que la pena: "...deberá consistir siempre en un mal, es decir en la privación de un derecho sufrida pasivamente. En esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio" Ferrajoli, Derecho..., p. 420.

por la reacción de que es objeto, que afecta esencialmente a intereses privados y la intervención del Estado debe ser la misma que en otro tipo de conflictos: establecer el proceso en el cual las partes dirimen su conflicto<sup>173</sup>; los partidarios de la primera consideran que el delito, además de la posible afectación a la víctima, genera siempre un daño social.

Se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, con un objetivo: la prevención especial, es decir, mantener al delincuente al margen del delito. Ello lleva a la clásica polémica de las antinomias de los fines de la pena, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza<sup>174</sup>.

Por otro lado, debemos reconocer la existencia de un riesgo evidente en el tardío interés por la víctima: la sustitución del culto al delincuente por el culto a la víctima. Reconocemos que la víctima del delito no puede ser ignorada pero, tampoco, ser convertida en el protagonista exclusivo del hecho criminal<sup>175</sup>. Debe tomarse en cuenta en todo caso que: "La ampliación de los derechos de la víctima puede tener como

consecuencia la retirada del Estado y con ello una «privatización del Derecho Penal» que de ningún modo habrá de tener siempre efectos favorables para la víctima.<sup>176</sup> Por ello, no deben contraponerse las expectativas de la víctima con los derechos y garantías del imputado, tal y como lo hiciera el positivismo criminológico en su momento<sup>177</sup>.

Por último, a pesar de que siempre seguirá siendo una quimera, lo más deseable y correcto metodológicamente sería la descriminalización de una serie de conductas del Derecho Penal, las cuales con vista en el C.P.P., han revelado que pueden ser conocidas y resueltas los conflictos atinentes a ellas, por otras áreas del Derecho distintas al Derecho Penal<sup>178</sup>.

Para finalizar: ¿Qué entendemos entonces por privatización del Derecho Penal y Procesal Penal? Por ello se entiende el otorgarle —vía los institutos mencionados— primacía a los intereses particulares sobre los intereses públicos y permitir un ámbito a la autonomía de la voluntad de los intervinientes, facilitándose los acuerdos entre la víctima y el imputado.

<sup>173</sup> Larrauri, La reparación, p. 186.

<sup>174</sup> Queralt, Víctimas..., p. 168.

<sup>175</sup> Landrove, Victimología..., p. 24. Los legítimos derechos de la víctima —se afirma— no deben llevar, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho Penal "...que sustituya el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro víctima*..." Queralt, Víctimas..., p. 152. Dünkel, La víctima..., p. 67, cita el informe final de una comisión instalada en el año de 1982 por el presidente Reagan que exigió "bajo el estandarte de la protección de la víctima" que se alojaran los presupuestos para disponer Internamiento preventivo y que se abolieran las prohibiciones de pruebas en caso de diligencias ilícitas y la eliminación de la libertad provisional del régimen penitenciario". En este último sentido se manifiesta Ferrajoli quien afirma en lo relativo a la justificación de la pena, que el Derecho Penal solo se justifica en cuanto tenga un carácter garantista para el propio delincuente, en cuanto lo proteja frente a los desmanes que pueden provocar la venganza privada. Ferrajoli, Derecho Penal... cit. por Llobet, Proceso..., p. 286.

<sup>176</sup> Dünkel, La víctima..., p. 67.

<sup>177</sup> Así: García Pablos de Molina, El Derecho Penal..., p. 241, según el cual el positivismo criminológico apeló sistemáticamente a los intereses de la víctima del delito, pero con el propósito de negar los derechos del delincuente: esto es, como coartada defensorista, *antigarantista*. Llobet, Proceso..., p. 291, se manifiesta en igual sentido, advirtiendo que el reconocimiento de la víctima no debe llevar a una reducción de los derechos del imputado, v. gr. tratándose de prueba ilícita y prisión preventiva.

<sup>178</sup> "...para qué recurrir al Derecho Penal si se trata de una conducta en la que alcanza con reparar el daño..." Ziffer, Lineamientos..., p. 170.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albin, Eser. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Armenta Deu, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. En: Política criminal y nuevo Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch, Editor, 1997.
- Bacigalupo, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el Derecho Penal actual.
- Bínder, Alberto. Justicia penal y Estado de Derecho. Argentina, Ad-Hoc, 1993.
- Bovino, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Bovino, Alberto. La víctima. En: Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.
- Bueno Arús, Francisco. La atención a la víctima. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Cafferata Nores, José I. La víctima del delito. En: Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.
- Cafferata Nores, José I. Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal (en la nueva legislación argentina). En: Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.
- Cafferata Nores, José. Temas de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Depalma, 1988.
- Castillo, Francisco. El consentimiento del derechohabiente en materia penal. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 1998.
- Creus, Carlos. Reparación del daño producido por el delito. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.
- Dünkel, Frieder. La víctima en el Derecho Penal, ¿en vías de una justicia criminal orientada hacia el autor a una orientada hacia la víctima? En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1995.
- Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona, Bosch, 1990.
- García Aguilar, Rosaura. La suspensión del procedimiento a prueba en el proceso penal. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.
- García Pablos de Molina, Antonio. El Derecho Penal y la víctima. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Giménez-Salinas y Colomer, Esther. La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Henrique Pierangeli, José. El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito. Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1998.
- Highton, Elena I. y otros. Resolución alternativa de conflictos y sistema penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Hirsch, Hans Joachim. Acerca de la reparación de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Hirsch, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Houed Vega, Mario. La suspensión del proceso a prueba. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,

- San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.
- Issa El khoury Jacob, Henry. La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.
- Landrove Díaz, Gerardo. Victimología, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- Larrauri Pijoan, Elena. Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Larrauri, Elena. Victimología. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Larrauri Pijoan, Elena; Bustos Ramírez Juan. Victimología: presente y futuro. (Hacia un sistema penal de alternativas), Barcelona, PPU, 1993.
- Larrauri Pijoan, Elena y otros. Penas alternativas a la prisión. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997.
- Larrauri Pijoan, Elena. La reparación. En: Penas alternativas a la prisión. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997.
- Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado, San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998.
- Llobet Rodríguez, Javier. Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho. En: Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.
- Maier Julio. Derecho Procesal Penal argentino, Buenos Aires, Hammurabi, T. Ib), 1989.
- Maier, Julio B.J. La víctima y el sistema penal. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Maier, Julio B.J. El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal argentino. En: El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto, s.r.l., 1995.
- Maier, Julio B.J. Dogmática penal y víctima del hecho punible. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Martínez Sánchez, Mauricio. La abolición del sistema penal, Colombia, Editorial Temis, 1990.
- Matthews, Rogers. Reflexiones en torno al debate sobre las prisiones en Gran Bretaña. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Maurach, Reinhart. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Editorial Astrea, T. I, 1994.
- Moreno Hernández, Moisés. Política criminal y dogmática de las víctimas. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. El Derecho Penal a finales del siglo XX. En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Navarro Solano, Sonia. Conciliación y reparación entre víctima y delincuente: una perspectiva para la solución alternativa de conflictos en materia penal. En: Resolución alternativa de conflictos, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Cuadernos para el Sector Justicia, N° 3, San José, 1995.
- Olazabal, Julio. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- Pérez Sanzberro, Guadalupe. Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?, Granada, Editorial Comares, 1999.
- Queralt, Joan J. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación. En: Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Barcelona, José María Bosch, Editor, 1997.
- Righi, Esteban. Dogmática y política criminal de la víctima. En: Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

- Rivero Sánchez, Juan Marcos. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.
- Roxin, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Determinación Judicial de la pena, Argentina, Editores del Puerto, s.r.l., 1993.
- Roxin, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén. La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación. Granada, Editorial Comares, 1997.
- Salas Porras, Ricardo. La querrela pública. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.
- Trenczek, Thomas. ¿Hacia una reprivatización del control social? «Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación». En: El Derecho Penal y la víctima, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Cataluña, número 8, marzo de 1992.
- Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, parte general, Colombia, Temis, S.A., 1995.
- Vitale, Gustavo. Suspensión del proceso penal a prueba. Buenos Aires, Editores del Puerto, s.r.l., 1996.
- Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena, Argentina, Ad-Hoc, 1996.

\* \* \*