

De los delitos y de las víctimas

Eser A.

Hirsch H.

Roxin C.

Christie N.

Maier J. B. J.

Bertoni E.

Bovino A.

Larrauri E.

AD-HOC

**DE LOS
DELITOS Y DE
LAS VICTIMAS**

Albin Eser, Hans Joachim Hirsch,
Claus Roxin, Nils Christie,
Julio B. J. Maier, Eduardo Andrés Bertoni,
Alberto Bovino y Elena Larrauri

DE LOS DELITOS Y DE LAS VICTIMAS



Compilador:
Dr. Julio B. J. Maier

Edición al cuidado de
Alberto Bovino y Daniel R. Pastor

Primera edición: agosto 1992

DIRECCIÓN EDITORIAL

Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Av. Córdoba 1377 - Tel. 42-3092
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-9606-44-8

INDICE

<i>Prólogo</i>	9
Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, <i>Albin Eser</i>	13
La reparación del daño en el marco del Derecho penal material, <i>Hans Joachim Hirsch</i>	53
Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, <i>Hans Joachim Hirsch</i> ..	91
La reparación en el sistema de los fines de la pena, <i>Claus Roxin</i>	129
Los conflictos como pertenencia, <i>Nils Christie</i>	157
La víctima y el sistema penal, <i>Julio B. J. Maier</i>	183
El derecho penal mínimo y la víctima, <i>Eduardo Andrés Bertoní</i>	251
La víctima como preocupación del abolicismo penal, <i>Alberto Bovino</i>	261
Victimología, <i>Elena Larrauri</i>	281

PROLOGO

Es ya un lugar común en nuestro Derecho penal y procesal penal que nuestros juristas, aun los mejor informados, trabajen con un atraso —en ocasiones considerable— respecto de los problemas que la política penal plantea a la ciencia jurídica (también respecto de los problemas analíticos y metodológicos de la misma ciencia). Se trabaja precariamente por las razones —según creo, comunes a todo ámbito científico— conocidas entre nosotros: escaso, por no decir nulo, presupuesto universitario o para centros de investigación y estudio; bibliotecas sin libros actuales, sobre todo provenientes de aquellos países rectores en el ámbito de la investigación jurídica; escasa, por no decir nula, bibliografía nacional; falta de contracción al trabajo científico que, en el mejor de los casos, ocupa ratos libres de quienes, por vocación o por necesidad, están interesados en esa tarea, pues ellos emplean sus mejores esfuerzos en aquella actividad que les proporciona sustento material para ellos o para sus familias; en fin, “achataamiento” y ocaso del mundo de la inteligencia y la cultura, en nuestra sociedad.

No me propongo denunciar esta situación, pues es bien conocida por todos, aun cuando nos resistamos en ocasiones a reconocerla expresamente, y mucho menos elaborar en estas palabras soluciones racionales —que si las pienso y expreso, sólo puedo discutir las a nivel experimental—, sino tan sólo derivar de ese lugar común el propósito de este libro y la forma de trabajo de un grupo que resiste como puede el desmantelamiento cultural de nuestro medio.

Conforme a la manera de trabajar, somos un grupo de aficionados (*amateurs*, en el sentido directo de la expresión),

jóvenes la mayoría, yo ya con suficientes años, que nos ayudamos informándonos mutuamente, en la medida en que podemos. Este auxilio comienza informalmente por el “chisme” científico, recorre el camino más formal del préstamo de libros o artículos que alguno de nosotros rescata, y el todavía más formalizado de la traducción para “uso *nostro*”, de diferentes lenguas extranjeras, según las capacidades para las cuales alguna vez nos entrenamos.

De esa manera de trabajar nació este libro, como cualquiera puede observar. Publicamos aquí, en principio, una serie de trabajos extranjeros, la mayoría traducidos sobre el papel, de la víctima en el sistema penal, algunos trabajos escogidos de un seminario sobre el tema, que desarrollamos como trabajo de cátedra en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y algún trabajo personal de quien escribe este prólogo, con el que se topó, prácticamente, al ser invitado nuevamente para trabajar en una Universidad extranjera, quizás más rico en bibliografía que el de sus colegas argentinos, precisamente por esa razón. Nos pareció que ese esfuerzo, lleno de lagunas, de “baches científicos” imposibles de reparar para nosotros, merecía ser dado a publicidad, no tanto por nosotros —aunque para todos es importante “dar a luz” nuestro trabajo— sino, sobre todo, para información de nuestros colegas. Conseguimos quien editara este trabajo fragmentario —algo difícil en los días que corren—, una editorial joven, *Ad Hoc*, del amigo Rubén Villela, a quien todos estamos personalmente agradecidos por su esfuerzo.

Desde hace ya una década, la preocupación por la víctima amenaza con conmover todo el sistema penal, esto es, tanto el Derecho penal, como el Derecho procesal penal y la misma ejecución penal. Como algún autor traducido dice, se ha transformado también en una “moda” de la política penal, frente a problemas no resueltos de la pena, en especial, de la pena privativa de libertad. En el mundo de la política criminal este problema ha desplazado, al menos en una forma aparente, la preocupación por el autor, aunque a mi juicio no se trate de ello, sino de una vía distinta para humanizar el Derecho penal, ante el fracaso de las políticas y explicaciones *preventivas*, en

especial, de aquel *boom* que, por los años sesenta y en los tiempos de posguerra, representó la *prevención especial*, por intermedio de la idea de la pena resocializante, para reingresar al autor "sano y salvo" al seno social, que condujo la política penal, al punto de dejar su huella hasta en las constituciones modernas.

La preocupación por la víctima esconde, a mi juicio, un movimiento más universal, pues, de ordinario, se plantea dentro del sistema penal establecido. La crisis del sistema penal pone de nuevo, enfrentados, dos sistemas distintos de solución de conflictos sociales: aquel que los transforma en conflictos del autor con el Estado (*inquisición*), sinónimo de Derecho penal y de pena estatal, y aquél para el cual tales conflictos suceden entre personas, individuales o como conjunto, y deben ser resueltos por ellas (*composición*). La tensión posible entre ambos, en la actualidad, ha arrojado como resultado la preocupación por la víctima. Es por esta razón, precisamente, por la pertenencia del problema a un ámbito más genérico que el del "renacimiento" de la víctima en el Derecho penal, que hemos agregado visiones más radicales, como la de los *abolicionistas*, movimiento que descubre con menor preocupación científica, pero con mayor claridad y coherencia política, la tensión entre ambos sistemas.

Cuando la discusión pasa por el tamiz y decanta, muestra como resto genérico útil, a mi juicio, la comprobación de que el Derecho penal y todo lo que él representa, o en él está representado (Estado, pena estatal, persecución pública), es un producto *contingente* de la cultura o de la política humana, dependiente de una forma particular de organización social (el Estado, como poder político central, que establece distancia, mayor o menor, entre el súbdito de carne y hueso y el poder político, generando, como método de control social, el poder penal del Estado). Esto quiere decir que, si eliminamos los restos de poder que casi toda forma de organización social genera — y que mostraría también un corte sincrónico de un período histórico primitivo, sin organización política centralizada—, un corte diacrónico, relativo a las grandes líneas históricas, nos mostraría períodos sin Derecho penal, en los cuales los conflic-

tos sociales, incluidos aquellos graves, que hoy caracterizan al Derecho penal, hallaban su solución por una vía distinta, v.gr., por el consenso de los protagonistas o el combate entre ellos, como en el ejemplo clásico del derecho común germano (*composición*), pero también en el paradigma del Derecho interestatal de la época actual (Derecho internacional público).

Pensar de este modo el Derecho penal, ayuda a convencerse y a convencer acerca de que existen otras soluciones a los casos penales, quizás más racionales para ellos y, seguramente, menos crueles que la pena estatal (sobre todo que aquellas penas que fueron y son paradigmáticas para él: la muerte o la pena corporal antes, la privación de libertad hoy). A resaltar estos aspectos va dirigido, intencionalmente, este libro que hoy publicamos. Mi agradecimiento a todos aquellos que colaboraron en él.

Julio B. J. Maier

Buenos Aires, marzo de 1992.

Albin Eser

Profesor de la Universidad de Friburgo, R.F.A.
Director del Instituto Max-Planck
para Derecho Penal Internacional y Comparado

Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal Tendencias nacionales e internacionales*

Traducción de *Fabrizio O. Guariglia* y *Fernando J. Córdoba*

* Título original: "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen", publicado en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-New York-München, 1989, ps 723 y ss.

I. En ocasión de un nuevo proyecto de Código Procesal Penal argentino*

Aun quien ha tenido la suerte de conocer personalmente a Armin Kaufmann, —a quien aquí honramos—, además de conocer sus escritos, como a mi me fue concedido en numerosas sesiones de trabajo para un “Proyecto Alternativo de Código Penal”, apenas podría haberse enterado por él mismo, a causa de su reserva en cuestiones personales, cuán fuerte era su irradiación más allá de los límites de nuestro país. Con sorprendente frecuencia uno encuentra su nombre, sobre todo en Latinoamérica. Allí, él era, para muchos, directamente un misionero del derecho penal alemán, y no sólo a través de sus propios viajes por aquellos países, sino también mediante un gran número de discípulos latinoamericanos, de los cuales él no era únicamente el consejero científico, sino, a menudo, también un refugio vital, en sentido literal, cuando los acontecimientos políticos en el propio país no permitían allí un ámbito de vida.

* Como el mismo autor lo explica, la versión inicial del presente trabajo fue presentada al “Symposium Internacional sobre la Transformación de la Administración de Justicia Penal” de 1988, y publicada en *Hacia una nueva Justicia Penal* (compilación de los trabajos presentados en el Symposium), Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Bs.As., 1989, pág. 173 y ss. (traducción de Beatriz de la Gándara Vallejo). De más está decir, entonces, que el Proyecto de Código Procesal Penal al que Eser hace referencia al tratar la situación jurídica de la víctima en la Argentina es el Proyecto de 1986 (o Proyecto Maier), y no el que fuera recientemente sancionado por el Congreso de la Nación (ley 23.984). (N. de los T.)

Uno de sus discípulos, Julio Maier de la Universidad de Buenos Aires, presenta ahora un proyecto para un nuevo ordenamiento procesal penal de la Argentina. En el coloquio organizado a este fin en mayo de 1988 en la ciudad de Buenos Aires se evocó repetidamente el nombre de Armin Kaufmann. Esto me ha sugerido dedicar una versión revisada de la contribución hecha para dicho coloquio a su homenaje, y unirla a las demás, agradecido por su pensamiento e influencia que han traspasado las fronteras.

II. *El trasfondo: el ofendido como figura marginal del procedimiento penal*

A diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, 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, sólo como *testigo* del hecho o sus consecuencias.

Esto vale principalmente para el derecho procesal penal alemán. A diferencia de los ordenamientos procesales penales de muchos países latinos, donde aun existe siempre una acción civil,¹ el derecho alemán se caracteriza por la rigurosa separación entre la realización de la pretensión punitiva estatal, por un lado, y la eventual acción resarcitoria del ofendido, por el otro. Así, Binding vio entre estas dos consecuencias jurídicas una "profundísima diferencia esencial", como —entre otras— "en relación a aquellos en cuyo favor se cumplen": la reparación (en el sentido del derecho civil) se realiza siempre en favor del

1. Por ejemplo, Francia: arts. 2 a 5, y 10 del Code de Procédure Pénale; Italia: arts. 91 a 106 del Codice di Procedura Penale; España: arts. 100, y 107 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cf. en particular infra IV.1.4.

perjudicado, mientras que la pena se aplica para el Estado, el cual, al infligir la pena, cumple con un deber.² Pero, sobre todo, es fuente de la pena “un injusto irreparable; ella es una disminución de derechos para la compensación de este injusto irreparable; el resarcimiento, por el contrario, es la anulación de una situación reparable contraria a derecho”.³

Aun cuando esta fundamentación pueda resultar atacable, es como consecuencia de esta separación, concebida como principio, entre pena y resarcimiento, incluso dentro del procedimiento penal, que se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del derecho procesal penal, en donde le queda solamente el rol de mero *objeto* del procedimiento. En varios procedimientos se ha aceptado, dentro de esta constelación, tendencias casi absurdas: cuando, por ejemplo, víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente “exprimidas” como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal —por cierto, aún queda por ser escrita una “Historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento”.

En este sentido, precisamente en los últimos años se ha producido, satisfactoriamente, un cambio: el restringido rol del ofendido es percibido, cada vez más —sobre todo bajo el efecto de la creciente importancia de la victimología—, como insatisfactorio.⁴ Recientemente, el legislador, mediante la —así denominada deliberadamente— “Primera Ley para el Mejoramiento de la Situación del Ofendido en el Procedimiento Penal” (Ley de Protección a la Víctima),⁵ ha intentado tomar en cuenta esta

² Cf. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. 1, 3ra ed., 1916, ps. 284-290, en especial, p. 266; en igual sentido ya en la 1ª ed. de 1872, ps. 166-172, en especial, p. 169.

³ Binding, (nota 2, 3ra ed.), p. 290.

⁴ Cf., entre otros Schneider, *Viktimologie*, 1975, así como la recopilación de Kirchhoff/Sessar, *Das Verbrechensoffer*, 1979, y de Schneider, *Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege*, 1982; además Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, en: “ZStW” 93 (1981), ps. 1147-1176, en especial, ps. 1148, 1170 y ss.

⁵ Ley del 18/12/86, BGBl. I, p. 2496.

exigencia de reforma.⁶ Si bien este paso ya es criticado por insuficiente,⁷ constituye, de todos modos, una señal para ulteriores leyes de protección, que, esperamos, no tardarán en sucederse.

A partir de esta situación jurídica —mejorada, desde la perspectiva de la protección a la víctima— exponemos, por lo pronto, las principales posibilidades de participación del ofendido en el derecho procesal penal alemán vigente (III). En relación con ello, serán revisadas la posición procesal del ofendido y la posibilidad de resarcimiento por daños en el procedimiento penal en derecho comparado, sobre todo en lo atinente a nuevas propuestas de reforma (IV), para finalizar con un breve panorama (V).

III. La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal de Alemania Federal

En el actual estado de cosas jurídico, se debe señalar, en lo esencial, las siguientes posibilidades de participación del ofendido en el procedimiento penal.

1. Denuncia e instancia penal

En tanto se trate de la incoación de un procedimiento penal, el ofendido todavía juega un rol comparativamente importante. Si bien el ministerio público y la policía se ven obligados a investigar de oficio los delitos (§ 152, párrafo 2, StPO*), por regla

6. Acerca de la génesis y de las modificaciones particulares, cf. Riess-Hilger, *Das neue Strafverfahrensrecht*, en: "NStZ" 1987, ps. 145-147, 204-209.

7. Weigend, *Das Opferschutzgesetz - kleine Schritte zu welchem Ziel?*, en "NJW" 1987, ps. 1170-1177, y en respuesta a ello, Tenter/Schleifenbaum, *Opferschutz - Fortschritte in kleinen Schritten*, en: "NJW" 1988, ps. 1766-1768.

* *Strafprozessordnung*: Ordenanza Procesal Penal. De ahora en más, OPP. (N. de los T.)

general no son estos órganos quienes deben poner en marcha un procedimiento penal, sino el ofendido. Dado que sólo entre el 2 y el 9% de todos los procedimientos preliminares se originan en la percepción de oficio a través de un órgano encargado de la persecución, en todos los demás casos el procedimiento se desencadena mediante la correspondiente "denuncia penal". Cualquiera se encuentra facultado, por cierto para una denuncia de este tipo (§ 158, párrafo 1ro, OPP); sin embargo, de hecho entre el 73 y el 86% de los casos es el ofendido quien formula la denuncia, y de este modo da inicio al procedimiento.⁸ No obstante ello, en cuanto él ha dado este paso, el desarrollo posterior, por regla general, le es quitado de las manos; en todo caso, así sucede en los "*delitos de acción pública*"* a los cuales pertenece la masa principal de todos los delitos. Así, la retracción de la denuncia no significa impedimento alguno para el ministerio público, el cual, entre tanto, se puede ocupar de los indicios del hecho ya constatados.

Una excepción a esta regla la conforman los así llamados "*delitos dependientes de instancia privada*"; en tales delitos, la incoación y tramitación de un procedimiento penal depende en modo decisivo de la iniciativa del ofendido. Es cierto que sólo pertenecen a este grupo delitos comparativamente "inofensivos", como violación de domicilio, daños, hurto entre miembros de una familia, así como las injurias: delitos, por lo tanto, que suceden más en el ámbito de la vida personal, donde tal vez el ofendido ni siquiera tenga interés en que el autor sea perseguido penalmente, como, por ejemplo, en la relación entre el padre que ha sido robado y su hijo descarriado. En tales delitos la justicia penal debe intervenir únicamente cuando el ofendido haya

8. Kaiser, *Kriminologie*, 2da ed., 1988, ps. 159 y ss.

* El derecho alemán distingue entre delitos perseguibles de oficio (*Offizialdelikten*), delitos dependientes de denuncia o solicitud penal (*Antragsdelikten*), y delitos perseguibles únicamente mediante acción privada (*Privatklagedelikten*). Se ha optado por utilizar en la traducción los conceptos equivalentes en nuestra legislación positiva: delitos de acción pública, delitos dependientes de instancia privada y delitos de acción privada, respectivamente. (N. de los T.)

manifestado en forma inequívoca, mediante una "solicitud penal" formal, que él desea una persecución penal (§ 77, párrafo 1ro, StGB*). De allí que una solicitud penal de este tipo debe también satisfacer determinadas exigencias: debe ser formulada por escrito, y presentada dentro de un plazo de tres meses desde que se tenga conocimiento del hecho y del autor (§ 77b, CP y § 158, párrafo 2do, OPP). Pero, sin embargo, no todo el mundo tiene derecho a presentar esta solicitud penal, sino solamente el propio ofendido, con lo cual, en caso de que muera, su derecho de solicitud, por lo general, se transmite a su cónyuge e hijos (§ 77, párrafos 1, 2, CP).

Esta exclusiva dependencia de la persecución penal de la voluntad del ofendido sucede, por cierto, sólo en delitos dependientes de instancia privada puros; no, por el contrario, allí donde, junto a la solicitud penal del ofendido, también el "importante interés público" en la persecución penal pueda autorizarla. Una combinación de este tipo —por cierto infrecuente— entre *delitos dependientes de instancia privada y delitos perseguibles de oficio* se encuentra particularmente en la sustracción de cosas de poco valor (§ 248a, CP), en las lesiones dolosas y culposas (§ 232, CP), así como, recientemente, en el delito de daños y sabotaje de computadoras (§ 303c, CP). En estos casos, el ofendido puede, por un lado, forzar un procedimiento instructorio mediante la acción penal, pero no, por otro lado, impedirlo, una vez iniciado, mediante renuncia; tomando su lugar, el ministerio público puede impulsar el procedimiento afirmando la existencia de un interés público en la persecución penal —es decir, cuando intereses de la mayoría se ven afectados: así, en los casos de una amenazadora, y por lo tanto, perturbadora para la colectividad, frecuencia de robos de tiendas,⁹ en las lesiones causadas por la infracción imprudente a las disposiciones relativas a la protección en el trabajo,¹⁰ o por

* *Strafgesetzbuch*: Código Penal. De ahora en más, CP.

9. Cf. Eser, en: Schönke/Schröder, *Kommentar zum StGB*, 23ra ed., 1988, § 248a., núms. 25 y s.

10. Cf. Stree, en: Schönke/Schröder, § 232, núm. 5.

el temor del dueño de un negocio a las represalias del autor del destrozo de sus vidrieras.¹¹

2. La acción privada

Particularmente fuerte parece ser la posición del ofendido mediante la posibilidad de un procedimiento de acción privada. Pero esta apariencia engaña. Por cierto, en un procedimiento de acción privada, el ofendido obtiene, en cierto modo, el papel del ministerio público, y, por consiguiente, también en buena medida sus derechos (§ 385, párrafo 1ro, OPP), con la consecuencia de que la incoación y tramitación del procedimiento penal se encuentra principalmente en sus manos. Sin embargo, este rango procesal puede también resultar una carga insoportable, puesto que el actor privado carece de facultades coercitivas propias; por ello, le resulta sumamente difícil reunir la evidencia necesaria. Para tal fin, prácticamente le queda sólo el derecho de solicitud de prueba. Pero, incluso, cuando él, con ese fin, desea consultar los eventuales actos realizados, no lo puede hacer por sí mismo, sino que se debe valer de un abogado (§ 385, párrafo 1ro, OPP). Por lo demás, la posibilidad de sustanciar un procedimiento de acción privada, de todos modos, se mantiene sólo para un número restringido de delitos menos graves (§ 374, párrafo 3ro, OPP), que —aunque tampoco por completo— coinciden en buena medida con los “delitos dependientes de instancia privada” (Supra III. 1).

Pero aun en estos delitos de acción privada, la puerta no se encuentra completamente cerrada para el *ministerio público*, y, por tanto, no se le conceden al ofendido poderes exclusivos de persecución. Por cierto, en los delitos de acción privada una acusación pública (a través del ministerio público) se encuentra, en principio, excluida; sin embargo, ella continúa siendo permitida cuando la acusación del fiscal se base en un “interés

11. Cf. Stree, en: Schönke/Schröder, § 303c., núms. 6 y s.

público" (§ 376, OPP): así sucede en aquellos casos donde, más allá de la esfera de damnificados directos, la paz jurídica general es alterada, como, por ejemplo, en la injuria dirigida a un círculo amplio de personas, o por motivos racistas.¹² En tal caso, el ministerio público puede desde un principio instar la acción penal pública, como así también tomar en sus manos un procedimiento de acción privada ya iniciado (§ 377, OPP): en ambos casos, como en los delitos de acción pública, normales procedimientos preliminares y principales son incoados, o bien, continuados. De todos modos, aun con una semejante apropiación de la persecución penal por parte del ministerio público, el ofendido no se encuentra completamente desplazado, sino que puede, como querellante adhesivo* (Infra III, 3), unirse al procedimiento (§ 395, 396, OPP).¹³

12. Cf. Kleinknecht/Mayer, StPO, 38a, ed., 1987, § 376, nota 2, como así también las "Líneas directivas para el proceso de pena y de multa" (RiStBV), allí impresas en el apéndice A 14 del 1/4/86, Núms. 86, párr. 2, 229, párr. 1, 236, párr. 1, 233, 260, párr. 1, 261.

* *Nebenkläger*. El término designa al particular damnificado por el delito, facultado para adherir (aquí su gran diferencia con el "querellante conjunto" de la legislación argentina) a la acción promovida por el ministerio público. Puede ser traducido también como "actor accesorio" (así, Gomez Colomer, Juan Luis, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1985). Se ha optado por utilizar la expresión "querellante adhesivo" para designar al titular del derecho a actuar colaborando con el ministerio público, y "acción adhesiva" o "querella adhesiva" al ejercicio concreto de ese derecho, ya que posiblemente el lector se encuentre familiarizado con ellas, dado que estas expresiones ya han sido utilizadas con anterioridad entre nosotros en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1986 (Proyecto Maier). Sin embargo, el lector no debe confundir estos conceptos con el, así llamado, "procedimiento de adhesión", expresión relativa al procedimiento regulado por la OPP para el ejercicio de la acción civil en sede penal, y que Eser trata en el punto II. 5 del trabajo. (N. de los T.)

13. Hoy, sin embargo, esto ya no sucede automáticamente (como aún era el caso según el § 377 derogado por la ley de protección a la víctima), sino que requiere de una especial "declaración de adhesión", y, por lo demás, está limitado al círculo de los autorizados para ejercer la acción adhesiva mencionado en el § 395.

Probablemente, es esta tendencia al compromiso con la que, por un lado, se le concede al ofendido un derecho de persecución, pero, por el otro, a éste se superpone un derecho a coactuar del ministerio público, un motivo esencial para que el valor práctico de la acción privada sea evaluado en forma muy distinta.¹⁴ Ciertamente es, por un lado, que la cantidad de procedimientos de acción privada que finalmente llegan a sentencia resulta realmente pequeña —entre un 2 y un 3%.¹⁵ Sin embargo, si se piensa, por otro lado, que antes de instar la acción primero se debe emprender un, así llamado, *intento de conciliación* ante una determinada autoridad (§ 380, párrafos 1, 4, OPP), y que, de este modo, más de la mitad de los procedimientos arriban a un acuerdo amigable,¹⁶ entonces ello puede ser considerado como un éxito completo: esto, en todo caso, si se considera correcto que el Estado se mantenga apartado de los conflictos entre los particulares tanto como sea posible, y que, en interés de la paz jurídica, sea agoten todas las posibilidades de un acuerdo amigable.

Naturalmente, con esto no se le debe dificultar demasiado al ofendido el obtener satisfacción por medio del ejercicio de la acción en caso de necesidad. De este modo, el ofendido desiste frecuentemente de una acción privada, ya que él se encuentra obligado al pago adelantado de las costas (§ 379 a, OPP), e incluso, bajo ciertas circunstancias —sobre todo siendo extranjero—, a brindar garantía por las costas derivadas para el imputado (§ 379, OPP). También el hecho de que, en el caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento, el conjunto de las costas no sea asumido por el fisco, sino que recaigan en el actor privado (§ 471, párrafo 2do, OPP), no resulta precisamente apropiado para animar al ofendido a intentar una acción pri-

14. Cf. Jung, (nota 4), ps. 1158, 1166 y s.

15. Tales son las cifras comprobadas por Hirsch (*Gegenwart und Zukunft des privatklageverfahrens*, en: "Festschrift für Richard Lange", 1976, p. 815).

16. Cf. Bierbrauer/Falke/Koch, *Konflikt und Konfliktfreilegung*, en: *Bierbrauer u.a., Zugang zum Recht*, 1978, ps. 141 y 146.

vada. Todas estas son, sin embargo, vallas que el legislador podría derribar si quisiera seriamente conceder al ofendido un derecho individual de persecución penal. Mientras esta cuestión no sea claramente resuelta en uno u otro sentido, ella quedará probablemente en compromisos poco convincentes, y, por lo tanto, insatisfactorios para ambas partes.

3. La acción adhesiva

Si se quiere caracterizar con una sola frase su diferencia con la acción privada, se debe resaltar lo siguiente: mientras que, por un lado, en el procedimiento de acción privada instado por el ofendido, el ministerio público no se encuentra completamente excluido, en los “delitos de acción pública”, cuya persecución se encuentra, en sí, sólo en manos del ministerio público (Supra, III. 1), le son concedidos al ofendido ciertos derechos de cooperación, precisamente mediante la llamada acción adhesiva. En un procedimiento de esta naturaleza, el ministerio público permanece, por cierto, como principal órgano acusador; sin embargo, el ofendido puede, en cierto modo, presentarse como acusador adicional (§ 395, OPP). Para una acción adhesiva de este tipo, se encuentran facultados, en lo esencial, los siguientes grupos de personas:

—por un lado, quienes hayan sido afectados por alguno de los hechos punibles enumerados en el catálogo de delitos del § 395, párrafo 1ro, Nros 1 y 2 de la OPP (como, en particular, tentativa de homicidio, lesiones, delitos sexuales, delitos graves contra la propiedad, injurias).

—por otro, parientes cercanos de una víctima de homicidio (§ 395, párrafo 2do, Nro 1, OPP).

—además, se encuentra facultado para la acción adhesiva aquél que mediante un, así llamado, procedimiento de provocación de la acción penal (infra, III, 4) haya instado la acusación pública (§ 395, párrafo 1ro, Nro 3, OPP).

—finalmente, en caso de difamación de ciertos órganos constitucionales, se le concede derecho a la acción adhesiva al particular damnificado (§ 395, párrafo 2do, Nro 2, OPP).

La acción adhesiva tiene lugar en dos pasos: en primer lugar, el titular de la acción debe manifestar, mediante una *declaración de adhesión* escrita, que él desea ingresar al procedimiento penal oficial (§ 396, párrafo 1ro, OPP). Acto seguido, el tribunal —una vez oído el ministerio público— debe decidir sobre la *admisión* de la acción adhesiva. Si ella es desestimada, el damnificado puede apelar la resolución (§ 304, OPP). Si, por el contrario, él es admitido como querellante adhesivo, obtiene, en lo esencial, los mismos derechos procesales que el actor privado (§ 397, párrafo 1ro, OPP), sobre todo los derechos de reclamación, interrogación y solicitud de prueba, pero además, desde hace muy poco tiempo, también el derecho a ser asistido por un abogado (§§ 378, 397a, OPP). Además, el querellante adhesivo se encuentra autorizado para la interposición autónoma de recursos (§ 401, OPP). En cuanto a las costas, se encuentra incluso, en mejor situación que el actor privado. Ello porque mientras éste último, en caso de sentencia absolutoria, debe cargar con todos los costos del procedimiento y los abogados (supra III.2), el querellante adhesivo sólo tiene que soportar sus propios gastos; las costas del procedimiento, así como los gastos del imputado absuelto, son, en cambio, soportados exclusivamente por el fisco. Sólo en el caso de que el querellante adhesivo haya interpuesto por sí solo y sin éxito un recurso, debe cargar con las costas correspondientes (§ 473, párrafo 1ro, OPP).¹⁷

En lo atinente a la *evaluación práctica* de la querella adhesiva, ella, en sí, sería un instrumento completamente atinado para fortalecer la posición jurídica del ofendido. Sin embargo, lamentablemente, el querellante adhesivo con frecuencia no contribuye en nada por sí mismo a la investigación de la verdad. Ello porque su principal interés se circunscribe, en general, a dejar que los elementos de prueba requeridos para un posterior

17. Para más detalles sobre la posición jurídica del querellante adhesivo, que es mejorada de manera no poco importante en la ley de protección a la víctima (supra, nota 5), cf. Riess/Hilger (nota 6), ps. 154 y s.

procedimiento civil sean reunidos por el aparato estatal de persecución, sin soportar él mismo un considerable riesgo de cargar con las costas. Por ello, ya ha sido discutida en reiteradas ocasiones una reforma de la acción adhesiva,¹⁸ sin que se haya encontrado, no obstante ello, una solución general aceptable.

4. El procedimiento de provocación de la acción

Mientras que la anteriormente discutida querella adhesiva supone que un procedimiento penal iniciado por el ministerio público se encuentre ya en curso, al cual el ofendido sólo se debe adherir, éste último tiene la posibilidad de incoar un procedimiento penal mediante el llamado procedimiento de provocación de la acción, y, además, en caso de necesidad, aun contra la voluntad del ministerio público.

Esto se aplica, esencialmente, a los casos en los que el ofendido desea ver iniciado un procedimiento penal porque le ha sido cerrada la vía de la acción privada. En este caso, él puede, por cierto, mediante denuncia o bien solicitud penal, poner en conocimiento del ministerio público la sospecha del hecho (Supra III. 1), pero sin embargo, no tiene ninguna garantía de que el ministerio público efectivamente iniciará un procedimiento preliminar y formulará acusación, puesto que según el así llamado "principio de legalidad", los órganos de persecución sólo se encuentran obligados a intervenir cuando existe la correspondiente sospecha del hecho; que éste sea el caso se encuentra a criterio del ministerio público. Cuando éste, entonces, no ve suficientes indicios de hecho para la iniciación de un procedimiento preliminar, o bien clausura un procedimiento ya iniciado por falta de suficientes evidencias del hecho, queda así normalmente cerrada la (posterior) vía para un procedimiento oficial, con la consecuencia de que el ofendido no puede obtener la satisfacción esperada mediante el castigo del autor.

18. Cf. Jung, (nota 4), ps. 1164 y s.

Para evitar que el ofendido quede, finalmente, a merced del posiblemente incorrecto o acaso abusivo juicio del ministerio público, se concede a su favor una posibilidad de revisión: por un lado, mediante la interposición de *récursus de apelación* contra la decisión del ministerio público de sobreseer ante su superior (§ 172, párrafo 1ro, OPP). Por otro, en caso de que su apelación resulte infructuosa, solicitando una *decisión judicial* (§ 172, párrafo 2do, OPP). Acerca de la solicitud del ofendido debe decidir la Audiencia Provincial Superior* (§ 172, párrafo 4to, OPP). Si ésta considera —después de oír al imputado— fundada la solicitud del ofendido, entonces queda decidido el ejercicio de la acción pública (§ 175, OPP). De este modo, el ministerio público se ve obligado a instar la acción pública, para lo cual se debe basar en los criterios tanto de hecho como de derecho de la Audiencia Territorial. Para el procedimiento posterior, el ofendido está, además, protegido mediante la posibilidad de acompañar al procedimiento oficial judicialmente provocado como querellante adhesivo (§ 395, párrafo 1ro, Nro 3, OPP).

En lo concerniente a la *praxis*, se debe admitir que sólo un pequeño número de estas peticiones de provocación de la acción tienen, finalmente, éxito. Esto, sin embargo, no constituye una objeción fundamental, ya que lo decisivo es el efecto preventivo: como ningún fiscal ve con agrado el exponerse a un procedimiento de provocación de la acción, sólo se abstendrá de iniciar un procedimiento oficial en casos verdaderamente fundados. En este sentido, ya la mera existencia de esta posibilidad de control ofrece un medio importante para asegurar los intereses del

* *Oberlandesgericht*. La traducción ha sido tomada de Maier, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, T. I, Ed. Depalma, Bs.As., 1978. Según la Ley de Organización Judicial Alemana (*Gerichtsverfassungsgesetz* - de ahora en más LOJ), la competencia de este tribunal es compleja: tiene competencia originaria en delitos de fuerte connotación política (§ 120, LOJ), entiende como tribunal de casación contra sentencias dictadas por determinados tribunales, y, en algunos casos como tribunal de apelación (§ 121, LOJ). Ver al respecto Maier, op.cit., ps. 114 y ss.; Gomez Colomer, op.cit., p. 472.

ofendido. De allí que, aun cuando algunos detalles de esta vía procesal puedan ser mejorables, en principio apenas existe alguna alternativa.¹⁹

5. La reparación del ofendido.

Previamente se ha tratado en forma exclusiva la participación del ofendido en, y para, el ejercicio de la persecución penal. Este, sin embargo, no es con frecuencia el interés real de la víctima del delito: lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. El imponer tales pretensiones resarcitorias es, sin embargo, tradicionalmente misión de un procedimiento civil de reparación. Pero éste es, frecuentemente, una vía larga y penosa, e incluso tal vez, en última instancia, hasta infructuosa. Ello no sólo porque el ofendido se ve constreñido de este modo a un procedimiento civil adicional, junto con el procedimiento penal; también puede no recibir nada si el autor, por su parte, carece de medios, o se ha sustraído por completo a una ejecución. Frente a esto, el derecho alemán pretende ayudar al ofendido de dos maneras:

5.1. Por un lado, posibilitando al ofendido el hacer valer su pretensión resarcitoria contra el imputado ya en el procedimiento penal (§ 403, OPP). Ciertamente es que este, así llamado, "*procedimiento de adhesión*" se encuentra abierto al ofendido sólo para pretensiones fundadas en derechos patrimoniales. De allí que el procedimiento de adhesión entre en consideración sobre todo para daños ocasionados por delitos patrimoniales, pero también para la pretensión de resarcimiento en el caso de lesiones corporales o delitos contra el honor. El rol procesal del ofendido en este procedimiento no es, sin embargo, demasiado fuerte, ya que ni siquiera consigue la posición jurídica del querellante adhesivo, sino que sólo tiene el derecho a participar en el debate. Si bien una unión similar entre procedimiento penal y civil es

19. Cf. Jung, (nota 4), ps. 1165 y s.

contemplada también en otros países —como, por ejemplo, en Francia, con gran éxito—,²⁰ en la praxis, lamentablemente, esta posibilidad es escasamente utilizada: esto sucede, por lo pronto, con los abogados, quienes no encuentran un aliciente suficiente para esta combinación entre procedimiento civil y penal dados los honorarios que les corresponden por este esfuerzo adicional. E incluso, si alguna vez se llega a tal punto, los tribunales penales temen, frecuentemente, un retraso o complicación del procedimiento, y por tal motivo hacen uso, no pocas veces, de la posibilidad jurídica de rechazar el procedimiento de adhesión por “inadecuado” (§ 405, OPP).²¹ Lamentablemente, tampoco la Ley de Protección a la Víctima de 1986 ha introducido alguna mejora en este sentido.²²

5.2. Mucha mayor trascendencia, por lo pronto, le corresponde a la *indemnización del ofendido por medios estatales*: esta vía fue abierta mediante la “Ley sobre la Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos (IVD)” del 11.05.1976.²³ Sin embargo, bien comprendida, se trata no tanto de una ley civil de resarcimiento, como el que debería efectuar el ofensor, sino simplemente de un seguro social para aquél que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un hecho violento, y no pueda, por otra vía, obtener compensación alguna (confr. §1, IVD).²⁴ Por ello, la indemnización es prestada por el Estado (§4, IVD): dado que el ciudadano deja su protección en manos del Estado, parece legítimo que un ciudadano lesionado por un delito pueda esperar la correspondiente asistencia a través del Estado en aquellos casos en que la protección estatal contra el delito haya

20. Cf. Grebing, *Die Möglichkeiten der Entschädigung des Opfers einer Straftat im französischen Recht*, en: *Rev. Int. de Droit Penal*, 1973, ps. 338-354, así como infra IV.4.2.

21. Cf. Peters, *Strafprozess*, 4ta ed., 1985, ps. 586 y ss., Jung (nota 4), ps. 1170 y s.

22. Cf. Weigend (nota 7), pag. 1176.

23. BGBI. 1976, p. 1181; nueva edición en BGBI. 1985, I, p. 2.

24. Kleinknecht, *StPO*, 35ta ed., 1985, apéndice A 5, adv. prel. 1, acerca del § 1 OEG.

fallado.²⁵ Si bien son posibles otras, y tal vez mejores, soluciones para el resarcimiento de la víctima,²⁶ con la conseguida hasta el momento se ha iniciado, en todo caso, un cambio fundamental: si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial al castigo del delito, dejando librada a la víctima a su propia suerte, ahora se le dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente reestablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima.

6. Otras facultades del ofendido

Más allá de las formas especiales de participación del ofendido en el procedimiento penal antes mencionadas, aun quedan, para concluir, algunas facultades generales por señalar que también corresponden al ofendido en todo procedimiento penal, cuando él no asume, por consiguiente, el rol de actor privado o querellante adhesivo. A este grupo pertenecen, particularmente:

—El derecho del ofendido a *examinar las actuaciones* en tanto no se opongan a ello intereses preponderantes dignos de atención del imputado o de un tercero (§ 406e, OPP).

—El derecho del ofendido a *contar con asistencia jurídica* (§ 406f, OPP).

—El derecho del ofendido a *ser informado acerca del resultado del procedimiento* (§ 406d, OPP), así como

—una mayor *protección frente a una exposición pública*,

25. Sobre otros detalles acerca de este proceso público de indemnización jurídica, cf. Schultz-Lücke/Wolf, *Gewalttaten und Opferentschädigung*, 1977, así como el comentario de Kunz, *Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten*, 1981.

26. Acerca de tales esfuerzos cf. Jung (nota 4), ps. 1170 y ss., así como el informe de derecho comparado de Grebing, *Die Entschädigung des durch die Straftat Verletzten*, en: "ZStW" 87 (1975), ps. 472 y ss.

mediante la posibilidad de excluir al público durante la declaración testimonial del ofendido (§ 171b de la Ley de Organización Judicial) —una mejora considerable, sobre todo para los casos de delitos sexuales.²⁷

También estas innovaciones, originadas sobre todo en la ley de protección a la víctima de 1986, señalan que el ofendido asciende, cada vez más, de su papel tradicional de mero medio de prueba (testigo), al de sujeto procesal, conformador del procedimiento penal.²⁸

IV. Breve exposición de derecho comparado: viejos y nuevos modelos

No sólo la tendencia favorable al ofendido de la ley alemana de protección a la víctima, sino también una ojeada más allá de las fronteras muestran al fortalecimiento de la protección a la víctima como una coyuntura generalizada: casi se tiene la impresión de que nos encontramos frente a un renacimiento de la víctima.

A nivel internacional, la protección a la víctima en el procedimiento penal se encuentra frecuentemente vinculada al intento de otorgarle un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito.²⁹ Por lo tanto, en el siguiente cuadro —que no pretende ser exhaustivo— se partirá de esta perspectiva favorable a la víctima.

27. Más detalles al respecto en Weigend (nota 7), ps. 1172 y s.

28. Así también la evaluación de Riess/Hilger, "NSTZ" 1987, p. 155, quienes, en su carácter de funcionarios ministeriales, tomaron parte de manera no poco importante en la génesis de estas nuevas leyes procesales.

29. Véase, a tal fin, para la situación global alemana: Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlín, 1987, con algunas observaciones de derecho comparado.

1. Argentina: el fortalecimiento de la víctima en el nuevo proyecto de Código Procesal Penal de la Nación

Argentina se encontrará al comienzo de esta exposición por el hecho de que ella ha presentado a la crítica internacional, en la forma de un "Proyecto de Código Procesal de la Nación",³⁰ un trabajo de reforma que, en comparación con la situación jurídica actual,³¹ pretende claramente mejorar la situación del ofendido en el procedimiento penal. La ley hasta ahora vigente —aunque, en verdad, sólo para el ámbito federal—, el "Código de Procedimientos en Materia Penal para la Justicia Federal y los Tribunales Ordinarios de la Capital y Territorios Nacionales" (CPMP) de 1889 concede, en lo esencial,³² al ofendido por un delito de acción pública el derecho a la acción privada (*querrela*).³³

Frente a esto, el Proyecto contempla reglas esencialmente diferenciadas. El ámbito de aplicación de la acción privada (ahora, *querrela exclusiva*) se reduce a los delitos de acción privada puros (art. 86 del Proyecto),³⁴ en favor de una acción accesoria posible para todos los delitos de acción pública (*querrela adhesiva*—arts. 78-85 del Proyecto—), que comprende el derecho a una solicitud de ejercicio de la acción pública (art.

30. *El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, con una introducción de Julio B. J. Maier, en: *Cuadernos de la Revista Doctrina Penal*, Núm. 1, Buenos Aires, 1987, ps. 645-776.

31. Acerca de las dificultades de la transición hacia un modelo de procedimiento penal acorde con las exigencias democráticas, después de una dictadura salvaje, informa el constitucionalista español Andrés Ibañez, *La justicia argentina. Derecho después de la barbarie*, en "El País", Nro 4.082, del 15/06/1988, pág. 12.

32. Además según el art. 411, CPMP, ya con la orden de prisión preventiva se puede disponer, con el fin de asegurar la pretensión resarcitoria del ofendido, el embargo sobre los bienes del autor. En el mismo sentido, el art. 496, CPMP, prevé —en verdad, sin mayores precisiones— que se deberá resolver en la sentencia acerca de la responsabilidad civil.

33. Arts. 170-177 CPMP.

34. Acerca de las reglas procesales, ver arts. 374-382 del Proyecto.

78).³⁵ Para el procedimiento de acción privada se propone, antes de ingresar en el propio debate, un intento de conciliación (art. 377 del Proyecto), similar al previsto en el § 380, OPP.

Junto a otras propuestas dirigidas a la víctima³⁶ se prevé una extensa regulación de la reparación civil del ofendido (*reparación privada* —arts. 87-107 del Proyecto—). Estas reglas no carecen de interés, ya que solucionan cuestiones aparentemente remotas, pero, no obstante, relevantes en la práctica, como por ejemplo la inclusión en el procedimiento penal de un tercero, no ya penal, sino civilmente responsable,³⁷ o el deber del tribunal de decidir, aun en una sentencia absolutoria, sobre lo atinente a la responsabilidad civil.³⁸ Esta regulación diferenciada para la *acción civil* en el procedimiento penal sugiere la posibilidad de que se busque una de las causas del fracaso del procedimiento de adhesión alemán, conforme lo regula el § 472a, OPP, en la falta de disposiciones análogas e igualmente clarificadoras.³⁹

2. Austria: el arrepentimiento activo y los hechos no merecedores de pena

Al contrario que la ubicación arriba descripta de la reparación por el daño causado en el procedimiento penal, el nuevo derecho austriaco conoce, sobre todo, dos⁴⁰ estímulos materiales

35. Acerca de los derechos individuales de los querellantes por adhesión, cf. arts. 269 y s. del Proyecto.

36. Así, por ejemplo, el art. 400 del Proyecto (extinción de la pena por perdón del ofendido en algunos de los delitos vinculados con el ámbito privado), el art. 327, referido a la determinación de la responsabilidad civil en la sentencia, y el art. 403, que prevé la ejecución de la condena civil ante los tribunales civiles, y conforme las reglas procesales civiles.

37. Arts. 97, párr. 2, y 100-107 del Proyecto.

38. Art. 87, párr. 2 del Proyecto.

39. Para otras razones, cf. ya supra III.5.1.

40. Otras disposiciones, que premian la reparación del daño por parte del autor se encuentran, entre otras, en el § 183b, CPaust (arrepenti-

para la reparación del daño, los cuales son sostenidos más a partir de la idea de "reparación en vez de pena", que de la reparación como *sanción adicional*.

De una significación especialmente importante es, al respecto, la regulación del § 167 del Código Penal austriaco (CPaust) del "*arrepentimiento activo*". De acuerdo con éste, el autor puede evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él, "sin ser obligado a ello", realiza una reparación completa antes de que su responsabilidad sea conocida por el órgano encargado de la persecución penal. Esta prescripción resarcitoria tiene un amplio campo de aplicación, extendido aun más por la ley de reforma penal de 1987, con sus diferentes modalidades.⁴¹ De esta manera, la exención de la pena mediante el arrepentimiento activo es posible aun en el caso de que el autor cometa un delito patrimonial con un perjuicio económico particularmente elevado, e incluso superando el límite de 500.000 chelines (alrededor de 70.000 marcos alemanes*), donde la pena privativa de libertad correspondiente podría alcanzar los diez años.⁴² Por lo tanto, el fundamento de la exención de la pena del § 167 del CPaust sólo puede residir en el hecho de que se pretenda procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder el paso. La gran cantidad de resoluciones judiciales referidas al § 167 del CPaust,⁴³ así como la ya mencionada ampliación de su ámbito de aplicación, demuestra que existe una fuerte voluntad de

miento activo en delitos contra el medio ambiente), § 34, Nro 14, CPaust (atenuación de la pena en el caso de reparación del daño), § 410, de la Ordenanza Procesal Penal austriaca (atenuación posterior de la pena en caso de reparación).

41. δBGBl, 1987, (Nro 605), ps. 3969 y ss.

* Aproximadamente u\$s 40.000. (*N. de los T.*)

42. Cf. por ejemplo § 128, II, OPPaust.

43. Cfr. solamente las disposiciones reproducidas en Foregger/Serini, *StGB*, 3ra edición, Viena, 1984, nota al § 167.

aplicar esta norma, y que su recepción en la práctica ha sido positiva.

El arrepentimiento activo como causa de exclusión de la pena no se encuentra aislado en el sistema del nuevo derecho penal austriaco, que considera con mayor fuerza la reparación, y con ello los intereses de la víctima. Hasta ahora, el instituto jurídico de “ausencia de merecimiento de pena del hecho”, previsto para la descriminalización de los casos de bagatela por el § 42 del CPAust, era un instrumento que permitía eximir de pena al autor en caso de una reparación rápida, aun cuando el daño sobrepasara el límite de la bagatela y la reparación tuviera lugar poco tiempo *después* de la denuncia.⁴⁴ Esta jurisprudencia encontró, mediante la ley de reforma penal de 1987,⁴⁵ una clara ratificación en el nuevo texto legal. De acuerdo a éste, un hecho amenazado con pena pecuniaria, privativa de libertad no superior a tres años, o ambas, no es punible, entre otras posibilidades, “en tanto el autor se haya al menos ocupado seriamente de eliminar las consecuencias del hecho en lo esencial de repararlas, o de compensarlas por algún otro medio” (§ 42, Nro 2, párrafo 1, CPAust). Esta regulación, aplicable a todos los *delitos de acción pública* (dentro del ya mencionado marco de punibilidad), tiene un gran campo de aplicación. Por un lado, contempla el ámbito de los delitos de lesiones corporales, particularmente, los masivos delitos de lesiones culposas⁴⁶ (sobre todo en el tránsito); por otro, parece importante resaltar que el daño no debe ser reparado por completo, sino que sólo debe ser “eliminado” o “reparado” “en lo esencial”. Será interesante observar si esta disposición, que persigue un acuerdo entre autor y víctima, será tan exitosa como aquella del § 167, del CPAust.

44. Así expresamente OLG Linz del 27/8/82 - 7, Bs 207/82, en: “öJZ-LSK” 1983/1, acerca del § 42, párr. 1, núm. 2, CP.

45. Supra, nota 40.

46. § 88 del CPAust, pero también, por ejemplo, las lesiones graves según el § 84 del CPAust.

3. Suiza: incentivos materiales a la reparación

Al igual que en Austria, en Suiza el núcleo de la defensa de los intereses de la víctima reside en el derecho material. Respecto al derecho vigente,⁴⁷ es necesario hacer referencia en primer lugar a la regla del art. 41, inc. 1, Nro 1 del Código Penal suizo (CP suizo), según la cual el *resarcimiento del daño* constatado judicialmente o por acuerdo —en la medida de lo exigible al condenado— es condición indispensable para la suspensión (condicional) de la pena. El derecho suizo llega en este tema más lejos que la disposición alemana del § 56, párrafo 1ro, OPP, la cual menciona al comportamiento del autor “después del hecho” sólo como uno de los múltiples criterios facultativos a tener en cuenta para decidir acerca de la suspensión condicional de la pena.

Otro incentivo para que el autor repare el daño causado se encuentra en las circunstancias atenuantes generales del ejercicio del *arrepentimiento sincero* (art. 64, inc. 8 del CP suizo). El resarcimiento del daño, que es mencionado expresamente como caso típico, conduce a una disminución de la pena, si bien no obligatoria, no alcanzando con ello la amplitud del campo de aplicación de los §§ 142 y 167 del CP austriaco.

Finalmente, se debe mencionar, con relación al tema, los arts. 77 y 78 del CP suizo, que establecen como condición indispensable para la *rehabilitación*⁴⁸ judicial la restitución del daño ocasionado.

Una función común de todas estas normas suizas, que sirven, en primer lugar, a los intereses del ofendido, reside, sin duda, en el hecho de que desde el punto de vista de un imputado —no convencido de su inocencia— se puede exponer la dependencia de una ventaja propia, en la forma de una suspensión

47. Código penal suizo del 21/12/37, en vigor desde el 1/1/42.

48. Rehabilitación para desempeñar una profesión, empleo o cargo (art. 77), para ejercer la patria potestad y recobrar la aptitud para ser tutor (art. 78). En este último caso, la obligación de resarcir el daño se encuentra condicionada por su exigibilidad.

de la pena, de una disminución o de una rehabilitación, de la reparación del daño como una exigencia justa, y, por ello mismo, no carente de sentido. Por lo tanto, le corresponde a estas normas una doble función:

—por un lado, la tendencia favorable a la víctima dirigida a la reparación del daño en el procedimiento penal o en su contexto,

—por otro, el hacer honor a los intentos de reparar el daño por parte del autor, evitando su resentimiento frente a la comunidad jurídica (por “doble” sanción de su comportamiento incorrecto).

En aquellos casos en los que se prevea que el autor no va a reparar el daño en forma inmediata, el derecho suizo prevé “*trabajo a favor del perjudicado*” (art. 60, CP suizo), que consiste en la posibilidad de conceder al perjudicado objetos incautados o el respectivo producto de su liquidación (inc. 1ro), hasta satisfacer el derecho de resarcimiento, o incluso —en caso de penuria económica de la víctima causada por el hecho— la multa pagada por el condenado (inc. 2do).⁴⁹

La *discusión* nacional en torno a la *reforma* se caracteriza por la tendencia a premiar los intentos de reparación del autor en aun mayor medida que el derecho vigente hasta el momento. De este modo, Schultz, en su proyecto de reforma de marzo de 1985, propone prescindir de la persecución penal en aquellos casos en que “el autor haya llevado a cabo un esfuerzo económico importante y haya reparado el daño por él causado, o cuando el autor, mediante un importante esfuerzo que haya repercutido de modo relevante en su modo de vida, ha procurado compensar el injusto por él cometido”.⁵⁰

49. Acerca de similares usos restitutivos del comiso y la confiscación de ganancias en el derecho alemán, Cfr. Eser, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübingen, 1969, ps. 117 y ss., 381.

50. Schultz, Informe y anteproyecto para la revisión de la parte general y el libro tercero “Einführung und Anwendung des Gesetzes” del código penal suizo, marzo 1985, Berna 1987, art. 55. En igual sentido también el anteproyecto (suizo) de ley federal sobre ayuda a la víctima de hechos punibles contra la integridad física y la vida, del 12/8/86, allí art. 66.

El aspecto interesante, desde el derecho comparado, de esta propuesta reside en el énfasis puesto en el especial “esfuerzo” económico que debe significar para el autor la *restitución a la víctima*. De este modo, se evita una crítica a la que se ha visto expuesto, sobre todo, el derecho austriaco; sus disposiciones, anteriormente descriptas (en IV.2), contenidas en los §§ 42 y 167 del CPaust, favorecen con claridad a los autores de mejor situación económica, o, expuesto de otro modo: las ventajas de estas normas resultan inalcanzables para autores carentes de medios o con una situación financiera débil. Visto de otra manera: ellas pueden convertir a la sanción penal de comportamientos delictivos en un riesgo aceptable para autores económicamente poderosos, ya que la causa de exención de pena del § 42 entra en consideración también en los casos de reparación *posterior* a la denuncia. En este sentido, la propuesta más diferenciadora de Schultz parece preferible.

4. El ámbito jurídico romano: la tradicionalmente fuerte protección de los intereses del ofendido

4.1. Italia

El derecho italiano vigente presenta aspectos favorables al ofendido, particularmente en el derecho procesal, aunque también en el derecho material la consideración de la reparación juega un cierto papel.

En primer lugar, debemos referirnos, en cuanto al derecho *material*, al art. 62, Nro 6 del Código Penal italiano (CPit), según el cual la *reparación del daño* representa una causa general de atenuación de la pena cuando tiene lugar antes del debate,⁵¹ o cuando el autor toma, con anterioridad a ese momento, medidas voluntarias y efectivas destinadas a reducir el daño

51. Acerca del significado del elemento: “prima del giudizio”, cf. Crespi/Zuccala/Stela, (Hrsg.), *Comentario breve al Codice Penale*, Padua, 1986, nota VI, núm. 5, acerca del art. 62, (p. 191).

causado. La atenuación de la pena mediante reparación fue regulada de este modo desde un principio en el CP vigente de 1930, el cual, por lo demás, también regula en detalle, desde hace tiempo, las consecuencias del delito para el derecho civil (arts. 185-198 del CPit), incluyendo hasta una hipoteca legal obligatoria y un derecho de secuestro sobre los bienes muebles, entre otras medidas, con el fin de asegurar la pretensión resarcitoria del ofendido y sus costos procesales (art. 189, CPit).

Además de estas reglas, también favorables al ofendido, del derecho material italiano vigente, existe un *proyecto de reforma* del mayor interés, que contempla una forma de reacción penal nueva para Italia para los casos de defraudación mediante cheque, y que se funda en el hecho de que en Italia los cheques circulan con mucha facilidad, y, por lo tanto, estos delitos suceden en gran escala. El art. 1 del proyecto, ya tratado en el Parlamento,⁵² obliga al librador del cheque a pagar al perjudicado una multa del 10% de la suma del cheque, si éste no estaba cubierto o el autor no se encontraba autorizado para extenderlo. En el caso de cheque sin fondos, el hecho, conforme el art. 7 del proyecto, se tiene por no cometido si el autor, dentro de los 60 días posteriores a la intimación del cumplimiento, se allana a la ya mencionada multa, los intereses y todos los gastos del perjudicado. De este modo, el fracaso del acuerdo entre el autor y víctima ofrecido por la ley —cuyo efecto es la satisfacción a través de la multa— resulta un presupuesto de la persecución penal, y, por lo tanto esta regla, más amplia que los casos ya mencionados de atenuación o exclusión de la pena por la reparación, conforma una auténtica alternativa a la sanción penal.⁵³

52. *Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari. Disegno di legge presentato al Senato il 5 ottobre 1987*, en: *L'Indice penale*, 1988, ps. 106-108.

53. Sobre propuestas de sustitución de la pena por medio de instrumentos de reparación de derecho civil en el ámbito de los delitos contra el honor, véase Manna, *La disciplina dell'informazione fra diritto civile e diritto penale*, en: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, ps. 57-67, (en especial 65-67).

En el *derecho procesal* italiano, el centro neurálgico de la protección de los intereses del ofendido reside, desde hace tiempo (Codice di Procedura Penale de 1930)*, en la acción civil en el procedimiento penal (*azione civile*** —arts. 91-106 CPPit). El Anteproyecto de Código Procesal de febrero de 1988⁵⁴ mantiene, en forma considerable, estas disposiciones.⁵⁵ La Comisión de Reforma, sin embargo, era de la opinión de que las normas referidas a la *azione civile*, por sí solas, no bastaban para la protección del ofendido. Los problemas surgen, sobre todo, en aquellos casos en que la víctima carece de medios para pagar al abogado requerido para el ejercicio de la acción civil, o cuando —por cualquier razón— no desea instar la acción civil. En estos casos, sólo le queda a la víctima el papel de un mero participante en el procedimiento, prácticamente sin derechos. El Anteproyecto pretende remediar este déficit mediante diversas normas que, con prescindencia de la acción civil, persiguen una mejor posición jurídica de la víctima en el procedimiento.

Así, el *Anteproyecto* contiene un título específico sobre la víctima,⁵⁶ donde, en primer lugar, se regula el derecho de la víctima a formular peticiones, sobre todo referidas a la prueba (art. 89, inc. 1***. Además, las asociaciones que tienen por fin representar los intereses de las víctimas, de importante difusión en Italia, encuentran reconocimiento normativo (art. 90-94 del Proyecto, 91-95 de la versión definitiva). De este modo, se reafirma la jurisprudencia referida al tema. Otras propuestas de reforma

* El autor se refiere al viejo CPP italiano. El Anteproyecto que se menciona en el artículo, como el mismo autor lo aclara, ya ha sido sancionado, aunque con modificaciones con relación al texto original, que es el citado en el trabajo. (N. de los T.)

54. *Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale*, en: *Speciali Documenti Giustizia - 1*, Instituto Poligráfico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, ps. 41-342.

55. Art. 73-88, *Progetto*, (nota 54), ahora *Codice* 74-89.

** En italiano en el original, al igual que las demás citas en idioma extranjero que se hacen a lo largo de la exposición. (N. de los T.)

56. Libro I - Título VI: Persona ofensa del reato.

*** Art. 90, inc. 1ro de la versión definitiva del CPPit. (N. de los T.)

recomiendan la concesión a la víctima de asistencia técnica (art. 100), aquí también, más allá del procedimiento civil, y establecen los derechos de la víctima en el debate (art. 498), así como los relativos a ser informado acerca de la marcha del procedimiento (art. 154). Finalmente, se debe conceder a la víctima la facultad de recurrir *autónomamente* (art. 565), por cierto, también en lo atinente a la parte jurídico-penal del fallo*. Entre tanto, este Anteproyecto ha ingresado en el proceso legislativo parlamentario, y —contra lo esperado— ha sido rápidamente aprobado,⁵⁷ con lo cual la nueva ley procesal mantiene, en lo esencial, las disposiciones del Proyecto.

4.2. Francia

También allí se da un cuadro análogo: expresiones de una protección de los intereses del ofendido se hallan, en primer lugar, en el derecho procesal. No obstante, también el derecho material presenta disposiciones cuya tendencia apunta, también, en todo caso, a la protección de los intereses del ofendido.

Así, en el *derecho material* el arrepentimiento activo conduce en algunos casos a una atenuación de la pena (como por ejemplo, según el art. 343, párr. 2 del Code penal (CPfr), en el caso de la liberación voluntaria de un rehén) o, tal vez, a la exención de la punibilidad de un miembro arrepentido de una asociación ilícita, que colabora con los órganos de persecución penal con otras revelaciones (art. 768 CPfr). Sin embargo, sobre todo en este último caso, las consideraciones de reparación apenas deben haber contado en los motivos del legislador.

Mayor significación tienen los criterios de reparación en algunas disposiciones de *derecho procesal* del Code de procé-

* En la versión definitiva del CPPit, el ofendido, o las asociaciones facultadas para intervenir en el procedimiento en tal carácter, tienen la posibilidad de solicitar al ministerio público la impugnación de la sentencia mediante el recurso de casación (art. 572). (*N. de los T.*)

57. Codice di procedura penale. D.P.R. 22 de settembre 1988, Gazzetta Ufficiale, 24 ottobre 1988, Suppl. od. n. 1.

dure pénale (CPPfr) relativas a la aplicación de la pena. Así, la reparación puede conducir, en los delitos menos graves y en las contravenciones, a una atenuación de la pena (art. 467-1) y, si otras circunstancias concurren con ella, a la exención de la punibilidad (art. 469-2). Del mismo modo, la reparación cumple un rol en el marco de la suspensión de la decisión sobre la imposición de una pena (469-3), a cuyo efecto —análogamente a como en la propuesta de Schultz para Suiza (supra IV.3)— se debe tener en cuenta la capacidad económica del autor (“compte tenu des ressources du prévenu”).

También la posibilidad de la *transacción* —una especie de avenimiento sobre la acción en el proceso penal— podría resultar de interés, a primera vista, respecto de una conciliación entre autor y víctima. Sin embargo, la extinción de la acción pública en virtud de una *transacción* entra en consideración sólo en los casos previstos por la ley para ello; ésta se encuentra sólo en el derecho fiscal,⁵⁸ aduanero,⁵⁹ forestal⁶⁰ y agrícola.⁶¹ En estos casos, en los que normalmente se trata de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, la acción pública es ejercida por la autoridad administrativa correspondiente, que entonces puede disponer de la acción por vía de la *transacción*.⁶² En el ámbito de la protección de bienes jurídicos individuales, de los cuales se trata ante todo en esta reseña, no existe una posibilidad de disposición de la acción penal de esta clase: así, este avenimiento queda sin posibilidad de influir sobre la acción penal.⁶³

No obstante, la acción civil⁶⁴ es el instrumento más importante del ordenamiento jurídico francés, para la satisfacción de los intereses de reparación del ofendido por el hecho punible.

58. Art. 1879 del *Code général des impôts*.

59. Art. 350 del *Code des douanes* de 1948.

60. Art. 105 del *Code forestier* de 1952.

61. Art. L. 457 del *Code rural*.

62. Más detalles acerca de la *transaction*: Stefani/Levasseur/Bouloc, *Procédure pénale*, 13ra ed., Paris, 1987, Nro 137.

63. Art. 2046, párr. 2, Code Civil: La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public. Cf. también art. 2 párr. 2 del CPPfr.

64. Véase supra, nota 1.

Grebing, que puso al alcance de los lectores alemanes la regulación de la *action civile* en detalle,⁶⁵ destaca la "extraordinaria popularidad" de su ejercicio.⁶⁶ El vio tendencias restrictivas respecto de la legitimación para accionar de las sociedades de protección a la víctima,⁶⁷ que era en aquel entonces todavía cuestionada. Esta tendencia, entre tanto, se ha revertido: en una serie de leyes complementarias de la primera mitad de los años ochenta, el legislador francés ha atribuido a las sociedades de protección a la víctima legitimación para accionar en algunos ámbitos (arts. 2-1 a 2-5 del CPPfr). La significación cada vez más creciente de la *action civile* se evidencia también en una ley del 8 de julio de 1983,⁶⁸ que ha modificado algunas disposiciones del Code de procédure pénale con el fin de facilitarle al ofendido la obtención de una indemnización. Así, incluso habiendo formulado la acción civil ante el tribunal penal,⁶⁹ el actor civil puede no obstante, solicitar protección jurídica provisional del tribunal civil (art. 5-1 del CPPfr). Además de esto, en los casos de lesiones u homicidios culposos, el asegurador del autor del hecho penal puede ser incluido en el procedimiento penal (art. 338-1 del CPPfr). En este caso la decisión del tribunal penal tiene eficacia también respecto de él.

Con respecto a posibles *propuestas de reforma*, se debe hacer alusión a la discusión de modelos alternativos que, bajo la consigna de "*déjudiciarisation*", buscan otras opciones a un tratamiento puramente penal de la criminalidad.⁷⁰ Entre las organizaciones de ayuda a la víctima ya mencionadas también se encuentran algunas, que organizan encuentros entre el autor y la víctima con el fin de lograr una conciliación entre ellos (*conciliation*).⁷¹

65. Grebing, (nota 20), en especial ps. 341-349.

66. *Ibidem*, p. 348.

67. *Ibidem*, p. 349.

68. Loi Nro 83-608.

69. Naturalmente, esta también puede ser formulada ante el tribunal civil.

70. Desdevises, *Les association d'aide aux victimes*, en: *Revue de Science criminelle*, 1985, ps. 541 y ss.

71. *Ibidem*, ps. 542, con ulteriores referencias, y 547.

4.3. España

No se da un cuadro esencialmente diferente en este país. En efecto, apenas se encuentran criterios de reparación en el derecho *material*: según el art. 9, Nro 9 del Código Penal (CPesp), se debe conceder una atenuación de la pena en el caso de una reparación voluntaria del daño por parte del autor, merced a un arrepentimiento activo sin haber tenido conocimiento de la iniciación de un sumario. Asimismo, se debe mencionar al perdón entre las causas de justificación (*perdón* —art. 112, Nro 5 CPesp—), aunque éste sólo entra en consideración en los tipos que no constituyen delitos perseguibles de oficio (como, ante todo, en los delitos sexuales —excepto la violación— de acuerdo al art. 443, y en los delitos contra el honor, de acuerdo al art. 467 del CPesp). Sin embargo —como en Italia⁷²—, es digna de mención la detallada regulación de la responsabilidad jurídica civil del autor que contiene la ley penal (arts. 101-111 del CPesp).

Tampoco la propuesta de un *anteproyecto* de un nuevo Código penal de 1983⁷³ ofrece innovaciones especiales en los aspectos que se refieren a la reparación.⁷⁴

En cambio, aspectos favorables al ofendido se encuentran, también en España, —al igual que en los demás países latinos y, por otra parte, del mismo modo que en Grecia⁷⁵— ante todo

72. Véase *supra* IV.4.1.

73. *Propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, publicación del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2da ed., Madrid, 1984.

74. Fuera de las disposiciones ya vigentes, la reparación del daño debe cobrar significación para la cuestión de la suspensión de la pena a prueba (art. 75, Nro 3 anteproyecto) y la eliminación de los antecedentes penales (art. 113, párr. 2, Nro 2 anteproyecto).

75. Sobre Grecia se informa que la acción civil goza de gran popularidad, y que no hay ningún procedimiento penal sin parte civil cuando el hecho punible ha ocasionado un daño a alguien y no ha sido alcanzado un acuerdo entre el autor y la víctima. (así, Benakis, *Die Entschädigung des Opfers einer Straftat nach griechischem Recht*, en: *Revue Internationale de Droit Penal* 44 (1973), ps. 816-320).

en el *derecho procesal penal* bajo la forma de la *acción civil*, que ha encontrado una regulación legal pormenorizada.⁷⁶ Pero en comparación con la acción civil de otros países latinos (Italia, Francia), llama especialmente la atención el hecho de que el ofendido no necesita formular y sostener expresamente la acción civil,⁷⁷ sino que es el Ministerio Público Fiscal el que está obligado a interponer la acción civil ante el tribunal penal, a menos que el ofendido haya renunciado expresamente a ella (art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De este modo se evidencia, para los casos en los que el ofendido no puede formular una acción civil por problemas financieros, una solución alternativa a la posibilidad de otorgamiento de asistencia judicial gratuita a la víctima carente de recursos.

5. Ambito jurídico del common-law: la *restitution* como sanción independiente

La *restitution*, como sanción del derecho penal en los EEUU y en Gran Bretaña,⁷⁹ no es, por lo pronto, algo esencialmente diferente, en sus efectos, a la condena del autor a indemnizar los daños y perjuicios frente a la acción civil del ofendido que se da en el procedimiento penal de los países latinos.

Sin embargo, una significación independiente e innovadora les cabe, al reglamento de restitución en los EEUU, y a la *compensation order* en Gran Bretaña, cuando ellas sustituyen total⁸⁰ o parcialmente⁸¹ a las multas o a las penas privativas de la libertad.

76. Cf. nota 1.

77. Lo que, sin embargo es posible.

78. Por ejemplo, como condición para la suspensión de la pena a prueba: California Penal Code § 1203.1, New York Penal Law § 65.10 (2) (g).

79. Por ejemplo, sección 28, *Theft Act*, 1968.

80. Compensation order: *Criminal Justice Act*, 1982, sección 67.

81. Restitution order: por ejemplo, en *Federal Victim and Witness Protection Act* de 1982, 18 USC, §§ 3579-3580.

La ubicación sistemática dentro del derecho penal de estas sanciones, y especialmente su relación con los fines de la pena, son sin embargo en gran parte todavía poco claros. La *compensation order* del derecho británico ha sido descrita in extenso por Jung,⁸² quien, sin embargo, se ve forzado a constatar su (aun) exigua significación en la práctica judicial.⁸³

El rol de la víctima en Inglaterra dentro del derecho procesal ha sido objeto, últimamente, de un examen más detallado por parte de Schilling.⁸⁴

6. El ámbito jurídico socialista: el caso de la R.D.A.*

La idea de la reparación tiene una significación considerable en el derecho penal de la R.D.A. Por lo pronto, el § 24, párr. 1 del R.D.A.-CP, establece la obligación de intentar hacer valer las *pretensiones de indemnización por daños en el procedimiento penal*, en los hechos punibles que acarrearán como consecuencia daños materiales. El tribunal debe decidir en su sentencia, de acuerdo al § 242, párr. 5 de la R.D.A.-OPP, en todo caso, sobre el fondo de la pretensión de indemnización del ofendido, y sólo en el caso de que la decisión sobre su cuantía no resulte oportuna en el procedimiento penal, puede remitir la cuestión, en esta medida, al tribunal competente para su tratamiento. De este modo, el derecho procesal de la R.D.A. va sustancialmente más allá que el alemán federal, que permite al juez en el § 405,

82. Jung, *Compensation order - Ein Modell der Schadenswiedergutmachung?*, en: "ZStW" 99 (1987), ps. 497-535. Antes ya Huber, *Die Entschädigung des Verletzten, Lösungen im Common Law Bereich*, en: *Revue Internationale de Droit Penal* 44 (1973), ps. 321-337.

83. Cf. Jung, (nota 82), p. 531.

84. Schilling, *Die Rolle des Opfers in der englischen Strafprozessordnung*, en: Kühne (Hrsg.), *Opferrechte*, (nota 89), ps. 46-63.

* El artículo traducido es cronológicamente anterior a la unificación entre la RFA y la RDA, que ha borrado de un plumazo a las normas procesales y sustantivas de esta última. (N. de los T.)

Párr. 2 de la OPP el rechazo general de la proposición de un proceso de adhesión, en caso de improcedencia de la tramitación de una pretensión de indemnización del daño en el proceso penal.

En los hechos punibles que acarrearán daños materiales el tribunal, por lo pronto, analiza la posibilidad de la *delegación en un tribunal de la sociedad* (§§ 28 R.D.A.-CP, 58-60 R.D.A.-OPP),⁸⁵ cuya potestad para sancionar incluye, bajo el concepto de “medidas de enseñanza”, entre otras, la imposición al ciudadano de la obligación de disculparse con el damnificado o con la colectividad (§ 29, párr. 1, núm. 1, R.D.A.-CP), o de entregar una indemnización dineraria, conforme a las pautas legales, o de reparar los daños ocasionados mediante su trabajo personal (núm. 2).

Si no se llega a una delegación en el tribunal de la sociedad, pero los fines educacionales del proceso penal pueden ser alcanzados mediante una condena de indemnización de daños y perjuicios, entonces, se debe dar al proceso esta clase de conclusión y prescindir de la pena (§ 24, párr. 2 del R.D.A.-CP). En la misma dirección apunta la prescripción del § 25, núm. 1 del R.D.A.-CP, según el cual se debe prescindir de medidas de responsabilidad jurídico-penales, cuando el autor demuestra mediante serios esfuerzos, proporcionales a la gravedad del hecho punible, tendientes a la eliminación y a la *reparación* de sus consecuencias dañosas, o mediante *otras prestaciones positivas*, que ha sacado las conclusiones fundamentales para un comportamiento responsable, y que es de esperar por eso de él, que respetará la legalidad socialista.

Como se puede reconocer del estilo de las reglas precedentes, estas disposiciones, que sustituyen la reacción jurídico-penal frente al comportamiento desviado por obligaciones de repara-

85. En general, sobre estos “órganos sociales de protección jurídica”, Eser, *Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege*, Tübingen, 1970 (Recht und Staat Heft 388/389), así como también, sobre el desarrollo ulterior, Körting, *Gründtendenzen in der Entwicklung der Gesellschaftlichen Gerichte der DDR*, en: *Jahrbuch für Ostrecht* 22 (1981), ps. 103-116.

ción o esfuerzos para reparar, deben ser vistas en conexión con la finalidad del derecho penal socialista, que, de acuerdo al preámbulo del R.D.A.-CP, está orientado, ante todo, a enseñar a "las personas" que cometen hechos punibles, a observar la legalidad socialista. Esta *idea de enseñanza* que ocupa un lugar preponderante, y la circunstancia de que el derecho penal socialista debe significar también un instrumento para la construcción de una sociedad socialista, y que por eso, en mayor grado que el derecho penal de los países no socialistas, está al servicio de la protección de bienes jurídicos supraindividuales y colectivos, posibilitan el empleo amplio y flexible de la reparación como alternativa a la pena. Sin embargo, a causa fundamentalmente de las restantes características de la realidad de la sociedad socialista, no es posible seguramente trasladar, sin más,⁸⁶ esta clase de modelos de sanción al derecho penal de países no socialistas.

En esta especial impronta de la protección, sobre todo, de los intereses colectivos, y en el exiguo peso que poseen los bienes jurídicos individuales en el derecho penal de la R.D.A. yace, también, la razón para que en el *derecho procesal penal* de la R.D.A., que no conoce ni la querrela por adhesión ni la querrela privada, a la víctima del hecho punible, prescindiendo de su rol de testigo, casi no le quepa una significación independiente; una postura consecuente en un sistema que confía en poder procurar el bienestar del individuo y la protección de sus derechos dando una notoria preferencia a los intereses colectivos y a su protección.

V. *Panorama*

El tour d'horizon que precedió, forzosamente debió quedar incompleto⁸⁷ y limitarse, en lo esencial, a presentar algunos

86. Así, por ejemplo, con respecto a las desventajas de una continua flexibilización de la protección del derecho penal, cf. Eser (nota 85), ps. 43-46.

87. Así por ejemplo se podría haber hecho mención a las nuevas

modelos de regulaciones (del derecho penal de adultos), que se refieren al derecho de la víctima a la reparación y a su ubicación dentro del derecho procesal.

Pero lo que siempre surge con claridad es que el renacimiento de la víctima en el proceso penal, del que hicimos mención al comienzo, se observa en todas partes. La literatura relativa a este tema es ya casi incalculable,⁸⁸ y el aspecto que tiene que

reflexiones en los Países Bajos, donde la comisión de reforma estatal (Comisión Terwee) recomienda la introducción de la obligatoriedad de la reparación como pena accesoria, la cual desde 1983 también puede ser aplicada como única pena principal (art. 9 del Código Penal de los Países Bajos): *Wettelijke voorzieningen Slachtoffers in het Strafproces, Rapport van de Commissie wettelijke voorzieningen Slachtoffers in het Strafproces, SDU uitgeverij, 's-Gravenhage, 1988*. O de Finlandia, sobre la cual se debería haber informado acerca de la *community conflict resolution program* de la ciudad de 50.000 habitantes Vantaa, existente desde 1984, en la cual ciudadanos legos actúan como mediadores entre el autor y la víctima; cf. Iivari, *Mediation as an alternative resolution on crimes and disputes, Paper presented in the fifth international symposium on victimology*, Zagreb, August 18/23, 1985. No en último lugar, sobre la República Federal Alemana, habría que informar que el conocido grupo de trabajo "Alternativentwurf eines Strafgesetzbuchs", en el que también Armin Kaufmann cooperó activamente desde el inicio hasta último momento, actualmente delibera en torno a un proyecto de ley orientado conforme a pautas de reparación.

88. Cf. por ejemplo, -junto a los ya antes mencionados- Hassemer, *Rücksichten auf das Verbrechensopfer*, en: Kohlmann (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983, Tomo II, ps. 217-234; Hilenkamp, *Möglichkeiten der Erweiterung des Instituts der tätigen Reue*, en: Shöch (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrecht, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Friedrich Schaffstein*, 1987, ps. 81-106; Müller-Dietz, *Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (§ 56b II, Nro 1, StGB)*, en: Jahr (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz*, Köln/Berlin/Boon/München, 1987, ps. 253-269; Neumann, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, en: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt a. M./Bern/New York, 1987, ps. 225-253; Odersky, *Schadensausgleich zwischen Täter und Verletzten - ein Anliegen der Strafrechtspflege*, en: Heberer/Opderbecke/Spahn (Hrsg.), *Ärztliches Handeln - Verrechtlichung eines Berufsstandes, Festschrift für Walther Weissauer zum 65. Geburtstag*, Heidelberg/Berlin/New York,

ver con el derecho comparado concita también cada vez más atención.⁸⁹ Kühne ha descripto los pasos más importantes de la "carrera" de este tema en la R.F.A.⁹⁰ El derecho comparado reclamó día a día, por una parte, instrumentos tradicionalísimos de protección de la víctima —por ejemplo, la acción civil en los países latinos—, pero por otra también nuevas vías: como por ejemplo, la creciente sustitución de las penas por la reparación en el derecho penal austriaco.

Los nuevos modelos son, en verdad, bastante prometedores, pero también plantean numerosos problemas de tipo fundamental, de modo tal que el camino hacia un cuerpo sancionatorio único y coordinado, que combine las consecuencias jurídicas civiles y penales de un hecho punible, y, como ha sido esperado por mí, en principio, para la delincuencia de bagatela,⁹¹ aun parece lejano, y no se debería ser excesivamente triunfalista.

1986, ps. 96-103; Riess, *Die Rechtstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten zum 55. Deutschen Juristentag*, en: *Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages*, Hamburg 1984, Tomo I, München 1984, p. C 1-C136, y Tomo II actas de las respectivas reuniones, ps. L1-L195; Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafwecke*, en: Schöch (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrecht, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Friedrich Schaffstein*, München, 1987, ps. 37-53; Schneider, *Das Opfer und sein Täter - Partner im Verbrechen*, München, 1979; Schöch, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en: *NStZ*, 1984, ps. 385-391; Schünemann, *The future of the victimological approach to the interpretation of criminal law: The use of victimological considerations as a comprehensive, regulative principle for limiting the scope of certain crimes*, en: Miyazawa/Oya, *Victimology in comparative perspective, Papers given at the "Fourth International Symposium on Victimology"*, 1982 in Tokyo-Kyoto, Tokio, 1986, ps. 150-159, Ders., *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, en: *NStZ*, 1986, ps. 193-200; Sessar/Beurskens/Boers, *Wiedergutmachung als Konfliktregelungs-paradigma?*, en: *Kriminologisches Journal*, 1986, ps. 86-104, y en respuesta a éste: Beste, *Schadenswiedergutmachung - ein Fall für zwei?*, en: *Kriminologisches Journal*, 1986, ps. 161-181.

89. Por ejemplo, en Kühne (Hrsg.), *Opferrechte im Strafprozess, Ein europäischer Vergleich*.

90. Kühne, *Einführung*, (nota 89), ps. 1-15.

91. Cf. Eser (nota 85), p. 51.

Sólo quedaría por aclarar, por ejemplo, la ubicación de la reparación en el sistema de la teoría de la pena,⁹² o también, la cuestión fundamental, de si una mayor relevancia de la víctima en un derecho penal comprometido con la resocialización, sin correcciones sistemáticas fundamentales, no representaría un elemento extraño.⁹³ Asimismo, parece casi inevitable que una mayor consideración de la víctima desembocaría en una tendencia hacia una “privatización del derecho penal”.⁹⁴ Guiado por el punto de vista de que las víctimas y las víctimas potenciales de hechos punibles prefieren, al parecer, una mayor participación en el proceso penal y su reemplazo por procesos regidos por conceptos de *mediación*, en lugar de un proceso rígido, únicamente en manos del estado,⁹⁵ el renacimiento de la víctima en el procedimiento penal podría conducir también a un renacimiento de la pena privada,⁹⁶ y retrotraer con ello el desarrollo de la historia del derecho penal⁹⁷ 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 de estado en el derecho penal.

92. Cf. en particular, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke* (nota 88); Schünemann, (nota 88), NStZ, 1986, en especial, ps. 194-196; Kühne, (nota 89), ps. 3-7.

93. Cf. Schünemann y Kühne (respectivamente, nota 92), así como Hillen Kamp, *Der Einfluss des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik*, Bielefeld, 1983.

94. Hassemer, *Rücksichten*, (nota 88), p. 226 y passim.

95. Asi, Sessar/Beurskens/Boers (nota 88).

96. Cf. a tal efecto: Grosssfeld, *Die Privatstrafe*, Frankfurt a. M./Berlin, 1961 (Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nro 9); Stoll, *Schadenersatz und Strafe*, en: von Caemmerer/Mentschikoff/Zweigert (Hrsg.), *Ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen, 1969, ps. 569-590; Hirsch, *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, en: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M., 1969, ps. 305-338.

97. Al respecto, Rüping, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Munich, 1981.

Es más —en idéntico sentido al de Hegel—, tal vez sea necesario un tercer paso en la historia del pensamiento: después de que la faida privada próxima al autor y a la víctima, debió ser superada, y no en último término, a causa de los abusos en su ejercicio, en una especie de contragolpe, por el derecho penal estatal, el distanciamiento generado por este último (también) entre el autor y la víctima requiere nuevamente un cierto reencuentro, aunque sin renunciar, por cierto, en este proceso de reindividualización, a las funciones transindividuales y a los mecanismos de control público de la sanción estatal. Por cierto, aun resulta una incógnita si nos encontramos frente a una pura utopía o a las líneas esenciales de un derecho penal futuro.

Hans Joachim Hirsch

Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Colonia, R.F.A.

La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*

Traducción de *Elena Carranza*

* Se trata aquí de una versión considerablemente ampliada del artículo que el autor escribiera para la obra en memoria de Pietro Nuvolone y que apareciera allí en idioma italiano. Por la especial actualidad de las cuestiones tratadas es reproducida ahora para el círculo de lectores alemanes, habiéndose prescindido de la impresión de las partes concernientes exclusivamente al Derecho italiano y algunas aclaraciones adicionales sobre el Derecho alemán.

La protección de la víctima y la compensación autor-víctima están actualmente en el centro de la discusión político-criminal, en todo el mundo. 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.¹ El cambio del centro de atención trae a la memoria las observaciones del fallecido criminalista milanés Pietro Nuvolone, acerca de que vivimos el desarrollo de la política criminal como un "cierto movimiento pendular pasante, en una curva senoidal".²

La corriente orientada a la víctima habla de la necesidad de mejorar los intereses de protección de ésta. El punto de partida estaba conformado por la aspiración de que nuevamente se tome en cuenta la necesidad de justicia de la víctima, que había sido desatendida por la política criminal, solamente dirigida a la re-

1. Un esquema sobre la amplia doctrina alemana y la extranjera se puede encontrar: sobre literatura victimológica en Kaiser, *Kriminologie, Lehrbuch*, 2ª ed., 1988, págs. 465 y sig.; sobre la medición de la pena y consecuencias jurídicas en Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987, págs. 47 y sigs., 233 y sigs.; sobre el procedimiento penal en Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989, págs. 549 y sigs.; sobre la dogmática victimológica en Hillenkamp, *Vorsatz und Opferverhalten*, 1981, págs. 17 y sigs., Schünemann, *NStZ* 1986, págs. 193 y 439.

2. Nuvolone, *Schlussbemerkungen aus italienischer Sicht*, en Jescheck (Hrsg.), *Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und Italien*, 1981, págs. 165 y 176.

socialización del autor. Se trata, de este modo, de un contragolpe contra la política criminal de aquella época.³ Particularmente, se trata del reclamo de que se mejoren las posibilidades del ofendido de obligar a la realización del proceso penal y, también, de su participación activa en él.⁴ Junto a ésta ha aparecido, mientras tanto, una segunda corriente, que utiliza el giro de la mirada hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento.⁵ La compensación autor-víctima relativa a la reparación del daño, se encuentra allí en el punto central.⁶

La corriente nombrada en primer lugar es de importancia secundaria entre nosotros, hasta ahora. Es cierto que la ley de protección a la víctima, que entró en vigencia en 1987, da al ofendido algunas facultades procesales activas adicionales, pero no le concede posibilidad alguna de hacer controlar por impugnación las clausuras del procedimiento por oportunidad, que muchas veces son arbitrarias y que no siempre se corresponden con las previsiones legales, y, menos aún, la posibilidad del

3. Más detalles en Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, págs. 699, 700 y sig. Los comienzos del movimiento contrario nacieron en Inglaterra ya en los años sesenta, cfr. Jung, ZStW 99 (1987), págs. 497, 501 y siguientes.

4. Ver las citas en Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 701. La exigencia de una participación activa de la víctima, se puede encontrar también en el complemento del Programa Mínimo de la Sociedad Internacional para la Defensa Social (Défense sociale), Párrafo II, 1984; cfr. *Rev. sc. crim.* 1985, pág. 159.

5. Sobre las razones para su fracaso, ver Nuvolone (cit. nota 2), págs. 176 y siguientes.

6. Cfr. informes de los Länder (con sus respectivas indicaciones literarias) en el Coloquio Internacional sobre "Nuevos caminos de la reparación en el Derecho Penal", Friburgo, 13-15/3/1989, impreso en: Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990; además Eser, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, págs. 723, 733 y sigs. como también el informe presentado por la Asociación Federal de Ayuda para los Penados sobre "Schadenswiedergutmachung im Kriminalrecht", 1988.

ejercicio de la acción penal.⁷ La segunda corriente es, en cambio, más activa. La compensación autor-víctima y la reparación han llegado a ser, entre tanto, temas dominantes. El grupo "alternativo" se ocupa ya de la preparación de un proyecto de ley.⁸

A continuación someteremos a esta segunda corriente a una consideración crítica más detallada. Existe la impresión de que, en ella, se entremezclan tendencias que en parte se hallan diametralmente opuestas entre sí y no pocas veces terminan en un resultado contrario a la protección de la víctima. Así, por ejemplo, Seelmann ha hablado hace poco de "paradojas" de la orientación hacia la víctima.⁹ En el centro de la problemática se halla la pregunta, acerca de en qué manera puede ser considerada la reparación frente a la víctima, en el Derecho penal material, en especial, en el sistema de las consecuencias jurídicas. Se trata aquí de un ámbito del problema que hay que diferenciar ontológicamente, en forma rigurosa del ámbito de problemas que resulta de la unión procesal penal entre la pretensión resarcitoria civil y la pretensión penal; de esto último se trata en el procedimiento de adhesión y en la *action civile*.¹⁰ Asimismo, hay que distinguir, de la problemática que se discute, aquella de la indemnización estatal a víctimas de delitos sobre la base de fondos de seguros establecidos legalmente o cualquier

7. Más detalles sobre la ley de protección a la víctima en Weigend, NJW 1987, págs. 1170, 1172.

* N.delT: Se trata de Profesores de Derecho penal y procesal penal de universidades alemanas, nucleados tras ese nombre, pues su primera obra conjunta se refirió a un Proyecto Alternativo de la Parte General del Código Penal.

8. Sobre el tema Roxin, *Juristische Nachrichten*, n.º 1/88, pág. 8, y Schöch, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 73, 74 y siguientes.

9. Seelmann, JZ 1989, pág. 670, ver también Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 721.

10. La diferencia entre procedimiento de adhesión y *action civile* consiste fundamentalmente en que la última tiene una doble naturaleza, es decir, un carácter "mixto", penal y civil. Ver sobre esto las citas en Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 713, cita 44a.

otra posibilidad de subvención estatal.¹¹

II

Entre los precursores de la idea de la reparación, van más allá de todos, aquellos autores que quieren colocar a la regulación de la reparación entre el autor y la víctima en lugar de la pena estatal.¹² Empero, tal abolicionismo tiene en Alemania sólo pocos partidarios. 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.¹³ No menos importante es una limitación general de la reparación que acaba en la disminución considerable de la prevención general, porque las consecuencias jurídicas del delito se corresponden esencialmente con aquellas que resultan de la obligación de restituir del Derecho civil. La protección de la víctima no se vería mejorada sino, por lo contrario, bastante perjudicada. Tampoco puede dejar de considerarse que existen numerosos delitos carentes de víctima, como por ejemplo delitos que afectan a la generalidad y la tentativa punible. Ya que en estos casos por su misma naturaleza fracasa la posibilidad de una compensación autor-víctima y, por ello, no se puede pres-

11. Cfr. la ley de defensa a la víctima de 1984 en la legislación alemana, y, en la suiza, la regulación según el art. 60 párr. 2 CP suizo, estructurada de otra manera.

12. Bianchi, *Ethik des Strafens*, 1964, págs. 23 y sigs., 101 y sigs.; Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, págs. 326 y sigs., 380 y sigs.; Barnett, *Restitution: A new Paradigm of Criminal Justice*, en *Ethics* 87 (1977), págs. 279, 289; Hulsman/Bernat de Celis, *Peines Perdues*, 1982, pág. 155; Christie, *Limits to pain*, 1982, págs. 92 y sigs.; con limitaciones Sessar, *BewHi* 1980, págs. 328, 336; el mismo, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, págs. 373, 378 y siguientes.

13. Más detalles en Kaiser, *Festschrift für Lackner*, 1987, págs. 1027, 1035 y siguientes.

cindir de la pena estatal —la falta de punibilidad no debe generar un vacío legal—, sobrevendría una gran desigualdad en la reacción a los delitos. Esta desigualdad 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.

Más actuales son los conceptos que se aferran al Derecho penal y pretenden asignarle a la reparación una función penal en el sistema de las consecuencias jurídicas o, inclusive, en el campo de los presupuestos del hecho punible. Aquí hay que considerar dos modelos de soluciones, fundamentalmente diferentes, que en la discusión, con frecuencia, no se tienen en cuenta. Según uno de los modelos, 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.

III

El modelo de la sanción penal independiente se presenta en dos formas:

1. Según una de las concepciones, que en los países anglosajones es representada por la *compensation order*, la reparación tiene carácter de pena en tanto consecuencia jurídica del hecho punible impuesta en el proceso penal.¹⁴ Por consiguiente, se ve en ella una clase de pena que amplía el catálogo convencional.

14. Más detalles en Jun, ZStW 99 (1987), págs. 518 y sigs. También en Holanda se ha extendido, cfr. Groenhuijsen, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 257, 266 y sig., 270 y sig.; se encuentra además en el derecho penal de México; cfr. Madlener, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 9, 29 y sig. En la doctrina alemana el carácter penal es apoyado por Sessar, *Festschrift für Leferenz*, 1983,

Como fundamento se aduce que tiene efecto preventivo general y es sobrellevada por el autor como un mal.¹⁵

En la realidad, la reparación tiene también un efecto de prevención general y no se puede discutir que el autor generalmente la viva como un mal. Pero este punto de vista no respalda la idea de que la reparación sea calificada como pena por su esencia, dado que la prevención general y el sufrimiento del mal se dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales, que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento. Especialmente se pueden observar en todas las obligaciones de resarcir el daño de carácter civil; por ello es que la referencia de que la reparación se entiende como un mal con efecto de prevención general no proporciona civilmente ningún conocimiento nuevo.¹⁶ Objetivamente decisivo no es, por tanto, la existencia de estos dos aspectos, sino la diferencia esencial entre resarcimiento del daño y pena. En el Derecho resarcitorio se trata de la compensación de los daños materiales y hasta inmateriales producidos por el autor y, por tanto, de la parte civil del hecho. Por el contrario, en la pena se trata de la imposición de un mal que va más allá de ello.

Aquellos que afirman el carácter penal de una reparación prevista en el Derecho penal, aparentemente no quieren asignar ninguna importancia a esta diferencia objetiva, sino que se atienen al lugar en el cual el legislador la regula o la práctica se sirva de ella. Quedaría al arbitrio de ambos colocarla en el Derecho civil, como pretensión civil, o en el Derecho penal, como pena. A esto habría que objetar que, en la clasificación de un instituto jurídico, no se trata exclusivamente de una pregunta sobre la etiqueta y sobre la asignación procesal, sino de aquello que manifiesta ontológicamente. Una cosa que en el Derecho civil es resarcimiento no se convierte en pena porque se prac-

págs. 145, 152 y sig.; ver también Rössner/Wulf, *Opferbezogene Strafrechtspflege*, 1984, págs. 82 y sig. (reparación como nuevo fin de la pena).

15. Cfr. Groenhuijsen (cit. nota 14), págs. 264 y sig., 267.

16. Más detalles en Hirsch, *Festschrift für Engisch*, 1969, págs. 304, 314 y sig. con detalladas citas.

tique en el Derecho penal, dado que el efecto para el autor y la víctima es, en ambos casos, el mismo. Por ello, las previsiones resarcitorias de los antiguos §§ 188 y 231 del CP* no han sido entendidas, en absoluto, como regulación penal.¹⁷ Asimismo, la circunstancia de que la aplicación de la reparación procesalmente le sea concedida al juez penal, no puede fundamentar su carácter penal. También esto es propiamente una evidencia jurídica, como lo muestra la concepción general del procedimiento de adhesión y la parte que se refiere al resarcimiento de la *action civile*.

Los representantes de la idea de la reparación penal dicen que, indudablemente, se trata de algo más que de una indemnización. En este contexto se habla de una prestación composicional a la víctima.¹⁸ Sin embargo, aquí se debe observar: sin duda, es imaginable que un autor que no esté en condiciones de indemnizar financieramente, realice en compensación otras prestaciones resarcitorias.¹⁹ Pero de todos modos, la indemnización en el sentido del Derecho Civil, que en los casos de delitos contra la personalidad abarca también, justamente, el daño moral, marca el límite de lo que la víctima puede reclamar del autor en carácter de reparación. Corresponde a la esencia del daño moral, que se le conceda a la víctima una indemnización proporcional al agravio sufrido por el hecho.²⁰ Todo lo que exceda de allí no se presentaría como restitución sino como

* N. del T: CP significa Código Penal.

17. Cfr. sobre lo anterior Hirsch, *Festschrift für Englisch*, 1969, pág. 315; el mismo en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 9ª ed. 1974, § 231 n° marginal 1, 2, 8 con más detalles.

18. Frehsee (cit. nota 1), págs. 56 y sig.; Roxin, en: Schöch (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, págs. 37, 40 y sig.

19. Cfr. § 46, párr. 2 Proyecto Alternativo y al respecto Stree, en: Schönke/Schröder, *StGB*, 23ª ed. 1988, § 46 n° marginal 40.

20. Se trata en el caso de los componentes de satisfacción de la reparación del daño moral. El hecho de que a ellos hayan ido a parar elementos penales, como consecuencia de una protección de la personalidad calificada de insuficiente por los tribunales civiles (cfr. BGHZ 18, 149, 159; 35, 363, 368 y sig.), no sería un argumento para afirmar las prestaciones composicionales penales en favor del ofendido. El problema de la delimitación (más detalles en Hirsch, *Festschrift für*

ganancia proveniente del delito en beneficio del ofendido.²¹ La interpretación mayoritaria de las imposiciones de reparación previstas hasta ahora en el CP, por ejemplo, en el marco de la suspensión de la pena a prueba, se mantiene dentro de los límites de las pretensiones indemnizatorias civiles.²²

2. Da más que hablar de sí, una opinión doctrinal, según la cual la reparación no sería una pena, pero, sin embargo, constituiría una sanción penal independiente. Se la debe considerar como "tercera vía" penal, junto a la pena y a las medidas de corrección y seguridad.

En adhesión a Frehsee,²³ esta interpretación es representada particularmente por Roxin.²⁴ Según ella, resultaría de los fines de la pena que la reparación se debe incluir en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de una sanción independiente, en tanto posible instrumento preventivo del Derecho penal. El niega claramente que haya que postular sin más un fin penal adicional y nuevo para posibilitar la integra-

Engisch, 1969, págs. 304 y sigs.) no se soluciona trasladándolo de un ámbito del Derecho a otro y confundiendo los límites del daño moral civil. En contra de Eser (Wambach, *Diskussionsbericht*, en: Eser/Kaiser/Madlener [cit. nota 6], págs. 247, 250) no se refleja en la problemática actual de la reparación ninguna crisis del Derecho civil sino que las causas se encuentran en el Derecho penal, al menos en la República Federal de Alemania. Posiblemente sea de importancia en otros ordenamientos jurídicos que prevén una pretensión civil de reparación del daño moral de escasa extensión, y por ello buscan una reparación en el Derecho penal, independiente de los parámetros civiles.

21. Esto no excluye que las prestaciones adicionales del autor en beneficio del ofendido, que sobrepasen los límites civiles de la reparación, puedan ser considerados en el sistema de las consecuencias jurídicas penales, en tanto se basen en la iniciativa propia. No existe un interés fundado del ofendido a tales prestaciones adicionales.

22. Cfr. sobre § 56b párr., 2 n° 1 CP: OLG Karlsruhe, *Die Justiz* 1978, pág. 112; OLG Stuttgart *NJW* 1980, pág. 1114; OLG Hamburg *MDR* 1980, pág. 246; 1982, pág. 340; Russ, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10ª ed. 1985, § 56b n° marginal 4.

23. (cit. nota 1), pág. 119.

24. (cit. nota 18), págs. 51 y sig. y 44 y sig.; adhiere también Schöch, *Festschrift für Maihofer*, 1988, pág. 468. Sobre contradicciones en opiniones posteriores de Roxin y Schöch, ver cit. nota 43.

ción, sin embargo, es de la opinión, que ello puede derivarse de los fines tradicionales de la pena.

Para Roxin²⁵ la así llamada prevención general positiva constituye el punto de enlace. De ella se derivaría, como aspecto parcial, 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 al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor". Por eso sería posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas como una "tercera vía" más benigna, suplementaria o complementaria de la pena, junto a las penas y a las medidas de corrección y seguridad.

No es necesario hacer aquí un análisis profundo del concepto de la prevención general, tan a menudo descripto. La pregunta fundamental para la discusión en el presente contexto es aquella acerca de si el Derecho penal tiene una función de pacificación general o sólo referida a la pena misma. Hasta ahora se consideró como evidente que la función de satisfacción del Derecho penal emergente del hecho, se limita al ámbito de la pretensión penal.²⁶ Por lo contrario la indemnización concierne a la función pacificadora del Derecho delictual civil, incluso cuando la demanda civil, por regla, está unida al proceso penal, como en el sistema de la *action civile*.²⁷ El Derecho penal, como ámbito parcial del ordenamiento jurídico, se ocupa de las pretensiones penales estatales y de las penas y medidas relacionadas con ellas. Cuando se aplica una pena, se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad. La función de satisfacción de la pena concreta para la generalidad consiste en la confianza en

25. (cit. nota 18) págs. 47 y siguientes.

26. Sobre este aspecto y, en general, sobre el concepto de pena BVerfGE 45, 187, 253 y sigs.; 64, 261, 271 y sigs.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed. 1988, pág. 56 y sigs.; Gallas, ZStW 80 (1968), págs. 1 y sigs.; Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986; Volk, ZStW 83 (1971), pág. 405, todos con más detalles.

27. Sobre *action civile*, cfr. arriba cit. nota 10.

la conservación del ordenamiento jurídico, resultante de un castigo justo. Con respecto a la víctima, se trata de la satisfacción obtenida con el justo castigo del autor. También las medidas tienen una relación inmediata con la pretensión penal o, por lo menos, con la parte del injusto de ella, dado que aquellas deben impedir que surja nuevamente tal pretensión penal contra el autor. Los fines de la pena o del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor;²⁸ por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines.

La concepción sostenida por Roxin, según la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equívoco resultante del punto de vista de la "prevención integrativa" del Derecho penal. Al remitirse aquí a la "prevención integrativa", se deja de lado que, en un ordenamiento jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso sólo constituye una parcela de su solución jurídica. Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desempeñar un papel varios otros campos del ordenamiento jurídico, como el Derecho indemnizatorio del Derecho civil, pero también, por ejemplo, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del Derecho, con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición derivada de la competencia del Derecho penal para la solución general de los conflictos tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal. Esto no dañaría, y no por último, al proceso penal en los fines para él propuestos, dirigidos al enjuiciamiento específicamente penal del autor.

Además, impresiona como si en la idea de incluir a la indemnización como una de las tareas genuinas del Derecho

28. Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert*, 1982, pág. 276.

penal, se reactivara la vista unilateralmente orientada hacia el pasado de la teoría de la retribución. Bajo el velo de la prevención general positiva parece que, en realidad, se intercediera en favor de una estructuración más reforzada de las consecuencias jurídicas del hecho cometido, que excedería aun las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado al Derecho penal.

Por ello debiera resultar evidente, sobre la base de ordenamientos jurídicos, actualmente ordenados y conformados en su contenido según funciones materiales, y con la mirada puesta en el desarrollo del concepto de pena, que la referencia a la función de pacificación del Derecho penal, en este contexto, constituye un punto de enlace más bien atávico para la incorporación de elementos restitutivos en el sistema de las consecuencias jurídicas penales.²⁹

Contra la opinión de Schöch,³⁰ la exigencia de distinguir claramente entre Derecho penal y el Derecho indemnizatorio civil no es "doctrinaria". Antes bien, es de especial importancia, justamente en este ámbito sometido a la discusión, que se tome conciencia de las diferencias materiales existentes detrás de esta distinción, y que, al mismo tiempo, se observe que estas diferencias materiales también deben repercutir en la solución de un caso.³¹ Pero esto significa: si para un grupo de casos se considera a la imposición de la reparación como la única consecuencia jurídica posible, entonces, consecuentemente, hay que sacarlo del Derecho penal o, por lo menos, de la persecución penal. Aquello que sólo puede sancionarse civilmente, no tiene nada más que buscar en el ámbito del Derecho penal y procesal penal. Un proceso penal no se podría llevar a cabo.

Además, surge la pregunta acerca de en qué consiste el beneficio que podría obtener la víctima con la "tercera vía",

29. Ver al respecto Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, págs. 708 y siguientes.

30. *NSiZ* 1984, págs. 385 y 387.

31. Individualmente sobre las diferencias objetivas, Hirsch, *Festschrift für Engisch*, 1969, págs. 315, 324 y siguientes.

favorecida por Roxin. Una condena a la reparación del daño se logra también en el proceso civil sobre la base de una pretensión indemnizatoria; incluso, al no hallarse el proceso civil bajo la presión de un debate oral, es más esmerado en relación a la investigación del daño. La ventaja se podría ver en el escaso riesgo de costos para el ofendido y en el hecho de que la determinación de la culpa resulta *ex officio*. Aquí se trata, empero, de puntos de vista económicos que, en caso de estar legitimados, hablan exclusivamente en favor de la unión del proceso civil y penal, del procedimiento por adhesión o de la *action civile*, pero no de la incorporación de la reparación en el grupo de las sanciones penales. Sería más interesante la ventaja surgida para el ofendido, si la reparación, entendida como sanción penal según Roxin, en caso de incumplimiento, trajera como consecuencia la pena privativa de libertad, con carácter supletorio. Con ello el Derecho penal ofrecería un medio de presión contra el autor, que excedería las posibilidades civiles. Pero ¿qué significa esto? ¡El regreso a la “cárcel por deudas”! ¡Quien no cumple con la indemnización a la que fue condenado es sometido a prisión por deudas! Se confirma aquí que, conceptos que son considerados en la cumbre del progreso, a menudo, en la realidad, acaban en un retroceso lamentable. Con la consecuencia de la “cárcel por deudas”, toda la construcción conduce *ad absurdum*.³² La práctica de aplicar una pena privativa de la libertad por *contempt of court*, que se puede observar en los EE.UU. en caso de incumplimiento de la reparación ordenada,³³ significa sólo un cambio de etiqueta, que no disminuye nuestros reparos, sino que, antes bien, los fortalece a causa de su realidad.³⁴ Si se procura eludir esta consecuencia,

32. Cfr. sobre ello, también mi síntesis de los resultados del Coloquio de Friburgo mencionado, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 377, 380.

33. Cfr. Weigend, en: Wambach, *Diskussionsbericht*, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 163, 167.

34. Consecuentemente, debiera resultar que en los casos de incumplimiento de la condena a reparación, impuesta por un tribunal civil, también nos encontraríamos con un *contempt of court*. Es comprensible

haciendo procedente, para el caso de incumplimiento, sólo a la ejecución civil, entonces se demuestran dos cosas: por un lado, nuevamente, que según la materia se trata con exclusividad de una consecuencia jurídica civil; por el otro, que no resultará ningún beneficio para el ofendido.

Si no se quiere regresar a la "cárcel por deudas", entonces la concepción representada por Roxin termina por resultar solamente beneficiosa para el autor. A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a pena privativa de la libertad, sino sólo la condena a una reparación exigible civilmente. Se habla, por tanto, de protección a la víctima en un primer plano, pero, en realidad, se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata sólo de un abolicionismo parcial encubierto.

La propagada "tercera vía" no sólo es una consecuencia jurídica ajena al Derecho penal, sino también desacertada en sus consecuencias.

IV

1. La imposibilidad de sostener un modelo que parta de una sanción penal independiente no quiere decir que la reparación, por ello, carezca absolutamente de relevancia penal. Antes bien, se presenta la pregunta acerca de si y, en su caso, cuánta importancia dentro del Derecho penal puede reclamar ella 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

que no sea admitido así, aun cuando un tribunal civil pueda ser tan afectado por un *contempt of court* como uno penal; cfr. Arlidge/Eady: *The law of Contempt*, 1982, nº marginales 2-01, 5-01.

orientado, y gana, de esta forma, un privilegio en relación a la pena que en sí hubiera merecido. La suspensión de la pena a prueba (§ 56b, párrafo 2, nº 1, CP), en relación con la reparación (*v.gr.* el esfuerzo), constituye un ejemplo de ello. Una construcción de tal tipo acarrea, por un lado, ventajas para el autor, porque le ofrece la posibilidad de aminorar la reacción penal completa. Por otro lado, es también, mediatamente, de utilidad para la víctima, porque el Derecho penal, que de otro modo sería aplicado completamente, opera como “palanca” adicional en relación al autor para que se ocupe de la reparación. En el ejemplo de la suspensión de la pena a prueba, la pena impuesta y sólo suspendida en relación a su ejecución, conforma una fuerte medida de presión para que el autor realice la reparación correspondiente, como prueba de su buena conducta.

El modelo que le asigna a la reparación una función dependiente en el Derecho penal se halla ya, con distinta conformación y con diferente extensión, en la mayoría de las legislaciones penales. En el Derecho alemán, hay que mencionar en especial, además de la suspensión de la pena a prueba (§§ 56, 56b, párrafo 2, nº 1, CP), las prescripciones sobre la individualización de la pena (§ 46 CP) y la amonestación con reserva de pena (§§ 59, 59a, párrafo 2, CP), también la clausura condicional por bagatela (§ 153a, párrafo 1, nº 1, de la OPP*).³⁵ Para dar sólo algunos ejemplos extranjeros, hay que mencionar en el *Codice Penale Italiano* los arts. 163, 165 (*sospensione condizionale della pena*) y el art. 62, nº 6 (*circonstanze attenuante comuni*), en el CP austriaco el § 34, nº 5 (causas atenuantes especiales), § 52, párrafo 2, oración 2 (indicaciones sobre perdón condicionado de la pena), § 167 (arrepentimiento activo), y en el CP suizo, el art. 41, nº 1 (ejecución penal condicional) y el art. 64 (circunstancias atenuantes).

Este modelo está de acuerdo, en principio, con las funciones

* N. del T: OPP significa Ordenanza Procesal Penal alemana.

35. Más allá, hay que hacer referencia a la prescindencia de la persecución penal juvenil, según el § 45 en relación con el § 15, párr. 1 nº 1 de la Ley de enjuiciamiento juvenil.

del Derecho penal, pues alude a toda la reacción penal y procesal penal que, de otro modo, amenazaría al autor. Si el autor se decide por la reparación, ello, en tanto manifestación de un arrepentimiento motivado, puede traerle beneficios penales. En oposición al modelo desarrollado anteriormente, que parte de una sanción penal independiente, no surge aquí el reparo de que se reconstruirá la "cárcel por deudas". Por ejemplo, en caso de que la reparación relacionada a la suspensión de la pena a prueba no se cumpla, de modo que se revoque la suspensión y la pena impuesta deba ser ejecutada, no se trata del castigo del incumplimiento de la reparación o de la inobservancia de la disposición judicial de reparación, ni de una sanción subrogante como en la pena privativa de la libertad sustitutiva. Se trata, antes bien, de la ejecución de una pena adecuada, impuesta por el hecho punible que el autor no ha podido evitar mediante una reparación que documente su conversión motivada.

Dado que el modelo basado en una función dependiente de la reparación está, en principio, conforme con el Derecho penal, el problema real del tema "reparación del Derecho penal" consiste en la pregunta: ¿hasta dónde es posible llegar en el marco de este modelo, sin que tales privilegios recorten indebidamente, conforme a la naturaleza de las cosas, las necesidades de prevención general relacionadas con el Derecho penal? La consideración de la reparación no debe conducirnos a que, en cierto modo, se invite a "sacar un crédito" por intermedio de hechos punibles, por ejemplo, en caso de delitos contra la propiedad y patrimoniales. Más allá de los intereses de la concreta víctima individual en la reparación de los daños producidos con el hecho punible, hay que tener en cuenta los intereses de futuras víctimas potenciales en la prevención de los delitos.³⁶ La prevención general no puede ser sustituida por la

36. También Seelmann, *JZ* 1989, pág. 671 hace referencia a la paradoja de hablar de protección a la víctima, significando la víctima concreta, mientras se deja fuera de consideración a la masa de las víctimas potenciales.

invitación general.³⁷ Por ello, tampoco se acierta en el punto decisivo cuando en la doctrina³⁸ se señala que, en los intentos de una composición autor-víctima, ha quedado demostrado que las víctimas concretas de delitos contra la propiedad y el patrimonio se interesan, especialmente, en la reparación de los daños y quedan satisfechas, en general, con su realización. Independientemente de que, la satisfacción con la sola cobertura de los intereses patrimoniales propios —en tanto se presente fuera de la delincuencia de bagatela— refleja resignación frente al funcionamiento de la administración de la justicia penal y permite reconocer una indiferencia, así provocada, con relación a la protección futura de otros, es función genuina del Derecho penal tener a la vista los intereses de la comunidad.

2. Por ello, es preciso considerar a continuación, las posibilidades de un modelo que parta de una función dependiente de la reparación:

a) El centro de gravedad tradicional de la consideración de la reparación se halla en la determinación de la pena. Generalmente, se tiene en cuenta en favor del autor para la medición de la pena, que haya efectuado la reparación o, al menos, la haya procurado.³⁹ En el catálogo de los puntos de vista más importantes para la determinación de la pena del § 46, párrafo 2, del CP, se menciona esta circunstancia expresamente. Ella también se halla en las disposiciones pertinentes de las legislaciones extranjeras, mencionadas a título de ejemplo. Estas disposiciones expresan algo autoevidente. Por ende, los problemas presentados por la discusión actual conciernen a otras posibilidades de considerar la reparación en el Derecho penal. La mirada se debe dirigir entonces, a continuación, tanto hacia

37. Cfr. la formulación de Nisters en el Coloquio de Friburgo, en *Diskussionsbericht* en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), pág. 251.

38. Sessar, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, págs. 388 y siguientes.

39. Con razón refiere Weigend, en sus observaciones críticas al OLG Hamburg JR 1990, págs. 28, 29 y sig., que, por otra parte, la simple omisión de la reparación no puede ser considerada como agravante de la pena.

la conformación de las regulaciones existentes, como así también al contenido de las propuestas.

b) Considerablemente amplio es el § 167 del CP austriaco, aunque sólo en relación a delitos contra la propiedad y patrimoniales. Allí se conforma la prestación resarcitoria como causa de eximición de la pena de Derecho material. Se trata de una especie de “desistimiento” del delito consumado, aunque, por cierto, no en sentido propio, dado que los daños ya se han producido.⁴⁰

En esta construcción se critica, con razón, que ya se deba extinguir la pretensión penal, pues la reparación no afecta, por su naturaleza, la existencia de aquélla. También hemos mencionado anteriormente que los hechos delictivos no deben ser provocados por la legislación. Este es precisamente el caso, si el autor solamente arriesga con su acción la reparación, a la que de cualquier modo estaría obligado civilmente. Este punto se ve acentuado en el § 167 del CP austriaco, dado que la regulación no prevé ningún límite superior en relación al contenido del injusto y de la culpabilidad. Los delincuentes económicos y habituales son incluidos de este modo en la eximición de la pena. Además, resultan fricciones con los fines de la pena, porque el párrafo 4 de la disposición incluye también la restitución por medio de seguros. Por fin, es criticable que una oportuna obligación contractual de reparación de los daños, en un lapso determinado, alcanzaria para la eximición de la pena y, en caso de incumplimiento, reviviría una punibilidad ya extinguida (!) (§ 167, párrafo 2, del CP austriaco). En realidad, a través de ello se reduce los efectos asociales que tendria la supresión de una exitosa reparación, pero esta construcción, creada en favor del autor no solvente, está concebida jurídicamente de manera poco satisfactoria.⁴¹

40. Una regulación semejante se encuentra en los art. 379 y 393 del CP griego para los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

41. Critican estas disposiciones tambien Roxin (cit. nota 18), págs. 43. y sig.; Riess, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*. Gutachten zum 55º DJT, 1984, n° marginal 142 con más detalles en cita 392; también la mayoría de los partícipes de la discusión en el Coloquio de Friburgo (cit. nota 6).

c) A diferencia del § 167 del CP austriaco, el grupo de profesores alternativos, entre nosotros, quiere en sus "Tesis provisionales",⁴² dejar inalterada la pretensión penal, pero concederle al autor la eximición de la pena, en caso de que se cumpla con la reparación, hasta el inicio de la primera audiencia.⁴³

Incluso si se está de acuerdo con que se haya partido de la permanencia de la pretensión penal, surgen vacilaciones sobre esta propuesta ahora desde el Derecho procesal penal. Según el § 153b de la OPP, en casos en los cuales se puede esperar la prescindencia de la pena, generalmente el procedimiento es clausurado ya en la instrucción preliminar y, por lo tanto, no se llega a un fallo sobre la culpabilidad. El Proyecto Alternativo deja sin considerar que la figura jurídica de la prescindencia de la pena no cumple, prácticamente, con su función, por razones procesales. El proyecto, entonces, no funciona. La consecuencia, sería antes bien, que en tales casos no se formularía acusación alguna, lo cual, en resultados prácticos, se acercaría a la negación de la pretensión penal.

A esto hay que agregar que el Proyecto Alternativo da criterios poco claros sobre los límites hasta los cuales quiere permitir la

42. Cfr. Schöch (cit. nota 8), págs. 78 y siguientes.

43. Tesis 6 y 9. Una regulación análoga contiene el § 25 del CP de la República Democrática Alemana, en el cual se prescinde de la pena cuando el autor muestra su voluntad de reparar las consecuencias del hecho delictivo por medio de esfuerzos, y con ello demuestra que ha extraído una lección para un comportamiento responsable y, por ello, se puede esperar su respeto a la ley en el futuro.

En las "Tesis provisionales" del Proyecto Alternativo se designa la construcción que prevé la prescindencia de la pena, como la "tercera vía". Aquí se pasa por alto que la reparación no constituye ninguna consecuencia jurídica independiente; antes bien, es el requisito para que, en relación a la consecuencia jurídica "punicción", resulte sólo una resolución sobre la culpabilidad con abandono del fallo sobre la pena. Es también contradictorio cuando Roxin, por una parte, exige la regulación de la reparación como sanción independiente, y por la otra, apoya el concepto del Proyecto Alternativo; cfr. Roxin, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 367, 370.

prescindencia de la pena. En la tesis 9 se establece que la reparación completa conduce a la prescindencia de la pena. Además, es exigible una reparación que sea determinada y adecuada para equilibrar suficientemente las consecuencias del hecho y restablecer por su intermedio la paz jurídica. En el concepto de reparación se incluye puntos de vista que conciernen a los intereses comunes, como no sólo se muestra en que el Proyecto Alternativo habla de "reparación" también en relación a delitos carentes de víctima, sino que resulta, asimismo, claramente de la tesis 12. Esta se refiere a casos en los cuales permanece necesaria la aplicación de una pena privativa de la libertad. Es evidente que el criterio "aptitud de equilibrar las consecuencias del delito y restablecer la paz jurídica" constituye un peligro para la prevención general, en razón de su falta de precisión, además de ser impracticable y poco adecuado al Estado de Derecho.

Además, emergen problemas en relación al aspecto temporal: ¿Cuándo debe comenzar el procedimiento principal,* si el autor sólo puede pagar la reparación de los daños en cuotas? Esta pregunta contiene un peso adicional si se considera que los autores que están en condiciones financieras de pagar oportunamente, constituyen una minoría. ¿Por qué deben ser tratados los autores solventes mejor que otros? En el trasfondo de esta problemática está la cuestión acerca de si o hasta dónde la solución debe resultar de adherir a puntos de vista que parten del "desistimiento". Esto conduce, por cierto, operando consecuentemente a dos resultados: el daño, ya que no se puede evitar, debe ser eliminado, y tiene que ocurrir voluntariamente, en el sentido de las disposiciones del desistimiento. La primera consecuencia, aprovechada por el Proyecto Alternativo, es aquí, sin embargo, o bien asocial o impracticable, por las razones ya expuestas. Y la segunda sólo funciona en tanto el autor no se crea descubierto. Tan pronto como él parte de la idea de que será perseguido por el hecho, no se trata más de un motivo autónomo. Consecuentemente, la amplitud temporal del período,

* N. del T.: Juicio o juicio plenario, entre nosotros.

hasta el comienzo del procedimiento principal no se puede conciliar con el concepto de voluntad de la teoría del desistimiento, porque, justamente, se trata de que el autor, todavía libre de la influencia de la persecución penal en su contra, se decide por sí mismo a desistir. Respecto a la libre voluntad, el Proyecto Alternativo no busca apoyo directo en la teoría del desistimiento; más aún, justamente por eso, se funda en una voluntad relativa, cuando en la tesis 6 establece que la presión de un proceso penal pendiente no la excluye. Una voluntad relativa tal es característica para aquel campo del Derecho penal que no se ocupa en sí de la prevención del daño, sino de si se pueden conceder mejoras al autor en relación a su conducta esperada o manifiesta después de la producción del daño. Este campo comienza en el procedimiento preliminar con la clausura condicionada por bagatela y se prolonga hasta los distintos casos de suspensión de la pena a prueba; para él son válidas las disposiciones *generales* (así § 153a de la OPP y §§ 56 y sigs. del CP). La voluntad relativa se reduce a que el autor sea colocado ante la elección entre la oferta de cumplir la imposición dictada en su contra (aquí: reparación del daño en el marco de sus posibilidades) o el riesgo de asumir las ilimitadas consecuencias jurídicas penales y procesales penales.

Por lo demás, aparece especialmente claro en las tesis del Proyecto Alternativo el problema del tratamiento penal igualitario para delitos con víctima individual y de aquellos sin víctima. El grupo de trabajo del Proyecto Alternativo quiere solucionarlo reconociendo “prestaciones de reparación social (simbólicas)” para los delitos carentes de víctimas (tesis 4). Con ello reconoce que no es posible entender ni conformar el Derecho penal unilateralmente, con la mirada puesta en el acuerdo personal autor-víctima. Los delitos sin ofendido individual no son una excepción. Dado que para ellos la apelación a una preferencia político criminal de los intereses de la restitución se elimina desde un principio, la solución elaborada por el grupo de trabajo del Proyecto Alternativo desemboca aquí en un retroceso —exclusivamente condicionado en su construcción— de sectores amplios, no sólo de la criminalidad leve sino también de la de mediana gravedad. Esto ya ha sido tratado más

detalladamente.⁴⁴

Estos problemas indican la necesidad de un tratamiento igualitario por otro camino: a saber, en delitos con víctima, es decir, hechos punibles susceptibles de reparación del daño individual, así como en los delitos sin víctima, aplicar o, al menos, determinar una pena cuya realización pueda ser evitada por el autor, por medio de prestaciones restitutivas o sociales que evidencien un arrepentimiento interno.

d) La solución adecuada de la problemática de la reparación no hay que buscarla evidentemente en la prescindencia de la pena o en las otras construcciones mencionadas, sino en la suspensión de la pena a prueba y, en casos leves, amonestación con reserva de la pena.

aa) Hasta aquí la suspensión de la pena a prueba está organizada de modo tal, que se puede vincular con la imposición de la reparación.⁴⁵ Anteriormente se hizo referencia ya a las reglas en § 56b, párrafo 2, n° 1, del CP y las disposiciones extranjeras. Sin embargo, si para nosotros la consideración de la parte restitutiva se entiende como necesitada de una reforma, se debe evidentemente sobre todo, a que el § 56 del CP sólo prevé la suspensión de la pena a prueba en caso de pena privativa de la libertad. Dado que hoy la pena de multa se halla en un plano preferencial (en la República Federal de Alemania recae en ella el 81% de todas las penas criminales) existe una laguna en este lugar. El legislador alemán se debe preguntar, cómo puede ser conciliable que autores que son condenados a una pena privativa de la libertad (en el marco de los límites impues-

44. Sobre la crítica a las "Tesis provisionales del Proyecto Alternativo", cfr. también Hirsch en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 328 y siguiente.

45. Si la reparación se ha cumplido antes de que se dicte la sentencia, corresponde, además de su consideración para la medición de la pena (§ 46 párr. 2 del Proyecto Alternativo), la aplicación de una suspensión de la pena a prueba, pero aquí ya sin la obligación de reparar. Con ello se logra, por un lado, una situación de igualdad en relación a la suspensión de la pena a prueba, y por otro lado, se aprecia la iniciativa propia del autor por medio de la consideración atenuante para la medición de la pena.

tos por el § 56 del CP) pueden obtener una chance condicional tal, mientras que, por lo contrario, el grueso de todos aquellos que cometieron un hecho sancionable con la pena de multa, quedan excluidos. El punto de referencia de la idea de la condicionalidad es, por cierto, la pregunta acerca de si una ejecución penal, en atención a las posibilidades de la remisión condicional, aparece como prescindible totalmente, y no solamente el tipo de la pena a ejecutar. Por ello, sería consecuente introducir la suspensión de la pena a prueba también para la pena de multa.

En el catálogo de las imposiciones del §.56b, párrafo 2, del CP y también en la mayoría de las reglas extranjeras sobre la suspensión de la pena,⁴⁶ se tiene en cuenta tanto a los delitos susceptibles de reparación, como aquellos sin víctima. Eso es factible en este nivel porque el tratamiento igualitario de los delitos se manifiesta en la pena impuesta, mientras que aquí se trata sólo de un catálogo de las imposiciones adecuadas para la suspensión condicional. Aquello que, de tal modo, es válido para la suspensión de la pena privativa de la libertad, debería valer, igualmente, para la inclusión de la pena de multa en las disposiciones referentes a la suspensión de la pena.

En atención a la tendencia observada hasta ahora en la práctica alemana, de escoger la reparación del catálogo de imposiciones sólo extraordinariamente —así resulta en menos del 1% de los casos—,⁴⁷ se podría prever en el futuro, en la legislación, que esta imposición goce de prioridad. Cuando no se la considere suficiente para el caso individual, podría ser complementada con una imposición de trabajo social, es decir, hacer uso de una imposición mixta.

En una solución de la problemática de la reparación a través de la construcción de la suspensión de la pena a prueba queda garantizado que la pena suspendida, pero ya impuesta, asegura, por un lado, la prevención general, y por el otro, desarrolla en

46. Cfr. § 51 párr. 2 CP austríaco; art. 41 n° 2 CP suizo; art. 742, art. R 58 CPP francés; art. 75 CP polaco.

47. Kaiser (cit. nota 1), pág. 993.

favor de la víctima el “efecto de palanca”, del que se hablara arriba.

Sin duda, hasta ahora pareciera que en la República Federal de Alemania la inclinación del legislador a introducir la suspensión de la pena a prueba, en la pena de multa, fuera reducida.⁴⁸ Pero si rechaza esta propuesta, entonces, naturalmente, no restaría nada en absoluto para la reparación como consecuencia jurídico penal independiente o para una sentencia de culpabilidad con prescindencia simultánea de la pena (propuesta del Proyecto Alternativo), dado que en la suspensión de la pena a prueba resulta, de todas maneras, una sentencia sobre la pena, de modo que su función de prevención general permanece inalterada. Por eso, mucho habla, ciertamente, en favor de concederle especial atención a esta construcción. La suspensión de la pena a prueba en casos de pena de multa se halla en el art. 163 del CP italiano, y, recientemente, se la ha incluido también en el de Austria (§ 43 del CP austriaco). Por ello se debería investigar, si esta figura jurídica no sería adecuada para solucionar conforme al Derecho penal, una parte no insignificante del problema que nos ocupa. Hasta aquí no se ha conocido que una resolución tal haya resultado insatisfactoria. Consecuencias negativas para el rubro “ingresos por pena de multa” en el presupuesto público no constituyen puntos de vista de relevancia político criminal.

A más de ello, hay que considerar que en la suspensión de la pena a prueba, tanto en casos de pena privativa de la libertad, como en los de pena de multa, la posibilidad de incorporar la remisión de una parte de la pena bajo la condición de la reparación (*v.gr.* el esfuerzo para eso).⁴⁹ De tal modo, serán evitadas, por una parte, injusticias en relación a aquellos autores, para los cuales la consideración de atenuantes en el

48. Von Bülow se manifestó en desacuerdo, como representante del Ministerio Federal de Justicia, en el Coloquio de Friburgo; cfr. *Diskussionsbericht*, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), pág. 164.

49. Cfr. Riess (cit. nota 41), n° marginal 146, y Schöch (cit. nota 30), pág. 390.

marco de la determinación de la pena aún no es posible. Por otra parte, el Derecho penal podría ejercer, con ello, una presión sobre el autor, en beneficio de la víctima, para que se ocupe de la reparación.

bb) Además, hay que pensar en una ampliación de las condiciones de la amonestación con reserva de pena. Según la legislación vigente, ésta ya puede ser vinculada con una imposición de reparación (§§ 59a, párrafo 2, 56b, párrafo 2, Nº1 del CP). Pero, en la práctica, casi no existen casos de amonestación con reserva de pena, porque el legislador ha concebido el § 59 del CP sólo como caso excepcional. Con derecho se exige un mayor ámbito de aplicación.⁵⁰ Entonces, aquí existiría también, por un lado, la posibilidad práctica de satisfacer los fines de la pena por intermedio de la pena reservada, pero ya determinada, y, por el otro, ejercer una presión sobre el autor en favor de los intereses de restitución del ofendido, eligiendo la reparación como imposición.

3. La discusión sobre la reforma del Derecho material se tendrá que concentrar en la estructuración, acorde con su naturaleza, de la suspensión de la pena a prueba y la amonestación con reserva de pena. Aquí es posible una solución conforme al Derecho penal y una limitación de las cuestiones que hacen a la reforma: la reparación, por naturaleza de Derecho civil, es considerada como una circunstancia de privilegio para el autor, en el marco del sistema de las consecuencias jurídicas del hecho punible referidas a la pena, y la pena, que se halla en segundo plano, produce efectos, al mismo tiempo, en favor del ofendido como medio de presión contra el autor, para que se ocupe de la reparación. Imponiendo la pena en la suspensión de la pena a prueba y determinándola en la amonestación con reserva de pena, se puede satisfacer la necesidad de prevención general y también la de tratamiento igualitario de delitos susceptibles de reparación y sin víctima.

50. Horn, NJW 1980, pág. 106; Baumann, JZ 1980, pág. 464; Dencker, StV 1986, págs. 399, 402 y sigs.; Jung, JuS 1986, págs. 741 y 745.

La observancia de los principios fundamentales señalados es imprescindible —y no en último término— para reconocer el cuestionamiento real y no terminar en un caos de aspectos de Derecho civil y penal indiferenciados. Qué es de naturaleza penal o civil se determina sobre la base de criterios objetivos.

No se trata aquí de una solución “minimalista”, que pudiera contraponerse a la “tercera vía”, como “maximalista”.⁵¹ Antes bien, ella marca, como se manifestara anteriormente, el máximo de aquello que aparece como posible bajo la consideración de las funciones y los límites del Derecho penal.⁵² Por lo contrario, minimalistas eran los viejos conceptos que le asignaban a la reparación sólo una función en el marco de la medición de la pena.

V

1. Al lado de la parte teórica de la problemática de la reparación no se puede perder de vista la cuestión acerca de la *importancia práctica*. El alboroto que se organiza hoy por la reparación no se halla, evidentemente, en proporción con la relevancia práctica. Como es corriente en la práctica, el problema real consiste en que el autor, a menudo, no dispone de los medios económicos suficientes para la reparación. Esto es válido, particularmente, para los delitos contra la propiedad, que se hallan en primer plano. El hecho de que las disposiciones nombradas, ya existentes antes de ahora, sean poco usadas, no sucede por casualidad.

Incluso las prestaciones laborales compensatorias en favor de la víctima, por ejemplo, durante el fin de semana, no pueden ser sencillamente establecidas por razones de Derecho laboral

51. De otro modo, Weigend; cfr. *Diskussionsbericht*, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), pág. 396.

52. También Müller-Dietz adhiere a la interpretación de que sólo el modelo de la reparación dependiente es compatible con las reconocidas funciones del Derecho Penal; cfr. *Diskussionsbericht*, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), pág. 395.

e impositivo. Además, la víctima de lesiones o de un hurto generalmente no estará dispuesta a dejar entrar al autor a su casa. Otras posibilidades laborales con las cuales el autor pudiera ganar dinero y satisfacer financieramente a la víctima, son difíciles de hallar en la República Federal de Alemania, en atención a los casi 2 millones de desocupados. También *community service* fracasa como actividad lucrativa, dado que, por su naturaleza, está destinada a prestaciones laborales no remuneradas.⁵³

Posiblemente, la discusión de la reparación esté influenciada por concepciones románticas, es decir, por la idea equivocada de que, por regla, en la realidad, el autor y la víctima individual se encuentran directamente enfrentados en sus intereses. Sin embargo, a menudo no es este el caso en Estados con una cobertura de seguros organizada. En los casos de lesiones, la pretensión de reparación se deriva, generalmente, al seguro de salud o a otros aseguradores, y, en los de delitos contra la propiedad, juega un importante papel la derivación de la pretensión a los seguros contra hurtos, hogareños o del automóvil. Este punto también es importante, porque, en él, las consecuencias de una visión unilateral inconciliable con las funciones del Derecho penal se manifiestan más claramente. Si se tiene en cuenta a la reparación sólo en relación al autor, particularmente en los delitos contra la propiedad y los patrimoniales, el pago por intermedio del seguro debería tener los mismos efectos jurídicos penales que el efectuado por intermedio del autor, porque esta prestación extraña sería suficiente para la restitución. Si, por el contrario, se clasifica a la reparación conforme al Derecho penal entonces surge en primer lugar la cuestión acerca de cómo hay que juzgar a las prestaciones restitutivas a partir del autor: ¿pueden ser entendidas como expresión de un arrepentimiento motivado? pero este no es el caso común, cuando los pagos son efectuados por compañías aseguradoras.⁵⁴

53. Cfr. también la nueva redacción del art. 293 EGStGB del 23º Stäg de 1986.

54. Así también la opinión dominante sobre los esfuerzos por la

2. Tampoco hay que perder de vista el peligro de privilegiar a autores financieramente fuertes, por ejemplo en el ámbito de los delitos económicos. Tales vacilaciones no retroceden, simplemente, por apelación a una supuesta prioridad de la protección a la víctima. Se trata, más bien, como ya lo hiciera el legislador alemán en varias regulaciones, de 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*).⁵⁵ He aquí una proposición que, al menos parcialmente, capta el peligro de una "justicia de clases".

3. Si uno piensa en el Derecho alemán se debe también tener en cuenta las clausuras del procedimiento por oportunidad, ya mencionadas. Por la falta de posibilidad de recurrir y debido a los requisitos poco precisos, el § 153a de la OPP, incorporado en el año 1975 y cuyo contenido, al igual que el § 153 de la OPP, exige la presencia de culpabilidad reducida, por lo que implica delincuencia de bagatela, es manipulado, en la práctica, extensiva (hasta en casos de mediana criminalidad) y arbitrariamente.⁵⁶ En la discusión sobre el problema de la restitución, permanece a menudo fuera de análisis este criterio. Desde el punto de vista científico ello es comprensible porque su estructura actual es escasamente valorable jurídicamente. Pero, a pesar de las numerosas críticas, lamentablemente debemos partir del hecho de que el precepto no va a ser abandonado fácilmente por la práctica y por ello puede tener todavía larga existencia, en virtud del campo de libertad que concede a los órganos de persecución. Su actual manejo nos conduce, tam-

reparación, en el § 46 CP; cfr. BGHVRS 14, 58, 63; BGH en Dallinger MDR 1966, págs. 559 y 560; Stree, en: *Schönke/Schröder*, § 46 n° marginal 40; de otro modo Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 2, 7ª ed. 1989, pág. 612.

55. Cfr. § 46, párrafo 2, § 56b, párrafo 2, n° 1, CP; § 45, párrafo 1, en relación con § 15, párrafo 1, n° 1, de la ley de enjuiciamiento juvenil. Sobre igual significación de la terminología, cfr. Stree, en: *Schönke/Schröder*, § 56b, n° marginal 10.

56. Más detalles en Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 704 con más detalles.

bién, a que una parte no poco importante de los casos aquí enmarcados se detengan en el procedimiento preliminar. Pero, hasta ahora, no se hace uso de la reparación como imposición, a pesar de que se encuentra en el catálogo de las posibles. Se puede presumir que ello se debe a la comodidad de los fiscales, para quienes, tal vez, sea engorroso su control. Sin embargo, independientemente de su importancia práctica, que probablemente también se corresponde con la existencia de una cobertura de seguros y así con la liquidación de las pretensiones de reparación de la víctima individual, o con las condiciones financieras insuficientes del autor, es otra la razón primaria: la aspiración de aplicar una cuasi-pena por medio de la imposición de pagar una suma de dinero⁵⁷ a una organización caritativa o la imposición de prestaciones de utilidad común. En atención a la existencia del § 153a de la OPP, habrá que meditar en qué medida se podría activar el precepto en relación a la cuestión sometida a discusión. Por razones de técnica legal sería posible que se prescriba al fiscal (igualmente al juez llamado a entender en el debate) que considere con prioridad si es posible la reparación como imposición. En tanto se haya fijado conjuntamente una cuasi-pena, se puede pensar en obligaciones mixtas.

Además, la introducción del § 153a de la OPP —y en algunos ámbitos también la aplicación generosa del § 153 de la OPP— ha resultado, más allá de la desilusión de las expectativas de justicia penal, perjudicial para la víctima. La falta de condena penal en los casos actuales de clausura por oportunidad, significa para la víctima que se pierde también para ella el papel prácticamente prejudicial de la sentencia penal en el aspecto civil. En realidad, el hecho de que se trate sólo de una clausura del procedimiento según los §§ 153 y ss. y no según el § 170, párrafo 2 de la OPP y, de que en los §§ 153a y 153, párrafo 2 de la OPP se requiera el consentimiento del imputado, puede ofrecer un punto de referencia para el aspecto civil, pero eso es naturalmente un déficit frente a la determinación de la culpabilidad por sentencia penal. No obstante, se trata de una

57. Generalmente, ésta va a ser menor que el monto del daño.

problemática general de la clausura del procedimiento por oportunidad. Las soluciones propuestas para la reparación no cambian en ella absolutamente nada, sino que, por lo contrario, son relativizadas por su intermedio, o, incluso, como en los casos de la propuesta del Proyecto Alternativo, son impulsadas al vacío. En la evaluación de este punto se debería recordar que antes se hablaba a menudo de “abuso del Derecho penal para fines civiles”. De todas maneras, era exacto el pensamiento de que los parámetros para la realización de un procedimiento penal deben ser orientados según fines de Derecho penal y no de Derecho civil.

4. A más de ello, hay que observar que existen casos en los cuales los perjuicios están fuera de proporción en relación al contenido de 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.⁵⁸ 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.

5. Finalmente, en los esfuerzos por la reforma será preciso tener en cuenta que más importante que un fortalecimiento de las posibilidades de reparación por un instrumento penal, es la reducción de los perjuicios para la reparación producidos por el Derecho penal. Esto es válido, sobre todo, si en los esfuerzos reformistas no se trata, en primer lugar, de nuevas facilidades para el autor, sino, verdaderamente, de ventajas para la víctima.

La restitución de los daños provocados a la víctima puede ser entorpecida si colide la realización de la pretensión penal con la pretensión de indemnización civil. De esta colisión, no se puede derivar que, por consideración a los intereses de re-

58. Acertadamente Lappi-Seppälä hizo referencia a esto en su ponencia para Friburgo sobre nuevos caminos de la reparación en el Derecho penal de Finlandia, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), págs. 308, 311.

paración de la víctima, se suprima el fin de la pena y, con ello, la pretensión penal o su necesidad de realización. Más bien, las necesidades penales son determinadas autónomamente desde el punto de vista del interés público, como ya se dijo anteriormente en distintos contextos. Por ello, esta pregunta sometida a discusión también se trata de un problema real de colisión, es decir, de colisión de fines de ambas zonas del Derecho, de tal modo que, lógicamente, no puede ya faltar el fin de la pena. Objetivamente, se trata de evitar que se decida la realización de la pretensión penal estatal, *unilateralmente*, a costa de los intereses del ofendido. Por lo tanto, hay que ponderar si se ha de otorgar prioridad en la ejecución a la pretensión penal pública o a la pretensión indemnizatoria civil.

En relación a esta colisión persisten en el ordenamiento jurídico, parcialmente, concepciones estatales autoritarias, así, particularmente, cuando la ejecución de la pena de multa se practica sin consideración a la prioridad de la reparación.⁵⁹ Por otra parte, en los casos de criminalidad grave es inevitable afectar a la reparación relacionada con la ejecución penal, cuando es necesaria la ejecución de una pena privativa de la libertad.

En las penas de multa se soluciona la colisión de intereses posibilitando la prioridad de la reparación, algo que en el Derecho alemán es ahora al menos facultativo, en virtud del § 459a, párrafo 1, oración 2 de la OPP introducido por la ley de protección a la víctima. Por lo contrario, no sería ninguna solución de la colisión compensar la reparación con la pena impuesta, por la necesidad de penar manifestada en la sentencia o en el decreto penal.⁶⁰ Una remisión de la pena sería más apropiada, incluso para la pena de multa, sólo bajo las condiciones de una suspensión de la pena a prueba a ella extendida y vinculada con la reparación, como anteriormente se exigiera.

59. Cfr. sobre esto los datos en Riess (cit. nota 41), n° marginal 46 f, y Frehsee (cit. nota 1), pág. 212.

60. Así, empero, Sessar, *Festschrift für Leferenz*, 1983, pág. 159.

VI

1. Para poder juzgar el modelo de reparación consagrado en el sistema de las consecuencias jurídicas del Derecho penal material como elemento dependiente, resta la respuesta a la pregunta por sus *consecuencias procesales*.

Al comienzo ya se hizo referencia a que, en la problemática de la reparación penal, hay que separar claramente la parte material de la procesal. Como se ha mostrado, la reparación — de naturaleza civil— puede jugar un papel tal en el Derecho penal material que privilegie al autor en relación a la pena y este estímulo a la mitigación provoca efectos mediatos en beneficio del ofendido. Cuando se hace valer la pretensión reparatoria en el procedimiento penal se trata, por lo contrario, de una unión del proceso civil y el penal basada en consideraciones de economía procesal. En el proceso penal alemán esta unión procesal juega, sin embargo, un papel muy pequeño. No se conoce la *action civile* y el proceso de adhesión tiene, prácticamente, poca importancia.⁶¹ A pesar de que, también en el Derecho penal material de la República Federal de Alemania, el modelo de reparación consistente en una consecuencia jurídica dependiente, aparece en varias disposiciones, no ha resultado de ello necesidad práctica alguna de la unión procesal del procedimiento penal y el civil resarcitorio. Ello se relaciona con el hecho de que, en este modelo, no se decide sobre la suma de la indemnización; por lo tanto, no es necesario determinar ya su magnitud. Tampoco en las imposiciones de la remisión condicional ella necesita estar determinada con cifras. Definitorio para la parte penal es que el autor se ocupe, según sus posibilidades, de la reparación de los daños provocados con el hecho. Además, alcanza objetivamente, para el cumplimiento de una imposición asignada, que se produzca las pruebas neces-

61. Weigend (cit. nota 1), pág. 522 habla en relación al procedimiento de adhesión (§§ 403 y sigs. de la OPP), como de una "curiosidad" en la vida cotidiana de los tribunales.

rias frente al funcionario encargado de la ejecución de las penas.⁶²

Otra cuestión que, sin embargo, no es objeto de este artículo, consiste en determinar si existen otros puntos de vista procesales independientes de la problemática de Derecho material, para la activación del procedimiento de adhesión o, incluso, para la incorporación de la *action civile*. En la obra en memoria de Armin Kaufmann, ya he manifestado que, en el Derecho procesal alemán, no están presentes.⁶³ Más bien, hay buenos argumentos que hablan en favor de la necesidad de aliviar al proceso penal de la recepción de pruebas sobre la extensión del daño civil⁶⁴ y así conformarlo, para que transcurra tranquilamente y conforme a su naturaleza, manteniendo afuera al ofendido, a menudo con sed de venganza.⁶⁵ Una participación del ofendido en el procedimiento penal es superflua, incluso para los estrechos límites previstos en nuestro Derecho procesal —es decir, también como acción accesorio—. Basta con que el ofendido tenga la posibilidad de impugnar mediante recursos las clausuras de los procedimientos y las sentencias absolutorias; y, en lo que se refiere a la pretensión resarcitoria civil, es suficiente con que la sentencia condenatoria del acusado vincule a los tribunales civiles en relación al pronunciamiento sobre la culpabilidad, es decir, que equivalga a una sentencia constitutiva civil.⁶⁶ Por lo demás, tal vez se debiera considerar, especial-

62. Sobre el conjunto ver Horn, en *Systematischer Kommentar zum StGB*, § 56b, n° marginal 4.

63. Págs. 713 y sigs.

64. La ley de protección a la víctima fue forzada, para poder mantener invariable el § 405, oración 2, OPP.

65. El nuevo art. 75 CPP italiano, tiene ahora también en cuenta estas consideraciones en el Derecho Procesal Penal, hasta ahora basada en la *action civile*.

66. Más detalles en Hirsch, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, págs. 716 y sigs. La fuerza vinculante se refiere sólo a sentencias penales condenatorias (análogas a sentencias constitutivas civiles, que únicamente son posibles como sentencias provisorias, en el caso de aceptación del título de la pretensión). La vinculación a una sentencia penal absolutoria queda eliminada civilmente, porque la solución

mente en la idea de construir un procedimiento por adhesión, que en nuestra realidad jurídica, y justamente en este ámbito, muchas veces no se llega al juicio penal, porque se decide una clausura del procedimiento por oportunidad durante la instrucción preliminar, y que en ello precisamente, reside el problema. Las carencias del Derecho procesal alemán consisten en que no admite impugnación alguna contra las clausuras del procedimiento por oportunidad, previstas en los §§ 153 y 153a de la OPP,⁶⁷ y también en que no conoce el efecto de vinculación automático al pronunciamiento penal de culpabilidad. En estos puntos yacen imperiosas tareas de reforma procesal.

2. Mucho se discute en la actualidad la pregunta de si se debe incorporar un procedimiento conciliatorio para la delincuencia leve y de mediana gravedad, a fin de tornar prescindible el proceso penal por medio de una composición autor-victima en esta etapa. En cuanto a que detrás de esto hay fines abolicionistas tales que se quiere suprimir la persecución penal para todo el ámbito de esa delincuencia, ya se ha dicho, al principio, lo necesario al respecto. Si por lo contrario, se trata de darle al autor la posibilidad de evitar el procedimiento penal en su contra por aceptación de las disposiciones de la reparación y su consiguiente cumplimiento,⁶⁸ entonces un procedimiento

propuesta no prevé la participación del ofendido en el procedimiento penal. Además, se trata aquí de facilitar al ofendido el acceso a la reparación correspondiente de los daños (cfr. también la consideración de esta idea en el § 406, párrafo 3, oración 2, OPP). Se añade a esto que, a pesar de la absolución penal, puede subsistir una pretensión civil reparatoria, especialmente bajo el punto de vista de una responsabilidad por riesgo.

67. Cfr. Weigend, *Anklagepflicht und Ermessen*, 1978, pág. 171; Schöch, *ZStW* 92 (1980), págs. 143, 180, 204; Werner, *NSiZ* 1984, págs. 401, 403; Jung, *JR* 1984, págs. 309, 312.

68. Kerner, en Kury (Hrsg.), *Prävention abweichenden Verhaltens-Massnahmen der Vorbeugung und Nachbetreuung*, 1982, págs. 789, 819 y sig.; Riess (cit. nota 41), n.º marginal 129; Grebing, *GA*, 1983, págs. 1, 19 y sig.; Schöch, *NSiZ*, 1984, págs. 390 y sig.; Frehsee (cit. nota 1), págs. 379 y sig. Sobre la relación con el concepto de la *diversion* desarrollado en los EE.UU. y los límites de la transferencia de estas ideas al Derecho Penal continental europeo, ver Kaiser (cit. nota 1), págs. 231 y sig.

tal (procedimiento conciliatorio "previo") se adecua *estructuralmente* al modelo de reparación penal aquí presentado. Sin embargo, la pregunta definitoria es, en qué medida él puede ser conciliado con los intereses de la generalidad, manifestados en la pretensión penal pública y, también, con las necesidades de prevención general. Anteriormente se insistió en que los delitos no quedan agotados, generalmente, en un conflicto autor-víctima, sino que están en juego importantes intereses de la comunidad. Justamente, el Derecho penal moderno, orientado preventivamente, tiene como base el interés de la comunidad de influir sobre el autor. Por estas razones, el procedimiento conciliatorio sólo puede jugar un papel en el ámbito de la delincuencia de bagatela.⁶⁹ Nosotros ya lo conocemos por el § 380 de la OPP en determinados delitos de acción privada; se trata de una parte de los hechos de bagatela, en los que aquí *per definitionem* se niega el interés público en la persecución penal. También el ensayo del modelo en otros delitos afecta, prácticamente, el ámbito de la criminalidad leve.⁷⁰

Por lo demás, aparece aquí nuevamente el problema del tratamiento igualitario de los delitos susceptibles de reparación y aquellos sin víctima. Sólo en tanto se regule la reparación como una imposición entre varias posibles, no existe obstáculo alguno para que el procedimiento conciliatorio propuesto no se deba limitar a los delitos reparables. *De lege lata* el § 153a de la OPP realiza una selección de casos de bagatela. Ya se ha resaltado, que este precepto ha sido dudosamente concebido en el marco de un Estado de Derecho y, además, que, en el manejo práctico, excede ampliamente su función.

69. Sobre estimaciones semejantes en el marco de otros ordenamientos jurídicos, ver Hirsch, en: Eser/Kaiser/Madlener (cit. nota 6), pág. 386.

70. Cfr. Kaiser (cit. nota 1), pág. 232; Ministerio Federal de Justicia, "Diversion" im deutschen Jugendstrafrecht, 1989, pág. 19; Schreckling/Pieplow, ZRP 1989, págs. 10, 12 y sigs. La práctica, en el marco del proyecto modelo "Die Waage", comprende, en realidad, un tercio de casos que exceden la criminalidad leve; no obstante, no se trata en estos casos de la problemática sujeta a discusión sobre la evitación del procedimiento penal a través de una composición autor-víctima.

Finalmente, surge la pregunta, acerca de si una composición previa autor-víctima, realmente trae algún beneficio al ofendido, dado que el autor ya está obligado civilmente a la restitución en razón del hecho. 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 sólo 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.⁷¹ Mirando detalladamente, en el procedimiento conciliatorio previo se trata, sobre todo, de ventajas para el autor y muchísimas menos para la víctima.

VII

Sintetizando, se puede determinar: hay que saludar enérgicamente que la política criminal haya dirigido su atención nuevamente a la víctima. El debate en este contexto, extendido mundialmente, sobre la reparación en el Derecho penal material, no es tan revolucionario como a menudo se ha pretendido. Las funciones del Derecho penal no pueden ser ampliadas arbitrariamente, sino que están ontológicamente limitadas. Por ello conserva la reparación su carácter civil, incluso cuando se la incorpora al Derecho penal. Así, sólo se puede tratar de que el autor tenga la posibilidad de ganarse consecuencias jurídicas penales atenuadas con la reparación del daño. Esto redundaría mediatamente en beneficio de la víctima, porque el otro castigo

amenazante y no atenuado se presenta al autor como medio adicional de presión para que se ocupe de la reparación.

Errada es la idea hoy difundida, de que después del fracaso del concepto de tratamiento, los conceptos de composición autor-víctima y reparación, podrían ser los indicadores político-criminales generales. Sólo se trata de ámbitos marginales y, en los resultados, sencillamente, las ventajas para las víctimas son menores que las de los autores.

Hans Joachim Hirsch

Acerca de la posición de la
víctima en el Derecho penal y
en el Derecho procesal penal*

Sobre los límites de las funciones
jurídico-penales

Traducción de *Julio B. J. Maier* y *Daniel R. Pastor*

* El artículo fue publicado en el libro editado en conmemoración de Armin Kaufmann (*Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, publicación de Gerhard Dornsaifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethard Zielinski), Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.

I

Armin Kaufmann, en el año 1979, se ocupó de las cuestiones fundamentales de las funciones del derecho penal, en una conferencia dictada ante la Academia de Ciencias de Renania-Westfalia (*Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*).¹ Con ello, él fijó su atención, en los últimos años de su vida, en un extenso ámbito de problemas centrales, actividad en la cual se encuentra nuevamente, también aquí, la agudeza de sentido y claridad de las reflexiones, que caracterizan sus trabajos dogmáticos. La temática encarada por él ha alcanzado, entretanto, una actualidad adicional de la mano de la cuestión acerca de la posición que le corresponde al ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Kaufmann no observó, aún, en su conferencia, motivo alguno para hacer referencia expresa a este punto, no extrae, todavía, consecuencias para responder expresamente a este punto. Sin embargo, como se mostrará a continuación, se hallan en su exposición valiosos fundamentos para aclarar aspectos importantes de este problema puesto aquí en debate.

II

1. La euforia fijada en la resocialización del autor, de los años sesenta, fue reemplazada, entretanto, por la euforia que recae

1. Las funciones del derecho penal, en: Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, págs. 262 y ss.

sobre la víctima.² Desde hace quince años, la victimología experimenta un auge impetuoso. Ella, rápidamente, partiendo de una disciplina científica, se convirtió en un movimiento internacional de reforma. Entretanto, los impulsos político criminales que parten de allí muestran su consecuencia en las legislaciones nacionales.

Se debería ser consciente de las oscilaciones pendulares de la política criminal más reciente, si se quiere llegar a una valoración científicamente equilibrada de las cuestiones actualmente planteadas. En los años sesenta era considerado reaccionario quien opusiera dudas frente a una ideología unilateral del tratamiento: se debía hacer la vista gorda respecto de la víctima y de la necesidad de justicia que resultaba de poner la mirada sobre ella. Hoy en día debe temer un reproche similar, fácilmente, aquél que cuidadosamente advierte frente a una afirmación unilateral de sentido opuesto. Es también inexacto, según hoy se afirma, que ahora el ofendido ha sido descubierto nuevamente para el proceso penal, después de que, en el transcurso de la evolución jurídica, se lo hubo desalojado más y más y, por último, expulsado totalmente de él.³ El, antes bien,

2. La bibliografía alemana y también la extranjera es, entretanto, apenas abaricable. Un panorama detallado sobre la literatura victimológica se halla en Kaiser, *Kriminologie, Lehrbuch*, 2ª edición, 1988, págs. 465 y ss.; sobre la literatura procesal penal en Riess/Hilger, *Das neue Strafverfahrensrecht - Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz*, "NSTZ" 1987, págs. 145, 153 (notas 184, 185); IIª parte, págs. 204, 207 (nota 324) y ss.; sobre la literatura referente a la dogmática de la determinación de la pena y de las consecuencias jurídicas en Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987, págs. 47 y ss., 233 y ss.; sobre la literatura victimo-dogmática en Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, págs. 17 y ss.; Schünemann, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, "NSTZ" 1986, 193 y 439.

3. Así, empero, por ejemplo: Kerner, Prólogo de: Kirchhoff/Sessar, *Das Verbrechensoffer*, 1979, pág. VII; Weigend, *Viktimologisches und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, ZStW 96 (1984), 761 ("figura olvidada"); Schünemann (cit. nota 2), págs. 193 y ss; Roxin, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en: Schöch, *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987,

fue rescatado sólo de aquellos cuya mirada, durante los años sesenta, había rendido homenaje de fidelidad a una política criminal demasiado unilateral.⁴ Pues la víctima no ha sido excluida como factor de la determinación de la pena ni como sujeto portador de facultades procesales. Esto último lo muestran, por una parte, las leyes de enjuiciamiento penal de aquellos países en los cuales está prevista y también se practica la acción civil del ofendido.⁵ Pero también el Derecho procesal penal alemán ha concedido al ofendido facultades en parte más restringidas, en parte más amplias, a saber, en relación a la pretensión punitiva del Estado —con limitaciones específicas a determinados grupos de delitos— la querrela conjunta y la acción privada, y, además, el procedimiento para obligar a accionar al ministerio público, como también, para la pretensión resarcitoria del Derecho civil, un procedimiento —en verdad poco práctico— de adhesión.* Más allá de ello, el Código penal

págs. 37, 42; Riess, *Der Strafprozeß und der Verletzte - eine Zwischenbilanz*, "Jura" 1987, págs. 281, 283.

4. Unilateralmente, colocando al autor en un primer plano de las reflexiones, por ejemplo: Baumann, *Zum Entwurf eines StGB*, "MDR" 1963, pág. 802; del mismo autor, *Resozialisierungsgedanke und Rechtsgüterschutz in 1. und 2.. Strafrechtsreformgesetz*, "DRIZ" 1970, págs. 2, 4 y ss.; Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, "JuS" 1966, pág. 377 (N. del T.: existe traducción castellana (Luzón Peña) de este artículo en el libro *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, con el nombre "Sentido y límites de la pena estatal", págs. 11 y ss.

5. Pormenorizadamente sobre la acción civil en el proceso penal frances: Jescheck, "Die Entschädigung des Verletzten nach deutschem Strafrecht" "JZ" 1958, págs. 591, 593 con más información. Sobre el carácter "mixto" de Derecho penal y civil, véase también la información en la nota 44a.

* N. del T.: En el sistema penal alemán existen, como en el nuestro, delitos de acción privada (en el texto alemán: *Privatklage*), al lado de delitos de persecución penal pública. Sin embargo, en este sistema es la Ordenanza Procesal Penal (OPP = *StPO* = *Strafprozeßordnung*, en el texto alemán) la que se ocupa de determinar cuáles de los delitos que están condicionados a una instancia (*Strafantrag*), —a semejanza de nuestros delitos dependientes de la instancia—, según el Código Penal,

alemán contuvo, hasta el año 1975, reglas relativas a la enmienda en dinero a favor del ofendido en casos de injuria y de lesiones corporales, en sus §§ 188 y 231; además, se debe señalar el derecho a ser notificado según el § 200 del Código Penal.* Por ello, también se puede observar que, antes de los años sesenta, la situación del ofendido no representaba un problema serio para la práctica y la ciencia. La discusión, que transcurría tranquilamente, se limitaba, entre nosotros, en lo esencial, a la cuestión de cómo podría ser mejorada la protección del ofendido durante su declaración testimonial,⁶ y al problema

van a ser perseguidos por la vía de la acción privada (*Privatklageverfahren*). Por lo demás, en algunos grupos de delitos de acción pública, es también posible que el ofendido o algunos otros legitimados sustitutos se unan a la persecución penal pública, mediante la querella conjunta (en el texto alemán: *Nebenklage*).

Se denomina "procedimiento para obligar a accionar al ministerio público", al recurso puesto a disposición de quien instó la persecución penal y, al mismo tiempo, es el ofendido, que le permite obtener un control de legalidad sobre la promoción de la persecución penal por parte del ministerio público, primero internamente y después por resolución judicial, que puede finalizar con un eventual mandato que obligue al fiscal a perseguir penalmente (OPP, §§ 172 y s.).

Procedimiento de adhesión (en el texto alemán: *Adhäsionsverfahren*) se denomina al ingreso de la cuestión civil al proceso penal.

* N. del T.: Cuando se habla de injuria (en el texto alemán: *Beleidigung*), se trata, en general, de la previsión de la enmienda penal no sólo para la injuria, como delito básico de los delitos contra el honor, sino para todos o casi todos los casos del capítulo referido a estos delitos: injuria (*Beleidigung*), difamación (*üble Nachrede*), calumnia (*Verleumdung*) y difamación y calumnia contra persona de la vida política (*üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens*).

Cuando se menciona a las lesiones corporales (en el texto alemán: *Körperverletzung*), se trata, también en general, de una previsión referida al capítulo que regula los delitos contra la integridad física.

Cuando se traduce "derecho a ser notificado, según el § 200 del Código Penal" (en el texto alemán: *Bekanntmachungsbefugnis nach § 200 StGB*) se trata de la publicación de la condena en los delitos contra el honor, a pedido del ofendido o de un autorizado a instar penalmente, en caso de ofensa pública o difundida por escrito.

6. Flehminghaus, *Justiz und Öffentlichkeit*, "DRiZ", 1969, pág. 165; Bockelmann, *Öffentlichkeit und Strafrechtspflege*, "NJW", 1960, pág.

de si el procedimiento de adhesión, respecto de la reparación civil, debería ser conformado, en interés del ofendido, de manera tal que fuera más practicable.⁷

Si esto se tiene presente, delante de los ojos, entonces se torna claro: la inclinación actual hacia el tema "ofendido" se desprendió antes bien del retroceso de la confianza resultante como consecuencia de la perspectiva unilateral hacia el autor, orientada por los político-criminalistas de los años sesenta, que de su correspondencia con las expectativas de justicia puestas en ella por la administración de justicia penal. Estas expectativas de justicia fueron frustradas mediante una orientación al concepto de tratamiento demasiado unilateral, en el ámbito norteamericano y escandinavo, y, entre nosotros, sobre todo —seguramente— mediante la práctica de la clausura del procedimiento* que se experimenta como demasiado extensiva y que se presenta como incontrolable.

2. El que hoy nos ocupemos *intensivamente* de la posición de la víctima en el sistema jurídico penal, corriente fundamentalmente saludable, deja entrever distintos puntos neurálgicos: al lado de una protección procesal reforzada sobre la participación pasiva, por ej., en el interrogatorio de la víctima, se dirige la atención sobre la construcción de facultades procesales activas, por ej., sobre la ampliación del procedimiento para obligar a accionar al ministerio público** y de la participación del ofendido en el proceso penal.⁸ También deben reconocerse

217; Staninda, *Ein Wort für die durch eine Straftat Geschädigten*, "NJW", 1960, pág. 2230.

7. Schönke, *Einige Bemerkungen zum Adhäsionsprozeß*, "DRZ", 1949, pág. 121; Würtenberger, *Über Rechte und Pflichten des Verletzten im deutschen Adhäsionsprozeß*, Pfenniger-Festschrift, 1956, pág. 191; Kübler, *Die Entscheidung des Verletzten in der Rechtspflege*, "ZStW" 71, 1959, pág. 617.

* *N. del T.*: Clausura del procedimiento (*Verfahrenseinstellung*) equivale —sin que el concepto sea absolutamente idéntico—, en lengua castellana al sobreseimiento, incluyendo el llamado "provisional".

** *N. del T.*: Ver la expresión aclarada en la *N. del T.*: que se ubica inmediatamente después de la nota 5.

8. Schöch, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*,

esfuerzos comprometidos, para incorporar a la reparación frente a la víctima reforzadamente en el sistema de consecuencias de la ley penal y en el procedimiento penal.⁹ Por lo demás, la llamada dogmática de la víctima se ocupa —y esto por cierto excluyendo el beneficio para el autor— con las limitaciones de la punibilidad bajo el punto de vista de la falta de necesidad de protección de la víctima.¹⁰

III

La 1ª Ley de protección a la víctima, que entró en vigor en 1987, en el curso de este proceso, ha conducido a una serie de modificaciones de la OPP y de la LOJ* a favor de la víctima del hecho, y, sin dudas, como se sabe, en especial en los puntos siguientes: fortalecimiento de la protección a los testigos contra hostigamientos personales durante el interrogatorio, mejoramiento de los derechos procesales a la información y de las posibilidades de asistencia letrada del ofendido, ampliación del catálogo de facultades del querellante conjunto, simplificación de los presupuestos procesales del procedimiento de adhesión e incorporación expresa del esfuerzo del autor por conciliar una

"NSTz", 1984, págs. 385, 388 y ss.; Meyer-Gossner, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozeß*, "ZRP", 1984, págs. 228, 231 y ss.; Schünemann (cit. nota 2), pág. 196; para la ampliación de la participación ver, además, Riess (cit. nota 3), pág. 285; Riess/Hilger (cit. nota 2), págs. 153 y ss.

9. Frehese (cit. nota 2); Roxin (cit. nota 3), págs. 37 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, "ZStW" 93, 1981, págs. 1147, 1152 y ss., 1170 y ss.; Schöch (cit. nota 8), págs. 289 y ss.; Sessar, "Schadenswiedergutmachung in einer Künftigen Kriminalpolitik", en el *Leferenz-Festschrift*, 1983, pág. 145; Weigend (cit. nota 2), págs. 792 y ss.; Schünemann (cit. nota 2), pág. 200. Véase también el informe sobre reparación de los daños en el derecho criminal, presentado por la unión federal de la ayuda a los penados, 1988, pág. 47.

10. Hillenkamp (cit. nota 2), págs. 17 y ss.; Schünemann (cit. nota 2), págs. 439 y ss. respectivamente con más información.

* N. del T.: LOJ = Ley de Organización Judicial (GVG = *Gerichtsverfassungsgesetz*, en el texto alemán), según su traducción usual.

compensación con la víctima al catálogo ejemplificativo de las circunstancias relevantes para la determinación de la pena, contenido en el § 46 del C.P.*¹¹

Esta ley ha sido frecuentemente criticada. Prescindiendo de la crítica a reglas particulares, como, a manera de ejemplo, la irrecurribilidad de los autos interlocutorios sobre la exclusión de la publicidad en caso de que se debatan circunstancias del ámbito de intimidad de una persona (§ 171b, párrafo 3, LOJ),¹² se reprocha a la reforma que ella fue preparada muy apresuradamente y que por ello resultó insuficiente con su modesta respuesta.¹³ Más largo y de mayor peso que la enumeración de aquello que en esta ley fue regulado para mejorar la posición del ofendido, es, por cierto, el universo de problemas que aún espera solución: la extensión del procedimiento para obligar a promover la acción penal pública a casos de clausura del procedimiento** por discrecionalidad, el complejo de la incorporación de elementos reparatorios en el Derecho penal y procesal penal, la reforma del procedimiento de acción privada y del derecho de instancia penal, así como la determinación precisa del concepto de ofendido.¹⁴

* *N. del T.*: Sobre los conceptos de querellante conjunto y procedimientos de adhesión, ver *N. del T.*: posterior a la nota 5.

C.P., abreviatura castellana de Código Penal, se utiliza en adelante por la abreviatura alemana *StGB (Strafgesetzbuch)*, de idéntico significado, pero, por supuesto, referido al Código Penal de la República Federal de Alemania.

11. Pormenorizadamente sobre la Ley de protección a la víctima, Riess/Hilger (cit. nota 2), págs. 145 y ss., 207 y siguiente.

12. Jung, "Öffentlichkeit - Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?", en *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, págs. 891, 907; Weigend, *Das Opferschutzgesetz - Kleine Schritte zu welchem Ziel?*, "NJW", 1987, págs. 1170 y 1172; véase también Böttcher, "Der Schutz der Persönlichkeit des Zeugen im Strafverfahren" en *Kleinknecht - festschrift*, 1985, págs. 25, 43 (nota 75a ["idea audaz"]).

13. Schünemann (cit. nota 2), pag. 200; Weigend (cit. nota 12), pag. 1176.

** *N. del T.*: Por ejemplo, por aplicación del principio de oportunidad (*Oportunitätsprinzip*: OPP, § 153).

14. Sobre ello advierte ya Weigend (cit. nota 12), pag. 1176. Acerca de la determinación precisa del concepto de ofendido, cfr. Struwer, *Ein*

Se debe resaltar aún, en especial, otro punto de la crítica. Se trata de la idea rectora bajo la cual el gobierno federal hubo de poner su iniciativa de ley dirigida a la sanción de la Ley de protección a la víctima: la finalidad de construir una "igualdad de armas procesal"* limitada entre imputado y ofendido.¹⁵ A esta presentación singular de la meta, que podría conducir fácilmente a que los derechos del ofendido sean ampliados a costa de las garantías procesales del imputado, se ha opuesto ya Schünemann enfáticamente.¹⁶ 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, sólo poco está en juego.

Uno tiene la impresión de que, en aquellas ideas rectoras, han sido sobrevaloradas las concepciones de los especialistas en ciencias sociales, quienes opinan, simplificando los puntos de vista jurídicos relevantes, que se puede conceptualizar el hecho punible y el procedimiento penal, en lo esencial, desde la perspectiva de un mero conflicto entre autor y víctima.¹⁷

Beitrag zur Bestimmung des strafprozessualen Begriffs "Verletzter", 1976; además, Jung (cit. nota 9), págs. 1148 y ss.; Riess (cit. nota 3), págs. 281 y siguiente.

* N. del T.: Se trata, en nuestro lenguaje procesal, del llamado "equilibrio procesal" entre las partes de un procedimiento o principio de "igualdad de posiciones" entre ellas.

15. Cfr. Riess (cit. nota 3), pág. 284; también de él, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, ponencia presentada en las 55ª Jornadas de Juristas Alemanes, 1984; nros. al margen 73 y s.; a esa proposición de metas de la ley se refiere también Schünemann (cit. nota 2), pág. 198 (nota 37), como también pág. 443, y Weigend (cit. nota 12), pág. 1170.

16. (Cit. nota 15).

17. Datos pormenorizados sobre tales puntos de partida en Rössner/Wulf, *Opferbezogene Strafrechtspflege*, 1984; Dünkel/Rössner, *Täter - Opfer - Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz*, "ZStW", n° 99, 1987, pág. 845 (con informaciones sobre intentos de modelos); Kube, *Täter - Opfer - Ausgleich*, "DRiZ", 1986, pág. 121.

IV

Como lo muestra ya la denominación "1ª" Ley de protección a la víctima se tiene la intención de proseguir con más reformas. Eso presupone, sin embargo, que se procure mayor claridad sobre la posición de la víctima dentro del sistema jurídico penal, en el sentido de los principios fundamentales, que la alcanzada hasta ahora. A este respecto, pueden ser separados dos modelos por anticipado: en primer lugar aquel que se dirige en dirección opuesta, según el cual la víctima se ve reducida, exclusivamente, al papel de un informante del hecho a la policía y de un testigo en el procedimiento. Las simplificaciones que emergen de tal modo de ver las cosas, son, precisamente, aquellas que han conducido a la exigencia actual y general de consideración al ofendido. Asimismo, 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.

Hoy se trata, antes bien, de categorizar a la víctima por diferencia funcional, en un sistema jurídico penal que se apoya en la pretensión punitiva del Estado. En el desarrollo de esa actividad existen tanto aspectos jurídico materiales como procesales.

V

El abandono de los intereses del ofendido se produce hoy en día, entre nosotros, con el mayor rigor en la *práctica de la clausura del procedimiento* por las fiscalías y los tribunales. La posibilidad de la clausura por insignificancia, que, en principio, tuvo la función material de conformar un correctivo frente al principio de legalidad en los casos de bagatela, ha alcanzado, desde la reforma del Derecho penal de 1975, un *significado práctico* inimaginable. Hace rato que se traspasaron los límites de la delincuencia de bagatela para ingresar ampliamente en el ámbito de la criminalidad media. Como es sabido, que se haya

arribado a este desarrollo, se conecta con la posibilidad alcanzada a través de la introducción del § 153d de la OPP de unir la clausura con una prestación impuesta, que consiste, regularmente, en un pago de dinero a una organización caritativa. También juega un papel la atenuación legal complementaria para casos de delincuencia de propiedad y patrimonial. A ello se agrega la irrecurribilidad del auto de clausura, que, en la práctica, conduce a que fiscalías y tribunales se orienten *contra legem* excluyentemente al punto de vista del interés público en la persecución penal y lo definan en concreto por sí mismo, incontroladamente.¹⁸

Tales clausuras de los procedimientos son “frustrantes”, muy frecuentemente, para el ofendido. En esa actividad, también los órganos de persecución penal y los tribunales de instancia caen, fácilmente, en la zona de penumbra, en especial en el manejo del § 153a de la OPP.¹⁹

Por ello, prescindiendo de la crítica parcialmente principista formulada al § 153a de la OPP, es exigencia de la ciencia la extensión del procedimiento para obligar a promover la acción pública —en el caso de clausura durante el procedimiento principal, también la posibilidad del recurso correspondiente— frente a estas decisiones hasta ahora inimpugnables.²⁰ Es

18. Críticamente sobre la conformación actual de la clausura del procedimiento por causa de insignificancia y sobre sus efectos prácticos: Schmidhäuser, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?*, “JZ”, 1973, págs. 529, 533 y ss.; Hirsch, *Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland*, “ZStW”, n° 92, 1980, págs. 218 y 226 y ss.; del mismo autor, “Bilanz der Strafrechtsreform”, *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, págs. 133, 140 y ss.; Baumann, *Die Reform der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens*, “NJW”, 1982, págs. 1558 y 1560; empero, expresamente a favor, entre otros, Walter, *Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität*, “ZStW”, n° 95, 1983, págs. 32, 53 y ss.; Herrmann, *Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland*, “ZStW”, n° 96, 1984, págs. 455, 467 y ss.; véase también Dreher, “Die Behandlung der Bagatelldelinquenz”, *Welzel-Festschrift*, 1974, pág. 917.

19. Sobre ello Hirsch (cit. nota 18), págs. 141 y siguiente.

20. Comprobable en Weigend, *Anklagepflicht und Ermessen*, 1978, pág. 177; del mismo (cita nota 3), págs 787 y s.; Schöch, *Kriminologie*

consecuencia del interés legítimo de satisfacción del ofendido en la vindicación del hecho punible cometido contra él, que él deba tener aquella facultad. Del hecho de que el Estado se halla adjudicado el monopolio penal resulta la obligación, para los órganos de persecución penal, de ejercitar esta persecución de una manera tal que no sea desatendida la necesidad de justicia del ofendido. Hay que añadir a eso, aquello que significa un menosprecio de la función protectora desistida por el Estado, cuando él reacciona sólo mínimamente contra ámbitos íntegros de lesiones de bienes jurídicos, amenazados con pena. Armin Kaufmann²¹ dejó sentado pertinentemente: "El recurso hipertrófico a la proporcionalidad de los medios es un indicio para la mediatización de las proporciones".

Por cierto, se conseguirá muy poco con una extensión de las posibilidades de obligar a promover la acción pública y de recurrir, en tanto, al mismo tiempo, la ley no describa en forma más precisa los presupuestos de la clausura del procedimiento, puesto que los tribunales le han tomado el gusto al ámbito de libertad conquistado.²² Esto se verifica también mediante la evolución habida en el procedimiento de acción privada. En él, la clausura por causa de insignificancia (§ 383, párrafo 2, OPP)

und Sanktionsgesetzgebund, "ZStW", n° 92, 1980, págs. 143 y 180 nota 204; del mismo (cita de nota 8), págs. 389; Werner, *Die Rechtsstellung der Verletzten im Strafverfahren beistaatsanwaltlichen Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen*, "NSTZ", 1984, págs. 401 y 403; Jung, *Zur Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, "JR", 1984, págs. 309 y 312; Bischoff, *Das Klageerzwingungsverfahren*, 1987, págs. 349 y s.; también Riess (cit. nota 15), nros. marginales 113 y ss. Resumidamente Paschmanns, *Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153a StPO - Entscheidungskriterien und Entscheidungskontrolle*, 1988.

21. (cit. nota 1), pág. 276.

22. Cfr. Ahrens, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung gem. §§ 153 II, 153a II StPO - Eine empirische Analyse über die Formen der Bekämpfung der Bagatelldelinquenz*, 1978, págs. 67 y ss.; Hertwing, *Die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit - Eine empirische Analyse der Handhabung der §§ 153, 153 a StPO in der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis*, 1982, págs. 43 y ss.; Hirsch (cit. nota 18), pág. 141.

conforma el caso regular, a pesar de la posibilidad, que allí existe, del recurso de queja inmediato —razón por la cual se ha convertido, prácticamente en sinsentido el esfuerzo por un procedimiento como ese.²³

De la misma manera, tampoco se perfilan cambios legislativos. Pues las administraciones judiciales fuerzan, por invocados motivos de economía judicial, la evolución negativa, y no existe ni un *lobby* de los ofendidos ni suficiente fuerza de realización política de la ciencia. Sólo el Estado de Derecho en el procedimiento penal y la confianza de la sociedad en la capacidad funcional del derecho penal se colocan en el camino de las consecuencias de esa manera de pensar tecnocrática.

VI

La tendencia reformista actual se concentra, también, en otro ámbito: aquél de la *reparación* frente al ofendido. El círculo "Alternativo", que en los años sesenta se destacó por su compromiso con la corriente de política criminal de entonces, se ocupa ya de la preparación de una propuesta de ley que responde a la tendencia actual, y la temática es discutida de manera especialmente fuerte en la bibliografía.²⁴

1. Se trata de que la reparación sea construida de tal manera en el ámbito de las consecuencias jurídicas, que pueda disminuir o tornar prescindible la pena privativa de libertad o de multa. Ya en el Derecho vigente se halla distintas reglas que le adjudican a ella un papel privilegiado, por ejemplo, en el precepto sobre los principios de la individualización de la pena (§ 46, párrafo 2, CP) o como imposición que posibilita una suspensión condicional de la pena a prueba (§ 56b, CP), así

23. Pormenorizadamente sobre esto Hirsch, *Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens*, Lange-Festschrift, 1976, págs. 815, 823 y ss.; del mismo autor (cit. nota 18), págs. 141 y siguiente.

24. Ver la literatura citada en nota 9. Sobre la preocupación del círculo alternativo con el tema, informa Roxin, "Juristische Nachrichten, N° 1/88, pág. 8.

como correctivo en el Derecho penal de menores (§ 15, párrafo 1, Nº 1, Ley judicial de menores). También la clausura condicionada a causa de la insignificancia (§ 153d, párrafo 1, Nº 1, OPP) y la prescindencia de la persecución en el Derecho penal de menores (§ 45, Ley judicial de menores) pueden ser vinculadas con la reparación.

Las reglas particulares —prescindiendo de las procesales mencionadas en último término— tornan claro que se trata, primariamente, de una problemática jurídico-material, a saber, una problemática referida al sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Este aspecto del tema de la reparación no tiene todavía, entonces, vínculo alguno con la cuestión acerca de la acción civil; ella toca recién un peldaño posterior de las reflexiones. Los exponentes alemanes de una construcción de la idea de reparación no vinculan tampoco su consideración, en la mayoría de los casos, con la exigencia de conceder al ofendido derechos activos para ello en el procedimiento penal.²⁵

En lo que se refiere al contenido de la prestación reparatoria, se piensa en prestaciones materiales e inmateriales, inclusive en prestaciones de trabajo.²⁶

2. Debería quedar hoy fuera de discusión que posee pleno sentido no excluir por anticipado los elementos restitutivos en la construcción de las consecuencias jurídicas de la ley penal, algo que también se refleja en los preceptos existentes ya mencionados. La cuestión es, sin embargo, de qué manera pueden y deben ser considerados.

a) Se puede dejar de lado aquella dirección que, en general, pretende colocar en el lugar de la pena estatal una regla de reparación entre autor y víctima. Tal abolicionismo, que cuenta con una serie de adeptos comprometidos entre los anteriores combatientes de la idea de reparación,²⁷ arroja como consecuen-

25. Cf. acaso Weigend (cit. nota 3), págs. 792 y ss.; Schünemann (cit. nota 2), pág. 200.

26. Frehese (cit. nota 2), págs. 7 y ss.; Riess (cit. nota 15), nros. 40 y ss.

27. Como abolicionistas se pueden citar: Bianchi, *Ethik des Strafens*, 1974, págs. 326 y ss., 380 y ss.; Barnett, *Restitution: A New Paradigm*

cia que sean negados los intereses de la sociedad, expresamente tomados en cuenta en la pretensión penal estatal. El resultado no sería sólo la supresión del derecho penal a favor de una regulación resarcitoria que sin más emergería ya, en lo esencial, de las obligaciones restitutivas previstas por el Derecho civil, sino también una desigualdad insoportable de la reacción contra el comportamiento criminal (según la existencia o ausencia de una víctima) y una entrega del autor a las presiones del ofendido.²⁸

b) Merece ser discutida la cuestión acerca de si la imposición de la reparación, considerada como *pena* y, por ende, como clase de pena *junto* a las clases de penas tradicionales, podría ser incorporada al catálogo de penas. En ese caso debería resultar claro para la ciencia que la respuesta no se decide por el hecho de que el legislador haya regulado la reparación en el Código Penal. En tanto ella muestra el carácter de un resarcimiento del daño material e inmaterial ocasionado al ofendido, se trata de la pretensión resarcitoria del Derecho civil, incluida la pretensión de la indemnización por el sufrimiento, aunque ella emerja del Código Penal. Pena y resarcimiento civil se diferencian por su naturaleza y no son manipulables mediante cambios de etiquetas. Por esta razón, las reglas ya mencionadas de la enmienda,* de los anteriores §§ 188 y 231 del CP, fueron entendidas

of *Criminal Justice*, en: "Ethics", t. 87 (1977), págs. 279, 289; Hulsman/Bernat de Celis, *Peines perdues*, 1982, págs. 155; Christie, *Limits to Pain*, 1982, págs. 92 y ss.; con restricciones también: Sessar, *Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren - Gegenwärtiger Stand und Überlegungen zur Reform*, "BewHi" 1980, 328, 336; del mismo autor, "Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht", *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, págs. 373, 378 y siguientes.

28. Rechazándola por eso, también Roxin (cit. nota 3), págs. 40 y s.; Jung (cit. nota 9), págs. 1171 y s.; Kaiser, "Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht?", *Lackner-Festschrift*, 1987, págs. 1027, 1035 y ss. (crítica resumida). La "Utopía" de este modelo subraya Riess (cit. nota 3), pág. 290, y Frehsee (cit. nota 2), pág. 192. Contra "teorías de la resignación" también Armin Kaufmann (cit. nota 1), pág. 269.

* N. del T.: *Geldbuße*: multa resarcitoria, a favor de la víctima, tra-

unánimemente como preceptos resarcitorios del Derecho civil.²⁹

En verdad, los representantes de la idea de reparación dicen que se trata de algo más que del resarcimiento. En este contexto se habla de prestaciones expiatorias a la víctima.³⁰ Sin embargo, esas concepciones no convencen. Por supuesto, es posible pensar en que el autor, que no está en posición para reparar financieramente, sea estimulado hacia otras prestaciones de equiparación, compensatoriamente.³¹ Pero, en cualquier caso, el resarcimiento en el sentido del Derecho civil, que, precisamente, comprende también el dinero debido por el sufrimiento en las infracciones personales, marca los límites de aquello que la víctima puede pretender del autor como reparación. A la esencia del dinero debido por el sufrimiento pertenece el que a la víctima se le deba conceder un resarcimiento equiparable por el padecimiento sufrido a causa del hecho. Por esta razón, todo aquello que excede de esto no se representaría como restitución sino como ganancia del delito del lado del ofendido. Por ello, la interpretación predominante de las imposiciones reparatorias existentes ya en las leyes penales se frena en los límites de la pretensión resarcitoria del Derecho civil.^{31a}

dicional en el Derecho penal alemán y, ciertamente, resabio de la composición del Derecho germano antiguo.

29. Cf. Sobre lo anterior: Hirsch, "Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht", *English-Festschrift*, 1969, págs. 304, 315; del mismo autor, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 9, ed., 1974, § 231 nros. 1, 2, 8 con más información.

30. Frehsee (cit. nota 2), págs. 56 y ss.; Roxin (cit. nota 3), págs. 40 y siguiente.

31. Cf. § 46 párrafo 2, según el texto de la 1a. Ley de protección a la víctima y sobre ello, Stree, en: *Schönke/Schröder (Sch/Sch)*, *StGB*, 23ª ed., 1988, § 46, n.º 40

31ª Cf., sobre § 56b, párrafo 2, n.º, 1 C.P.: OLG Karlsruhe, "Die Justiz", 1978, pág. 112; OLG Stuttgart, "NJW" 1980, pág. 1114; OLG Hamburg, "MDR", 1980, pág. 246; 1982, pág. 340; Dreher/Tröndle, *StGB*, 44ª ed., 1988, § 56b, nro. marginal 6; Horn, en: *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, 5ª ed., 1988, § 56b, n.º marginal 4; Russ, en: *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 10ª ed., 1985, § 56b, n.º. 4; de otro modo Stree, en *Sch/Sch* (cit. nota 31), § 56b, n.º. 9.

c) Roxin, quien niega con razón el carácter penal,³² concibe, sin embargo, que se conforma a los fines de la pena el que se incluya a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas de la ley penal como un instrumento preventivo posible para el Derecho penal, y ello en forma de una *sanción autónoma*.³³ El tiene evidentemente por incorrecto postular irreflexivamente un nuevo fin adicional para la pena, con el objeto de posibilitar la inclusión; empero, es de la opinión de que es posible una derivación de los fines corrientes de la pena.³⁴

A ese efecto Roxin establece relaciones con la llamada prevención general positiva.³⁵ De ella se desprende como aspecto parcial de la prevención integración, dirigida al "efecto de satisfacción que se produce cuando el delincuente ha hecho tanto, que la conciencia jurídica general sobre la quiebra del orden jurídico se calma y observa al conflicto con el autor como concluido". Por esta razón, es posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas, junto a las penas

No sería argumento alguno para la afirmación de prestaciones expiatorias jurídico-penales al ofendido el hecho de que, como consecuencia de una protección de la personalidad por parte del derecho penal estimada como insuficiente, se incluya elementos penales en la jurisprudencia sobre indemnización del daño moral impuesta por el derecho civil (BGHZ, t. 18, págs. 149, 159; t. 35, págs. 363, 368 y siguiente). El problema de la delimitación (sobre ello, más pormenorizadamente Hirsch (cit. nota 29), págs. 304 y ss.) no se resuelve por el hecho de que se pase de una rama del derecho a otra, recuperando el derecho penal la pena privada ya superada, y con ello, por lo contrario, tornando así difusos sus límites con la indemnización del daño moral del derecho civil. Además, esto adquiere significado sólo allí donde no se arriba a la punición o ella se estima insuficiente.

32. Roxin (cit. nota 3), págs. 44 y s.; con rechazo de la opinión contraria de Sessar (cit. nota 9), págs. 152 y siguientes.

33. Roxin (cit. nota 3), pág. 51. En ese contexto (v. *infra*), el habla, en conexión con Frehsee (cit. nota 2), pág. 119, de una "tercera vía" del Derecho penal (pág. 52).

34. Roxin (cit. nota 3), págs. 46 y s.; mientras Rössner/Wulf (cit. nota 17), págs. 82 y s., y Seelmann, *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, "ZEE", n° 25, 1981, pág. 44, se pronuncian por el reconocimiento de la reparación como nuevo fin de la pena.

35. Roxin (cit. nota 3), págs. 47 y siguientes.

y a las medidas de seguridad y corrección, como una "tercera vía" atenuante de la pena por reemplazo o complementación.

Se puede renunciar aquí a abordar pormenorizadamente el concepto, a menudo cambiante, de la prevención general positiva.³⁶ Pues la cuestión propiamente dicha, puesta en debate en este contexto, es, precisamente, aquella de si el derecho penal tiene una función pacificadora universal o sólo relativa a la misma pena. Se entendió hasta ahora como autoevidente que la tarea pacificadora del Derecho penal, emergente del hecho, se limitaba al ámbito de la pretensión penal.³⁷ El resarcimiento se refiere, en cambio, a la función pacificadora del Derecho delictual civil, aun cuando —como sucede en la acción civil del Derecho procesal penal francés— la acción civil sea vinculada regularmente con el procedimiento penal. El Derecho penal como zona parcial del orden jurídico se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas ligadas a ellas. En la pena a imponer se trata de la vindicta justa del hecho y de la prevención que de ella parte hacia el autor y la generalidad. Armin Kaufmann³⁸ ha trabajado, en forma especialmente clara, las relaciones que existen entre estos puntos de vista, en su análisis de la función del derecho penal. La tarea pacificadora de la pena concreta se manifiesta frente a la generalidad en la confianza en el resguardo del orden jurídico

36. Para la problemática general ver, por ejemplo, Müller-Dietz, "Integrations-prävention und Strafrecht", *Jescheck-Festschrift*, 1985, págs. 813, 816 y ss.; Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, págs. 31 y s., 40 y ss.; Frehsee (cit. nota 2), págs. 65 y ss. Sobre el alcance del "aspecto positivo de la prevención general", Armin Kaufmann (cit. nota 1), págs. 275 y siguientes.

37. Sobre este aspecto y, en conjunto, sobre el concepto de pena: BVerfGE 45, págs. 187, 253 y ss.; 64, págs. 261, 271 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, págs. 56 y ss.; Gallas, *Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs*, "ZStW", n° 80, 1968, págs. 1 y ss.; Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986, Lackner, StGB, 17ª ed., 1987 § 46, nota 1, pormenorizadamente; Volk, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, "ZStW", n° 83, 1971, pág. 405.

38. (cit. nota 1), págs. 269 y ss., 265 y siguiente.

resultante de una justa punición. Frente al ofendido se trata, como se desprende de las reflexiones teórico-penales fundamentales de Kaufmann, de la satisfacción alcanzada mediante la justa punición del autor. También las medidas tienen una directa relación con la pretensión penal o, cuando menos, con la parte del injusto de ella, pues aquellas deben impedir que surja renovadamente una tal pretensión jurídico-penal contra el autor. 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.^{38a} 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 refiriera, tan siquiera una sola vez, a la cuestión de una tal "tercera vía".

La concepción criticada anteriormente desconoce que el análisis penal de un caso representa sólo un capítulo de su solución jurídica. Para la conclusión jurídica completa también pueden jugar un papel muchas otras zonas del orden jurídico: a manera de ejemplo, fuera del Derecho resarcitorio de los daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada una de estas zonas del Derecho, con una función diversa, está ocupada de imputar consecuencias emergentes de la transgresión jurídica. La opinión que parte de una competencia general jurídico penal, tendría la consecuencia de que el hecho punible debería ser solucionado, en *todos* sus efectos jurídicos, en *un* procedimiento, lo que conduciría a un caos procesal y destruiría el proceso penal en el cumplimiento de su fin específico, dirigido al juzgamiento penal del autor.

Ante ello uno puede defenderse sólo dificultosamente de la impresión de que con esa idea —incorporar el resarcimiento a las funciones del derecho *penal*— se reactiva el punto de vista unilateral y retrógrado de la teoría de la retribución. Bajo el velo de la prevención general positiva parece, en verdad, que se ha

38a Armin Kaufmann (cit. nota 1), pag. 276.

* N. del T.: El autor utiliza la palabra en latín *aliud* = otro-otra.

intercedido en favor de una inclinación fortalecida de las consecuencias jurídicas del Derecho penal sobre el hecho cometido que aquí todavía sobrepasa aquello que la teoría de la retribución asignó en tareas al Derecho penal.

Por esta razón, debería resultar claro de los fundamentos de los órdenes jurídicos, actualmente orientados y conformados en su contenido según tareas materiales, como también del panorama que surge del desarrollo del concepto de pena, que la apelación a la función pacificadora del Derecho penal, en este contexto, conforma, antes bien, un punto de apoyo atávico para la incorporación de elementos restitutivos en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal.

Si se parte de los fines de la pena, entonces resulta con mayor evidencia que ellos se refieren a la pretensión punitiva del Estado dirigida contra el autor. Por consiguiente, el problema reside en saber qué significado le puede corresponder a la reparación para el sistema de consecuencias jurídicas, desde este ángulo de observación. Las reglas existentes mencionadas, por ejemplo aquellas sobre los principios de la determinación de la pena (§ 46, párrafo 2, CP), esclarecen ya aquello de lo que, en verdad, se trata. Esto es, que la reparación, como signo del giro interno del autor, como expresión de su arrepentimiento y, con ello, como paso en el camino para su corrección, pretende consideración en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Conforme a ello, se gira ya, también, en torno al *esfuerzo* del autor dirigido a la reparación (cfr. § 46, párrafo 2, CP).

El problema de la reforma consiste aquí, por ello, en completar el catálogo de las reglas específicas ya existentes. Se trata, ante todo, de hacer realidad la antigua exigencia de reforma, la posibilidad de la suspensión de la pena a prueba también para la multa, y, en todo caso, recurrir a ella de manera que la remisión de la pena sea sólo admisible si se liga a la imposición de reparar los daños en la medida de lo posible. Además se debe ponderar la introducción de la remisión de la ejecución de una *parte* de la pena bajo la condición de reparar.³⁹

39. Cf. sobre las exigencias de reforma, Riess (cit. nota 15), n° marginal 146, y Schöch (cit. nota 8), pág. 390; también Frehsee (cit. nota 2), pág. 212.

Si el autor ha efectivizado la reparación ya *antes* de ser condenado, esto es tomado en cuenta ya, según el derecho vigente actualmente, para la determinación de la pena, y, al lado de ello, se tiene en consideración una suspensión de la pena a prueba, aquí pues sin imposición de reparar, por causa de una prognosis favorable. Además, se debe meditar, de *lege ferenda*, en una ampliación del ámbito de aplicación de la admonición con reserva de la pena. Demasiado amplia y rígida aparece frente a ello la regla austriaca (§ 167 CP Austria), la cual conforma la prestación resarcitoria como fundamento jurídico-material para prescindir de la pena.⁴⁰ La reparación no toca fundamentalmente la existencia de la pretensión punitiva. Los hechos punibles no deben ser provocados por la legislación, a través del hecho de que el autor arriesgue únicamente la reparación del daño a la que él, sin más, está obligado por el Derecho civil. Si en el caso se trata de una infracción jurídica sólo leve, que el autor repara, la posibilidad general de Derecho procesal de clausurar el procedimiento a causa de insignificancia conforma un punto de apoyo para tales soluciones conforme al caso.

Con los casos anteriormente delineados se ha alcanzado la frontera de aquello que se puede extraer de los fines de la pena. De allí se desprende que la reparación no representa ni una sanción penal ni una consecuencia jurídico-penal independiente o algo similar. Antes bien, ella es tenida en cuenta como un factor importante, referido al autor, para la modificación de la determinación o ejecución de la pena, que produce sólo un efecto *mediato* también a favor del ofendido y se puede aprovechar para él.

d) Todavía puede tener significado, colateralmente, aquello que se refiere a otra problemática, a saber, la *colisión* entre la realización de la pretensión punitiva y la pretensión civil de resarcimiento. Se trata de evitar que la realización de la pretensión punitiva estatal suceda sólo *unilateralmente* a costa de

40. Rechazándola también Roxin (cit. nota 3), págs. 43 y ss; Riess (cit. nota 15), n.º marginal 142, con más información en la nota 392.

los intereses del ofendido, para lo cual se pondera a cuál de ambos se le debe conceder la prioridad de la realización. Puesto que se trata de un problema de colisión, es presupuesto de él que los fines de ambas zonas jurídicas colindan, de manera tal que, lógicamente, el fin penal ya no puede estar ausente.

Con referencia a esa colisión existen todavía en los órdenes jurídicos, parcialmente, objeciones provenientes de la autoridad estatal, como, por ejemplo, cuando la ejecución de la pena de multa se lleva a cabo con preferencia, sin consideración a la reparación del daño.⁴¹ Por otra parte, en los casos de criminalidad grave, en los cuales es necesario ejecutar la pena privativa de libertad, es evidente que el interés público en el castigo del hecho obstaculiza la reparación y esa obstaculización es inevitable, en tanto se precise de la pena privativa de libertad como sanción jurídico-penal.

La colisión de intereses se puede solucionar en los casos de multa, de manera tal que se posibilite la preferencia de la reparación del daño, aspecto contemplado hoy, al menos facultativamente —y, con ello, a medio gusto— en el Derecho alemán con fundamento en el § 459a, párrafo 1, oración 2, de la OPP, introducido por la Ley de protección a la víctima. En cambio, no representaría solución alguna del conflicto, a causa de la necesidad penal expresada en la sentencia o en el decreto penal, compensar la reparación con la pena impuesta.⁴² Una remisión de la pena sería mucho más adecuada a los hechos, aun en el caso de la pena de multa, sólo bajo los presupuestos referidos a una suspensión de la pena a prueba y ligados a la reparación, como se postuló previamente.

e) La orientación hacia ambos puntos señalados con anterioridad —esfuerzos reparatorios como circunstancias positivas para el juzgamiento del autor en la imposición de la pena y la problemática de colisión mencionada— posibilita una solución immanente al Derecho penal y una localización de las cuestiones

41. Cf. sobre ello los detalles en Riess (cit. nota 15), n° 46 y s., 144, y Frehsee (cit. nota 2), pág. 212.

42. Así, empero, Sessar (cit. nota 9), pág. 159.

que incumben a la reforma. La conservación de los límites de estos ámbitos es absolutamente necesaria para reconocer los problemas planteados y para no terminar en una confusión caótica de aspectos jurídico-penales y civiles indiferenciados. Aquello que es de naturaleza jurídico-penal y aquello que es de naturaleza jurídico-civil, se determina con base en criterios materiales relativos a su esencia.

f) Junto al estado teórico de la problemática referida a la reparación, debería estar también en el campo visual la pregunta acerca de la *relevancia práctica*. Uno tiene la impresión de que el esfuerzo literario, que hoy se impulsa alrededor de la reparación, no está en relación con su significado práctico. Como resulta conocido por la práctica, el problema real reside en que los autores, la mayoría de las veces, no disponen más que de los medios financieros imprescindibles, para destinar algo a la reparación. No es una casualidad el hecho de que los preceptos mencionados, ya existentes ahora, son utilizados escasamente.⁴³

Tampoco son realizables sin más prestaciones de trabajo compensatorias a favor de la víctima —por ejemplo, en el fin de semana— por motivos de Derecho laboral y fiscal. Además, la víctima de una lesión corporal o de un hurto no estará dispuesta, la mayoría de las veces, a dejar entrar al autor a su casa. Otras perspectivas laborales, mediante las cuales el autor, de su remuneración, podría satisfacer financieramente a la víctima, son prácticamente imposibles en la República Federal, en atención a los más de dos millones de desocupados.

En consecuencia, uno no consigue liberarse de la impresión de que la discusión sobre la reparación está acuñada también por concepciones algo románticas, a saber, por la suposición errónea de que autor y víctima están realmente, uno frente a otro, por regla, directamente, con sus intereses. Sin embargo, abstracción hecha de hacer valer el daño moral, éste no es, muy

43. Cf. sobre la escasa utilización, Sessar (cit. nota 9), 1984, págs. 145, 148 y s.; Riess (cit. nota 15), n° marginal 47; Kaiser (cit. nota 2), pág. 493.

a menudo, el caso. Antes bien, en las lesiones corporales la pretensión sobre el resarcimiento del daño material se traslada regularmente al seguro de salud o a otras empresas aseguradoras, y, en los delitos contra la propiedad, el traslado de la pretensión a aseguradores de hurtos, muebles y enseres domésticos y de todo riesgo en automóviles juega, asimismo, un gran papel.

VII

Otro punto central del tema lo constituye el problema del *papel participativo* del ofendido en el procedimiento penal. ¿Emerge la necesidad en relación a la pretensión punitiva, por motivos jurídico-penales, de reconocerle al ofendido una participación junto al fiscal que vaya más allá del papel de testigo?⁴⁴

1.a.) Primeramente se plantea aquí la pregunta acerca de si la posibilidad de una participación activa *general*, como se halla

44. Sobre la problemática de —en la práctica extinguida ampliamente— la acción privada ver, en cambio, ya particularizadamente Hirsch (cit. nota 23), págs. 815 y ss.; también Koewius, *Die Rechtswirklichkeit der Privatklage*, 1974, pág. 166; v. Schacky, *Das Privatklageverfahren und seine Berechtigung heute*, 1975, págs. 267 y ss.; Grebing, *Abschaffung oder Reform der Privatklage*, "GA", 1984, págs. 11 y ss.; pero también Geerds, *Zur Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozeß*, "JZ", 1984, págs. 786, 790 y siguientes. Este ámbito de problemas no se discute aquí nuevamente. Se trata, en esos casos, de la delimitación de la delincuencia de bagatela del Derecho penal criminal. Aquellos casos en los cuales se debe negar el interés público en la persecución penal fundadamente, a causa del carácter de bagatela (y no tan sólo con base en la cantidad de trabajo), son materia de un procedimiento impulsado por el ofendido, que no pertenece al campo del Derecho penal criminal. En él sería más que posible aspirar a liquidar el caso totalmente, pues aquí se enfrentan sólo autor y ofendido; Cfr. Hirsch, (cit. nota 23), págs. 827 y siguiente. Sin embargo, en tanto sean sobrepasadas las fronteras de la delincuencia de bagatela, los casos de acción privada actuales forman parte, materialmente, del procedimiento oficial, y para la cuestión acerca de la participación del ofendido rigen, entonces, las reflexiones que siguen en el texto.

—tocante no sólo, al lado civil sino también al lado penal de la cuestión— en la acción civil,^{44a} representa, aproximadamente, una solución consiguiente por motivos jurídico-penales.

Para aquellos que ven como función primaria del procedimiento penal la superación de un conflicto existente entre autor y víctima, esto es, sobre todo, lograr un equilibrio entre autor y víctima, y, por ende, observan la conciliación entre ambos como el resultado óptimo,⁴⁵ la participación activa general del ofendido resulta forzosa. Pues autor y víctima están uno frente a otro como partes de un proceso civil. Empero, en el procedimiento penal —moderno— se trata de la pretensión punitiva estatal que representa el interés público,⁴⁶ de modo que no se puede recurrir a aquella concepción, ya rechazada con anterioridad, como explicación para la participación.

De la circunstancia de que la pretensión punitiva estatal se resume en la lesión de los intereses de la víctima, se torna pensable, por supuesto, que se deduzca, como consecuencia, la facultad general de participación. Sin embargo, el sentido del traspaso de la pretensión penal privada a la pública fue,

44^a Sobre el carácter "mixto" de la acción civil, ver para el Derecho francés: Stefani-Levasseur-Bouloc, *Procédure pénale*, 13^a edición, 1887, n° 243; Vidal, *Observations sur la nature juridique de l'action civile*, "Rev. Sc. Crim.", 1963, pág. 508; para el Derecho griego: Benakis-Psarouda, *I politiki agogi stin poiniki diki*, 1982, págs. 13 y ss., 28 y ss.; Dedes, *Poiniki Dikonomia*, 1983, págs. 114 y ss.; para el Derecho Italiano: Pisapia, *Compendio di procedura*, 1975, pág. 89; Zallone, *La parte civile nel processo penale*, en "Archivio della responsabilita civile", 1970, pág. 787.

45. Weigend (cit. nota 12), pág. 1176; Dünkel/Rössner (cit. nota 17), págs. 847 y siguiente.

46. Este conforma, y no en último término, la base para que el Estado pueda manejar la ejecución de la pena orientada hacia el futuro, a saber, con la mirada puesta en un efecto de prevención especial sobre el autor. El punto de vista criticado saca ya amplísimamente, por ello, los fundamentos de la política criminal moderna, impulsada bajo la invocación de v. Liszt, cuya irrenunciabilidad fue acentuada, asimismo, por Armin Kaufmann (cit. nota 1), págs. 276 y siguientes. El comportamiento futuro del autor frente a la generalidad interesa, entonces, sólo escasamente.

precisamente, el hecho de que su existencia y su persecución debían ser independientes del ofendido. con ellos se trata, especialmente, de que sea alcanzada una objetivación del procedimiento penal. La sed de venganza y las emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal. Eso rige para un Derecho penal moderno, cuya portada reza contra la venganza y la pena retributiva, todavía en una medida mayor. En la República Federal no existen, por ello, esfuerzos serios para introducir una autorización general de participación para el ofendido.

b) La problemática se limita entre nosotros, antes bien, a la *acción conjunta*, esto es, a la cuestión acerca de si en el ámbito de los casos abarcados por ella existe la necesidad jurídico-penal para un papel participativo del ofendido. Como lo muestra el catálogo de los casos, la acción conjunta está construida sobre la base de aquellos delitos que afectan ámbitos personalísimos. Allí se puede pensar que la participación del ofendido es consecuencia de su necesidad especial de satisfacción y, por ello, se puede derivar del Derecho penal material. El interés especial de satisfacción surge del hecho de que los delitos de referencia muestran, típicamente, una estrecha relación autor-víctima.

Frente a ello se debe, empero, tener en cuenta que, en el interés a satisfacer que se encuentra considerado en el concepto de pena, no se trata de lograr satisfacción para la víctima por intermedio de su cooperación en el juzgamiento. Antes bien, este aspecto de la pena se refiere únicamente a la satisfacción por intermedio de la producción de una sentencia justa. Una legitimación material para la facultad de accionar conjuntamente se podría, por ello, derivar sólo de su *función de control*. Esto lo certifica también el Derecho positivo, concediéndolo al ofendido, que triunfó en un procedimiento para obligar a promover la acción pública, el derecho de promover la acción conjunta (§ 395, párrafo 1, n° 3, OPP). En los casos de hechos que lesionan ámbitos personalísimos, el aspecto de control tiene un peso especial, porque la necesidad de justicia del ofendido pretende aquí una vigencia fortificada.

Del otro lado, el resguardo de la facultad de promover la

acción conjunta, aun cuando ella no signifique una posición independiente como actor, sino una mera autorización para participar, resulta muy problemático. Las objeciones que debieron ser propuestas anteriormente contra una autorización general para participar en el procedimiento, rigen aquí en no menor medida. Por intermedio de la acción conjunta se logra introducir momentos dentro del procedimiento penal, que contradicen concepciones penales modernas, en especial motivos de venganza y disputas emocionales. Ello más aún, porque en la mayoría de los casos de acción conjunta juega su papel una relación especial autor-víctima. Se agrega a ello, aquí, las dudas respecto de una demora del procedimiento por intermedio de facultades activas, por ejemplo, por el derecho de ofrecer prueba del ofendido. Además, el ofendido está representado regularmente por un abogado, de modo tal que el acusado, aunque tenga él mismo un defensor, ve enfrentarse a él un poder superior en cantidad de juristas, que se dirigen contra él. Este poder se amplía, en tanto intervengan varios ofendidos.⁴⁷

Se presenta por ello la cuestión acerca de si el control de legitimación, que surge de la necesidad de satisfacción del ofendido, no puede ser considerado de otra forma. Ya se acentuó que el interés de satisfacción justificado sólo se refiere a la producción de una sentencia justa. Esa meta podría ser alcanzada, empero, si al ofendido se le concede la facultad de recurrir frente a sentencias que se refieren a hechos del actual catálogo de la acción conjunta, sin que él mismo sea un interviniente en el procedimiento. No debieran contraponerse a ello dudas dogmático-procesales, pues la posibilidad de un ofendido, que se halla fuera del procedimiento, de quejarse por la falta de consideración de su interés de satisfacción, está delineada previamente a través de la introducción del procedimiento para obligar a promover la acción pública.

De otra parte, debe quedar claro que la abolición de la acción conjunta, a menudo exigida, no es actual en el momento

47. Un panorama detallado sobre los argumentos que se oponen a la acción conjunta, en Riess (cit. nota 15), n° marginal 121, 122.

presente.⁴⁸ Su existencia, en todo caso, da al ofendido por el delito en cuestión la impresión de no caer fuera del campo de acción de la justicia penal. Después de la inclinación demasiado unilateral hacia el autor, producto de los años sesenta, tuvo también por ello pleno sentido, como estrategia contraria, ampliar el campo de los delitos que permitían la acción conjunta. Sólo que, de todo esto, se debe ser consciente de que la acción conjunta no representa una construcción mandada por la naturaleza de la cosa, sino que, únicamente, está legitimada sólo por el punto de vista orientado por una finalidad de conveniencia jurídico-política.⁴⁹

2. El hacer valer la *pretensión de resarcimiento del daño* juega, en el Derecho procesal penal alemán, según es conocido, papel de relevancia alguna, por lo que no será mucho aquello que se modificará después de las mejoras del procedimiento de adhesión introducidas por la ley de protección a la víctima.

Ya se determinó antes que no se puede derivar de los fines de la pena la inclusión procesal de la pretensión jurídico-civil de resarcimiento, en el proceso penal. Se trata, inequívocamente, de la parte jurídico-civil del hecho.

Sería pensable, sin embargo, que, como consecuencia de la función arriba delimitada, que le corresponde a la reparación —con la mirada puesta en el juzgamiento del autor— en el sistema de consecuencias jurídico-penales, surgiera la necesidad de ligar la acción resarcitoria con el procedimiento penal. Este no es el caso, como lo muestran las reglas legales actuales (§§ 46, párrafo II, y 56b, C.P.; § 15, párrafo I, n° 1, Ley de menores, entre otros) y las experiencias hechas con ellas. Antes bien, resultó suficiente la posición de testigo del ofendido. No

48. Ver también su ampliación considerable por intermedio de la Ley de protección a la víctima.

49. Rechazando que se desprenda de la naturaleza de la cosa, también, Rüth, *Ist die Nebenklage noch zeitgemäss?*, JR, 1982, págs. 265, 267; Meyer-Gossner (cit. nota 8), pág. 231. Por limitaciones de los derechos del acusador conjunto: Jung (cit. nota 9), pág. 1164; Riess (cit. nota 15), n° marginal 123 y ss.; Schünemann (cit. nota 2), pág. 198.

interesa demasiado, entonces, que exista una decisión sobre el importe del resarcimiento, ni que ese importe entonces esté ya determinado por su cantidad; tampoco debe estar precisado según una cifra en una instrucción de prueba. Resulta decisivo para la parte jurídico-penal que el autor se preocupe, según sus mejores posibilidades, para la reparación del daño causado por el hecho. Además, es suficiente materialmente para el desarrollo de una instrucción dada, que las pruebas necesarias sean producidas ante los funcionarios de la ejecución penal.⁵⁰

Conforme a ello, en la inclusión de la acción resarcitoria en el procedimiento penal, se trata sólo de una cuestión de *economía procesal* relacionada a la posibilidad de hacer valer pretensiones de Derecho civil. Para el ofendido resultan ventajas, si las partes jurídico-penal y civil del hecho pueden ser realizadas en un procedimiento. Con ello se torna superfluo por anticipado un segundo proceso ante el tribunal civil. El hacer valer la pretensión en el procedimiento penal trae aparejado consigo también, un menor dispendio de energías para el ofendido que aquél que requiere de él un procedimiento civil esforzado, a causa del papel activo del ministerio público y del principio de oralidad en estricto sentido.

Visto desde el otro lado, se oponen a la participación activa del ofendido en el procedimiento penal las ideas básicas del procedimiento oficial, a las cuales pertenece también, por supuesto, el hecho de que se debe lograr una objetivación del procedimiento penal en la parte que corresponde al acusador. Su tarea se debe dirigir a la obtención de la verdad hacia ambas direcciones, no sólo, empero, hacia la condena. Un ofendido con deseos de venganza, como se puede observar especialmente en el ámbito de vigencia de la acción civil,* no se corresponde,

50. Cf. OLG Karlsruhe, "Die Justiz", 1978, pág. 112; OLG Bremen, "StrVert" 1986, pág. 253; Horn, "SK" (cit. nota 31a), § 56b, n° marginal 5; Stree, Sch/Sch (cit. nota 31), § 56b, n° marginal 9.

* N. del T.: Se refiere al Derecho francés y al italiano, sobre todo, como ámbito de vigencia de un orden jurídico, no, como pueda inducir el texto traducido, a un ámbito material de cuestiones del Derecho alemán. En el texto alemán las palabras *action civile* están en idioma extranjero.

seguramente, con el ideal de un Derecho penal moderno. Se añade a ello que, en la cuestión de la indemnización del daño, a menudo la determinación del importe torna necesaria una recepción amplísima de prueba, de manera tal que, por este motivo sin más, es necesario transferir la cuestión al tribunal civil, si el procedimiento penal no se debe transformar temporalmente en un procedimiento civil, para el cual, por supuesto, tienen que regir, con frecuencia, otras máximas procesales. Tampoco la Ley de protección a la víctima ha podido ignorar ello y ha dejado sin modificación alguna al § 405 de la OPP.⁵¹ * Además, no se debe pasar por alto que en la administración de justicia alemana la diferencia forense de las tareas de los jueces penales y de los jueces civiles repercute más allá, en el sentido de que los primeros están alejados pronunciadamente de las cuestiones jurídico-civiles.

Si uno pondera estos puntos de vista enfrentados, debe tener en cuenta, entonces, que en la práctica, ante la existencia de una condenación penal, la pretensión de resarcimiento de los daños (de Derecho civil) es por regla, según su fundamento, indiscutible, también sin procedimiento de adhesión.⁵² Sólo cuando el autor discute la existencia de una pretensión, excepcionalmente, a pesar de la sentencia penal condenatoria, o cuando, en caso de una absolución, resta aún una responsabilidad de Derecho civil por el haber puesto en peligro, o cuando uno no se puede poner de acuerdo acerca de la importancia del daño, se arriba a un proceso civil complementario. Para la

51. Es también interesante, por ejemplo, que el Derecho procesal penal griego sólo concede, con la acción civil, la posibilidad de demandar un importe global y meramente simbólico (15.000 Dr. = alrededor de 180.- DM), de manera que, en el litigio sobre la importancia del daño, es llamado a resolver, complementariamente, el tribunal civil.

* N. del T.: El § 405, OPP, le permite al tribunal penal prescindir de la decisión sobre la reparación civil, entre otros casos, en aquel en el cual las reglas del procedimiento penal aparecen inidóneas para el caso o cuando el tratamiento de la cuestión civil demoraría excesivamente la marcha del procedimiento penal.

52. Por esta razón se aguarda regularmente, en la práctica actual, que finalice, primeramente, el procedimiento penal.

cuestión acerca de la ponderación se desprende de allí: puesto que en ambos casos nombrados en último término, a saber, la responsabilidad restante por el peligro y el litigio restante acerca de la importancia del daño, es, sin más, inevitable un proceso civil independiente, resta prácticamente sólo el caso en el cual, a pesar de la condena del juez penal, la pretensión es discutible, más allá de ello, según su fundamento. Pero éste puede ser tratado, previendo en la ley un vínculo de los tribunales civiles a la condenación del juez penal, como es del caso en algunos otros Estados.⁵³ Este vínculo correspondería, en su significado práctico, a una sentencia básica, en materia procesal civil.

Para el resarcimiento del daño *inmaterial* no rige algo diferente. Se debe aún acentuar que el caso del reconocimiento de la indemnización por daño moral se trata también de un resarcimiento *jurídico-civil*, aun cuando se produzca en el marco del procedimiento penal. Si él es encarado en un procedimiento civil o en conexión con un procedimiento penal, no tiene influencia alguna para la clasificación *jurídico material*.⁵⁴ Pero también para la pretensión resarcitoria del daño moral sería suficiente, si la sentencia penal (condenatoria) tuviera un efecto vinculante en el ámbito de una sentencia básica en materia procesal civil. Acusado y ofendido tendrían entonces la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre el importe del daño *inmaterial*, de la mano de las tablas pertinentes. Si se plantea un litigio sobre ello, el ofendido podría, sin riesgo procesal alguno, proceder a transitar el camino *jurídico-civil* materialmente competente para ello. Es descartable un riesgo procesal para él no sólo a causa del efecto vinculante de la sentencia penal, sino

53. Así, por ejemplo, en Francia, Grecia y Austria. Por la introducción del efecto vinculante también en el Derecho federal alemán ya Jescheck (cit. nota 5), págs. 594 y s.; Scholz, *Erweiterung des Adhäsionsverfahrensrechtliche Forderung oder rechtspolititischer Irrweg?*, "JZ", 1972, págs. 725, 731; Amelunxen, *Der Nebenkläger im Strafverfahren*, 1980, págs. 97 y sig.; Jung (cit. nota 9), pág. 1171; Riess (cit. nota 15), n° marginal 152; Wendisch, en *Löwe/Rosenberg StPO*, 24ª edición, 1985, antes del § 403, n° marginal 17.

54. Ver, *supra*, VI, 2, b y c.

también porque, en el caso de hacer valer el resarcimiento del daño moral, no necesita demandar por un importe determinado, sino que la cantidad puede ser dejada al criterio discrecional del tribunal.⁵⁵ Tal solución también toman consideración, de la mejor manera, los intereses del ofendido, porque con ella el importe del daño inmaterial no se aclara incidentalmente, de paso, sino con todo cuidado. Su interés en ello es tanto más grande, cuanto que en estos casos se trata, no pocas veces, de sumas enormes. Estas reflexiones son confirmadas por el hecho de que los ofendidos, aun en aquellos casos en los cuales se trata únicamente del daño inmaterial, no utilizan la posibilidad jurídica de usar el procedimiento de adhesión, sino que prefieren acudir al tribunal civil.

Se prueba con ello que no existe la necesidad material de admitir que se haga valer la pretensión resarcitoria de Derecho civil en el procedimiento penal.⁵⁶ Antes bien, se debería tomar conciencia, para el caso de otras reflexiones de reforma, de que las facultades ofensivas del ofendido dentro de un procedimiento penal, que se ocupa del manejo de un moderno Derecho penal, son sólo adecuadas en la medida en la que ellas pueden ser fundadas en una necesidad imperiosa. A ello pertenecen en especial, como se ha mostrado, las posibilidades de impugnación frente a autos que clausuran el procedimiento y sentencias, para asegurar su justo interés de satisfacción.

VIII

Se debe llamar la atención, aun, sobre el derecho de instancia

55. Cf. la jurisprudencia continua de los tribunales civiles en aplicación del § 287, párrafo I, OPC, en especial BGH, "VersR" 1972, pág. 98, 1977, pág. 257; 1987, pág. 819.

56. Si la sentencia penal condenatoria del autor debe sólo tener efecto vinculantes, cuando el ofendido lo desee, eso puede ser llevado a cabo desde el punto de vista técnico-procesal, haciendo depender el efecto vinculante de una instancia del —no participante en el procedimiento penal— ofendido, que declare a la sentencia penal vinculante

penal, el procedimiento expiatorio propuesto y la llamada dogmática de la víctima.

1. El *derecho de instar penalmente*, otrora combatido ocasionalmente,⁵⁷ no está discutido seriamente en el debate actual sobre la reforma.⁵⁸

Aparece como básicamente justo la necesidad de la instancia penal, en especial para aquellos tipos penales leyes y medios, en los cuales lo exige, típicamente, un interés digno de protección del ofendido, de no ser inmiscuido en el procedimiento penal, por ejemplo, en ciertos delitos sexuales. Sin embargo, en todos esos casos debería existir la posibilidad, parcialmente ya existente ahora, de promover la persecución penal aun sin instancia penal, a causa de un interés público *especial*, cuando no se le oponga intereses predominantes del ofendido.⁵⁹

Significado jurídico superior tiene la instancia penal, además, en los casos de delincuencia de bagatela. La idea de prever aquí la necesidad de la instancia penal fue, originariamente, la de que no existía, regularmente, un interés público en la persecución y, por ello, las autoridades de la persecución penal sólo debían tornarse activas cuando lo deseara el ofendido. Pero, puesto que de todos modos, en los delitos cuestionados, el procedimiento oficial tiene por presupuesto, la mayoría

para el Derecho civil. La idea del efecto vinculante debería, por lo demás, imponerse desde el punto de vista de la política judicial, después de que la propia comprensión de la jurisdicción civil no se ha escandalizado vez alguna con el hecho de que por la Ley de protección a la víctima fueron sobrepasadas, en el procedimiento de adhesión, las fronteras valorativas del litigio procesal civil (§ 403, párrafo I, OPP).

57. Así por Binding, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, págs. 603 y ss.; Henkel, *Die Beteiligung des Verletzten am künftigen Strafverfahren*, en "ZStW", t. 56, 1937, págs. 226, 234 y ss.; ver también un panorama en Lichtner, *Die historische Begründung des Strafantragsrechts un seine Berechtigung heute*, 1981, págs. 88 y siguientes.

58. Cf. Jescheck (cit. nota 37), pág. 807; Zipf, *Strafantrag, Privatlage und staatlicher Strafanspruch*, en "GA", 1969, págs. 234, 243; Maiwald, *Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*, en "GA", 1970, págs. 36, 39 y ss.; Jung (cit. nota 9), págs. 1162 y siguiente.

59. Riess (cit. nota 15), n° marginal 98; Weigend (cit. nota 3), pág. 765, nota 20.

de las veces, el examen de la existencia de un interés público, la instancia penal es aquí, por cierto, prácticamente superflua.⁶⁰

Apreciado de manera general, el derecho de instancia penal no conforma actualmente, en verdad, tarea alguna de reforma urgente, como surgió con claridad en las 55ª Jornadas de los Juristas alemanes (1984).⁶¹

2. Más actual es la propuesta de *conectar* al proceso penal un *procedimiento expiatorio* general para delitos, y en él componer amigablemente el conflicto, con el objetivo de alcanzar la reconciliación del ofendido por intermedio de prestaciones expiatorias dirigidas a él.⁶² Sólo cuando el autor no aprovecha esa posibilidad debe ser posible el debate con una sanción penal. Detrás de esta propuesta están tres suposiciones no convincentes: en primer lugar, la representación, aquí ya rechazada múltiplemente, de que en el hecho punible se trata solamente de un conflicto entre autor y víctima. Refleja el conflicto con la generalidad de la sociedad, precisamente, que emerja una pretensión punitiva estatal. Es una representación extravagante, a manera de ejemplo, que la necesidad punitiva pública en

60. Zipf (cit. nota 58), pág. 242; Maiwald (cit. nota 58), pág. 41; Jung (cit. nota 9), pág. 1163; Riess (cit. nota 15), n° marginal 94. Sobre el procedimiento de acción privada, ver *supra*, nota 44.

61. Ver sobre ello los relatos de Hammerstein y Odersky, como la decisión conclusiva de las 55ª Jornadas de los Juristas Alemanes (1984); cf. Debates de las 55ª DJT, t. II, *Sitzungsberichte, Abt. Strafrecht*, L 7, 26 y L 29, 48, como L 191 (n° 22). Por cambios singulares, Riess (cit. nota 15), nros. marginales 96 y siguientes.

62. Así, en conexión con v. Schack (cit. nota 44), págs. 267 y ss., 340 y ss., en especial, kernet, *Möglichkeiten der Öffnung des Verfahrens (straf)rechtlicher Sozialkontrolle für präventive Maßnahmen*, en Kury, *Prävention abweichenden Verhaltens- Maßnahmen Vorbeugung und Nachbetreuung*, 1982, págs. 789, 819 y s.; Rüping, *Strafverfahren*, 2ª ed., 1983, pág. 200; Riess (cit. nota 15), n° marginal 129; Grebing (cit. nota 44), págs. 19 y s.; Schöch (cit. nota 8), págs. 390 y ss.; Frehsee (cit. nota 2), págs. 379 y sig.; en esa dirección también Schünemann (cit. nota 2), pág. 197. Reservas en contra en Hassemer, "Rücksichten auf Verbrechensoffer", en *Klug-Festschrift*, t. 2, 1983, págs. 217, 226 y ss.; en contra, totalmente, Koewius (cit. nota 44), págs. 167 y ss.; Hammerstein (cit. nota 61), L 12.

relación a un asaltante se deje de lado por el hecho de que él haya concluido con la víctima un acuerdo expiatorio.⁶³ La segunda reflexión consiste en la afirmación de que se puede transferir de esa manera las ideas de *diversión* a nuestro Derecho penal de mayores.⁶⁴ Ella no considera que ésta concierne al concepto emergente de realidades procesales penales específicas de los EE.UU., sobre todo a autores penales juveniles.⁶⁵ En tercer lugar, juega su papel, como modelo, el término expiatorio conectado al procedimiento de acción privada, caso en el cual, precisamente, se hace evidente la diferencia en el hecho de que el interés público en la persecución penal queda allí fuera de juego, ya por definición.

Pero, por lo demás, quienes hablan a favor de un procedimiento expiatorio general pasan por alto la destrucción de la posición defensiva del autor. Si éste, por cierto, se declara conforme con una prestación expiatoria, a menudo eso será visto como una confesión. Si, sin embargo, el acuerdo expiatorio no alcanza su realización, la posición defensiva del autor estará debilitada considerablemente.⁶⁶ Al mismo tiempo se erige la pregunta, de si puede ser, pues, correcto, que la realización del procedimiento penal sea hecha depender, genéricamente, del

63. Según Riess (cit. nota 15), n° marginal 131; y Frehsee (cit. nota 2), pág. 379, el procedimiento expiatorio general debería ser descartado por lo menos en caso de crímenes.

64. Cf. la referencia en Riess (cit. nota 15), n° marginal 129.

65. Entre nosotros, para la delincuencia juvenil, es prescindible, a causa de la construcción, sin más, del Derecho penal juvenil orientado al aprendizaje (ver, en especial, § 45 Ley judicial juvenil). Además, se presentan dudas desde el punto de vista del Estado de Derecho, ya que con la *diversion* se perderían garantías existentes en el procedimiento penal a favor del imputado. Empero, dejando abierta la posibilidad de transferencia al Derecho penal de mayores: Walter (cit. nota 18), págs. 50 y ss. Un anclaje legal para la idea de *diversion* en el Derecho alemán en Herrmann (cit. nota 18), págs. 467 y ss.; y Blau/Franke, *Diversion und Schlichtung* en "ZStW", n° 96 (1984), pág. 485, en el precepto del § 153a, OPP.

66. Señalan este peligro ya Riess (cit. nota 15), n° marginal 130, y Hassemer (cit. nota 62), págs. 226 y ss., 231.

arbitrio del ofendido. Con ello se abrirán las puertas y los pórticos a la extorsión del autor.

3. La discusión actual sobre el ofendido ha hecho surgir también, en el Derecho penal material, una —llamada— *dogmática de la víctima*.⁶⁷ Mientras, de ordinario, se habla del mejoramiento de la posición jurídica del ofendido, se trata aquí de la tendencia contraria: deben ser eliminadas de la punibilidad aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima hubiera podido protegerse por sí misma de manera simple y exigible. Mas no se tiene la impresión de que, en la dogmática de la víctima, se trate de un punto de partida de significado fundamental. Como lo ha mostrado en particular Hillenkamp en una monografía plena de merecimientos sobre "Hecho doloso y comportamiento de la víctima", se oculta detrás de ello, antes bien, a puntos de vista sobre la determinación de la pena;⁶⁸ por sobre ello, se trata de cuestiones acerca de la interpretación de preceptos penales particulares.⁶⁹

IX

Finalmente se puede, en general, determinar: se debe saludar que el ofendido, expulsado del campo de visión en la política criminal de los años sesenta, sea considerado nuevamente. Sin

67. Sobre la dogmática de la víctima cf., en especial, Schünemann, en: Schneider, *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, págs., 407, 413 y ss.; del mismo, "Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik", en *Faller-Festschrift*, 1984, pág. 357; del mismo (cit. nota 2), págs. 439 y ss.; especialmente sobre la estafa: Amelung, *Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug*, en "GA", 1977, pág. 1; sobre la violación: Rössner, "Gewaltbegriff und Opferperspektive bei der Vergewaltigung", en *Leferenz-Festschrift*, 1983, pág. 527.

68. (cit. nota 2), págs. 18 y ss., 211 y ss.; así también Ebert, *Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?*, en "JZ", 1983, págs. 633, 69 y s. Críticamente frente a la llamada dogmática de la víctima, asimismo, Hassemer (cit. nota 62), págs. 221 y siguientes.

69. Cf. Arzt, *Viktimologie und Strafrecht*, en "MSchrKrim", n° 67 (1984), págs. 105, 107 y ss.; Lenckner, en: Schönke/Schröder, *StGB*, 23ª ed., 1988, antes del § 13, n° marginal 70b.

embargo, no se debería recaer, en dirección opuesta, renovadamente en una manera de ver las cosas demasiado unilateral. 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 expiatorias al ofendido, ni de tornar borrosa la diferencia entre Derecho penal y Derecho civil resarcitorio. Cuando se observa con más precisión alguna de las tendencias aquí criticadas, surgen las vacilaciones acerca de si sus representantes, por supuesto, hablando de un mejoramiento de la posición de la víctima, en verdad no la empeoran, precisamente. La pretensión de reparación existe ya según el Derecho civil, con total independencia del Derecho penal. Si se instituye la reparación como una consecuencia jurídica independiente del Derecho penal, no se le concede por ello a la víctima nada complementario. Empero, por sobre ello, se perjudica, cuando la reparación puede reemplazar a la pena, el justo interés de satisfacción de la víctima y se desmonta la prevención general, que surgiría regularmente de la pena, a costa de las víctimas futuras. Aquellas tendencias, entonces, terminan en el hecho de que la protección de la víctima experimenta, bajo la apelación a la dirección de la política criminal de hoy, incluso un deterioro.

Con razón se quejó Armin Kaufmann⁷⁰ de que hoy, en la determinación de las funciones del Derecho penal, no se sabe separar claramente. Si, entretanto, se consigue claridad sobre las fronteras antes mencionadas y uno se concentra en la cuestión de qué puntos del Derecho penal y procesal penal están necesitados de una reforma inmanente al sistema, sin duda se verificará que la discusión actual sobre el ofendido expresa exageraciones considerables, pero sólo así las reformas tendrían la posibilidad de ser aceptadas, al menos en 15 años.

70. (cit. nota 1), pág. 269.

Claus Roxin

Profesor de la Universidad de Munich

La reparación en el sistema de los fines de la pena*

Traducción de *Julio B. J. Maier* y *Elena Carranza*

* Artículo publicado, originariamente, en el libro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Heinz Schöch, Ed. W. Fink, München, 1987.

I

La idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto para la pena o, cuando menos, para su aminoración, no es, según se conoce, extraña al Derecho vigente. El § 153a de la OPP* permite, ya desde el procedimiento de investigación,** una clausura*** bajo la instrucción de reparar el daño; la suspensión de la pena a prueba puede ser ligada, según el § 56b del CP,**** con la instrucción de que el condenado repare, en la medida de sus posibilidades, los daños causados por el hecho. Algo análogo rige, correspondientemente para la suspensión del resto de la pena, según el § 57, párrafo 3, y 57a, párrafo 3, y para la admonición con reserva de pena, según el § 59a, párrafo 2. En la determinación de la pena, el esfuerzo del autor para reparar los daños es, según el § 46, párrafo 2, del CP, una circunstancia que se debe tomar en cuenta especialmente. También la Ley judicial juvenil,*****

* N. del T.: OPP = Ordenanza procesal penal alemana = sustituto de StPO = *Strafprozessordnung*, abreviatura usual en la Rep. Fed. de Alemania, utilizada en el texto. En adelante, siempre OPP.

** N. del T.: *Ermittlungsverfahren*. Se trata del procedimiento que lleva a cabo el ministerio público para preparar la acción pública (la acusación) = instrucción preparatoria en manos del ministerio público. Esta es la forma que adopta la instrucción en la OPP, procedimiento común.

*** N. del T.: La clausura del procedimiento (*Einstellung des Verfahrens*) es algo similar a nuestro *sobreseimiento* del proceso. Aquí, en todo caso, una clausura condicionada (provisional) de la persecución penal, que puede reabrirse.

**** N. del T.: CP = Código Penal alemán = *Strafgesetzbuch* = StGB, abreviatura usual en la Rep. Fed. de Alemania, que se utiliza en el texto. En adelante, siempre CP.

***** N. del T.: Ley penal y procesal penal de menores.

en los §§ 15, 45 y 47, ofrece posibilidades amplias para clausurar el procedimiento bajo la instrucción de preocuparse por la reparación.

Tampoco han faltado las propuestas de la ley para una más amplia consideración de la idea de reparación, ya anteriormente, cuando los intereses de la víctima todavía no eran colocados en un escalón tan alto como en la discusión actual. Así, los proyectos alternativos en la lesión corporal y en los hechos punibles contra el honor¹ intentaron reactivar la enmienda;* suena asombrosamente actual cuando allá, en los delitos que lesionan el honor, ya en el año 1971 se preveía: debe “imponerse, en lugar o al lado de la pena, una enmienda pagadera al ofendido”. El Proyecto Alternativo de una ley contra el hurto en tiendas quiso —expresado en forma simplificada— excluir la persecución penal por el pago del doble del precio comercial a quien sufría el daño, si el autor en los últimos dos años sólo una o dos veces aparecía como ladrón en tiendas. El proyecto, publicado en 1980, de un “Procedimiento penal con debate a pruebas cerradas”** quiere posibilitar, en los hechos punibles de criminalidad media y leve, que como sanción sea impuesta únicamente una condena de culpabilidad con instrucción reparatoria (§ 407b, párrafo 1, 2***); también en caso de mandato penal debe ser suficiente una instrucción reparatoria (§ 408, párrafo 3****). Los numerosos esfuerzos llevados a cabo en los últimos años, en especial en conexión con las Jornadas de los Juristas Alemanes

1. Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970, § 113 (Körperverletzung); Zweiter Halbband, 1971, § 141 (Straftaten gegen die Ehre).

* N. del T.: Enmienda = Busse: clase de pena pecuniaria a favor de la víctima, histórica en el Derecho penal alemán, que había quedado como anacronismo, luego derogado, ante la aparición masiva de la pena estatal en el Derecho penal alemán actual.

** N. del T.: *Strafverfahren mit nicht öffentlicher Hauptverhandlung*. El debate (Hauptverhandlung) tiene como característica principal su publicidad popular; se trata aquí de un procedimiento especial, abreviado, donde la publicidad se excluye en beneficio del acusado.

*** N. del T.: OPP: se trata de un proyecto parcial de reforma.

**** N. del T.: OPP. El mandato penal (*Strafkehl*) es la sentencia de un procedimiento abreviado, para delitos leves.

de 1984,² hasta alcanzar la propuesta de Schöch sobre un procedimiento de restitución propio del Derecho penal, no necesitan ser presentados aquí.

II

Si alguien quisiera de todo ello extraer la conclusión de que la reparación es un instituto vivo en nuestra práctica jurídica, como medio para componer conflictos relevantes desde el punto de vista jurídico penal, y fácilmente realizable en su construcción futura, por cierto se equivoca.³ Pues apenas se hace uso de las posibilidades que ya hoy existen. Entre las clausuras dispuestas por el ministerio público, según el § 153a de la OPP, la instrucción reparatoria alcanza sólo un porcentaje del 1-1,5%;⁴ en clausuras jurisdiccionales las instrucciones reparatorias son algo más frecuentes, pero tampoco ordenadas muy a menudo.⁵ En la suspensión de la pena a prueba hay instrucciones reparatorias, asimismo, en el 10% de los casos, como máximo.⁶ La admonición con reserva de pena, finalmente, conduce, como tal, sólo a una "existencia aparente del 0,2%";⁷ sobre instrucciones reparatorias en ese caso, nada se conoce. El escaso significado de la reparación como sanción o sustituto de ella, por cierto, se minimiza aún más en la práctica por el hecho de que ello sirve, en la gran mayoría de los casos, sólo "como reacción adicional o evasiva".⁸ Con el concepto de

2. NsTZ, 1984, págs. 385 y sigs.

3. Un resumen breve y claro de las investigaciones empíricas entrega el trabajo de habilitación en Kiel de Frehsee, *Schadenuwiedergutmachung als Instrument Strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1985, tipografiado, págs. 451 y sigs.

4. Cf. Riess, *Festschrift für Sarstedt*, 1981, pág. 317; del mismo, ZRP, 1983, págs. 93 y sigs.

5. Cf. Frehsee (cit. nota 3), pág. 455.

6. Albrecht, *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilen*, 1982, págs. 167 y sig.

7. Rössner/Wulf, *Opferbezogene Strafrechtspflege*, o. J., 1984, págs. 84 y sig.

8. Frehsee (cit. nota 3), pág. 594.

“reacción adicional” se muestra que la instrucción reparatoria sólo se añade a otra sanción, que por sí sola responde a la necesidad de punibilidad, de manera tal que, entonces, cumple en verdad la función que estaba pensada, originariamente, para el procedimiento de adhesión.⁹ Como “reacción evasiva”¹⁰ se pone en juego la reparación cuando el delito no es comprobable en un ciento por ciento, pero la sospecha del hecho es tan grande, que no se quiere dejar escapar al imputado totalmente indemne de ello. La imposición de una reparación es elegida en tales casos como una clase de compromiso, en especial en aquellos en los cuales existe, sin más, una pretensión resarcitoria de los daños de Derecho civil.

Tampoco las propuestas de ley, que aspiran a construir la idea de reparación, han encontrado mayor eco. De los impulsos de los Proyectos Alternativos, que siguen esa dirección, ni uno solo ha sido considerado por el legislador. Y las Jornadas de los Juristas Alemanes de 1984, sin duda, no se han dado por convencidas completamente de la idea de reparación; pero el “Proyecto de discusión de una primera ley para el mejoramiento de los derechos del ofendido en el procedimiento penal, existente desde mayo de 1985, ha dado de baja provisionalmente, para resolver más tarde, la cuestión acerca de “si la idea de un compromiso compensatorio entre autor y ofendido puede ser considerada con mayor vigor en el marco del sistema sancionatorio jurídico-penal”, como “insuficientemente madura para una decisión” y necesitada de un “examen posterior”.¹¹

III

Detrás del escepticismo y de las tendencias extrañas al fin de la práctica, como también de las vacilaciones del legislador,

9. Frehsee (cit. nota 3), pág. 591.

10. Frehsee (cit. nota 3), pág. 594.

11. Tipografía del Ministerio Federal de Justicia, Fundamentación, pág. 2.

se deja entrever un reparo, hasta hoy imposible de superar: la duda acerca de si la incorporación de una reparación es, verdaderamente, una tarea del Derecho penal; y, con ello, nosotros desembocamos en el tema de mi pequeña relación: ¿Qué significado puede corresponder a la reparación en el sistema de los fines de la pena? La respuesta a esta pregunta no sólo tiene un significado teórico-penal, sino que puede tener repercusiones prácticas considerables: quizá sólo la legitimación teórico-penal de la reparación en el Derecho penal puede abrir el camino, *de lege lata* y *de lege ferenda*, para su entrada efectiva en acción.

Si el jurista tiene hoy dificultades para familiarizarse con la idea de que la reparación es una pena o de que, cuando menos, podría reemplazar a la pena, total o parcialmente, ello se vincula con la separación estricta de Derecho penal y Derecho civil, que hoy nos parece casi evidente, pero que sólo se impuso recién en la segunda mitad del siglo XIX y, sin duda, bajo la influencia de Binding, esencialmente.¹² El que la pena fue originariamente reparación y el que las penas privadas y otras satisfacciones concedidas al ofendido hayan jugado un papel importante hasta ya bastante entrado el siglo pasado,¹³ y el que también se las hallase y se las halle de diversas maneras en órdenes jurídicos extranjeros,¹⁴ no cambia para nada el hecho de que el Derecho vigente parte del principio de separación. En Binding podemos leer que pena y resarcimiento del daño se diferencian “con referencia a aquello a cuyo favor es efectuada la prestación”. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio, es prestada “al Estado, que cumple un deber en infligir una pena”, y “no a favor de un particular”.¹⁵ El ve en

12. Cf. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 3ª edición, 1916, págs. 284-290; ya ampliamente coincidente literalmente la 1ª edición, 1872, págs. 166-172.

13. Sobre la historia cf. junto a la relación de Schaffstein (en esta obra), la exposición de Frehsee (cit. nota 3), págs. 17 y sigs.

14. Cf., por ejemplo, Graf zu Dohna, *Die Privatgenugtuung*, en: *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Allg. Teil, t. 1, 1980, págs. 226 y sigs.; Stool, *Festschrift für Rheinlein*, 1969, págs. 569 y sigs.

15. (cit. nota 12), pág. 286.

ello el “núcleo de la diferencia entre pena y resarcimiento: la esencia del resarcimiento del daño consiste en su destino hacia la reparación, hacia la supresión de una situación imposible de fundar jurídicamente, por intermedio de la adecuada según el ordenamiento jurídico; aquél, empero, que sufre la pena, no debe y no puede neutralizar por su sufrimiento una situación antijurídica; la pena es, por definición, algo distinto a la reparación”.¹⁶

Esto, teóricamente, casi no ha dado lugar aún a impugnaciones en los últimos decenios. Hellmer ve el resumen del desarrollo histórico en la determinación “de que el Derecho penal sirve hoy a la recomposición del derecho de la sociedad, el Derecho resarcitorio de daños de la reparación, al interés individual lesionado”.¹⁷ De allí extrae como consecuencia: “Si el Derecho penal sirve a la recomposición del Derecho establecido por la sociedad, la reparación del interés individual lesionado no debe contribuir a determinar, ni positiva, ni negativamente, la pretensión punitiva del Estado. Ystoll¹⁸ dice sobre la tendencia predominante desde hace cien años, que “bajo la tendencia de la doctrina, de que resarcimiento del daño y pena deben ser separados, por principio”, es que la satisfacción privada “ha sido eliminada más y más del Derecho penal en los órdenes jurídicos occidentales... Prevaleció la concepción de que todas las medidas tomadas para complacer al ofendido, son asunto del Derecho civil”.

Esta evaluación condujo a que las demandas de satisfacción de la víctima, allí donde por algún motivo todavía son consideradas, sean adjudicadas al Derecho civil. El Gran Senado civil de la Corte Suprema¹⁹ decidió que la pretensión del daño moral, según el § 847 del CC,* no sirve sólo a la compensación del daño inmaterial, sino también a la satisfacción de la víctima. Su

16. (cit. nota 12), pág. 288.

17. AcP Nº 155, 1956, págs. 527 y sigs. (533).

18. (cit. nota 14), pág. 580.

19. BGHZ, 18, pág. 149 (BGHZ = Corte Suprema —de la República Federal de Alemania— en asuntos civiles [N. del T.]

* N. del T.: CC = Código Civil de la República Federal de Alemania.

importe puede depender, entonces, del grado del endeudamiento y también, por ejemplo, del hecho de que al autor le sea puesto a cargo un crimen o un comportamiento desviado por imprudencia. Hirsch²⁰ ha visto en ello una revivificación de la pena privada y una lesión de los principios *nulla poena sine lege, ne bis in idem* y —a causa de las reglas de la carga de la prueba jurídico-civiles— también del principio *in dubio pro reo*. Si tales objeciones no tuvieron resonancia especial alguna, ello se vincula ostensiblemente con el hecho de que las satisfacciones, que favorecen a la víctima, no se observan, de antemano, como algo que pertenezca al Derecho penal y no dan margen para someterlas a sus reglas.

Si se remite, de esta manera, todo aquello que le sirve a la víctima del Derecho penal al civil, entonces, restan sólo como fines de la pena todavía discutibles la retribución, la prevención especial y la prevención general. Ellos presiden, también, la discusión sobre los fines de la pena hasta los últimos años tanto como exclusivamente. Todavía en nuestros manuales más modernos, en la obra monumental de Jakobs,²¹ no juega papel alguno la reparación en conexión con la teoría de los fines de la pena.

Se puede hallar, inclusive, argumentos relativamente fáciles para la tesis de que la reparación no sólo no es, por sí misma, un fin de la pena, sino que, además, su introducción persistente en el sistema de sanciones, por encima del ámbito mínimo que ocupa actualmente, haría fracasar los fines reconocidos para la pena. Quien es partidario de la teoría retribucionista advertirá que el hecho de codearse con la reparación significaría la renuncia a la retribución. La frase tantas veces citada de Binding: "La pena debe producir una herida, el resarcimiento

20. *Festschrift für Engisch*, 1969, págs. 304 y sigs. Sobre la teoría de Derecho civil, que sin excepción discute que se trate de penas criminales en esos casos de elementos de Derecho penal privados, cf. Grossfeld, *Die Privatstrafe*, 1961, págs. 17 y sig. 120 y sigs.

21. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983. La teoría de los fines de la pena es tratada en el primer capítulo.

22. (nota 12 cit.), pág. 288.

del daño curar otra, en lo posible sin causar una segunda",²² redujo esto a la fórmula clásica. Pero aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero, si, por ejemplo, el ladrón debiera devolver sólo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, sólo necesitará restituir el *status quo ante*, cesaría todo riesgo; él, por la comisión del hecho, sólo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo-especial de la amenaza penal. 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.

No se desea mencionar ni hacer valer exageradamente una argumentación que demuestre que, en muchos casos, cuando no en la mayoría de los casos, la reparación significa para el autor, en verdad, un sacrificio verdadero, por ejemplo, si él tiene que pagar, en el caso de una lesión corporal, los costos del hospital de la persona por él golpeada y, si cabe, dinero por el daño moral. Pero a él se le puede oponer siempre, aun, que el legislador, por ejemplo, ha amenazado la lesión corporal con pena, precisamente porque creyó que con la obligación de resarcimiento del daño (aun con la inclusión eventual de un daño moral) no se garantizaba suficientemente la protección de la integridad corporal, de manera tal que era necesario el efecto preventivo complementario de una amenaza penal. Ese fin preventivo de la ley se perdería, si nos conformáramos con el resarcimiento del daño.

Si se sigue la línea de pensamiento esbozada, se arribará necesariamente al resultado, de que la reparación, allí sea utilizada en lugar de otras sanciones penales, no desembocaría en el enriquecimiento de la oferta de reacciones jurídico-penales, sino en la abolición de la pena. En los hechos nosotros hallamos, precisamente también entre los primeros defensores de la

reparación, una gran cantidad de abolicionistas, desde la "Ética de punir" (1964) de Bianchi, pasando por el "Alegato por la abolición del Derecho penal" (1974) de Plack, hasta las "Peines perdus" (1982) de Hulsman, y los "Limits to pain" (1982) de Christie.²³ Yo no quiero aquí investigar en qué medida esas tendencias abolicionistas están justificadas. En todo caso, la idea de su realización es una utopía en un tiempo próximo.²⁴ En el sentido de mi tema, resta determinar que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es, por esencia, distinta de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho penal.

IV

Reflexiones de ese tipo, que significarían negar a la reparación en el Derecho penal sobre la base de la comprensión dominante acerca de la relación del Derecho penal con el Derecho civil, no son ya suficientes, en atención a las nuevas corrientes político-criminales, y ellas son también, como se mostrará, sin duda no enteramente falsas, pero sí, en gran medida, demasiado diferenciadas. La víctima, que apenas si fue tenida en cuenta en el Derecho penal ha experimentado un resarcimiento sin parangón, en la discusión de los últimos años.²⁵ Las causas de ello son muy variadas:²⁶ la fuerza publicitaria del movimiento de "restitución" americano, la frustración por los resultados menores obtenidos por el tratamiento de infractores jurídicos y, sobre todo, la escalada de la victimología hacia una rama científica independiente. A ello se agrega —aun cuando se prescinda de todas las cuestiones teóricas— la visión

23. Más detalladamente sobre estos y otros autores con proposiciones similares de fines, Frehsee (cit. nota 3), págs. 356 y sigs.

24. De donde parte también el mismo Plack (lug. cit., pág. 356 y sigs.).

25. Sessar, Zee, 1984, pág. 167, dice que la víctima es "en las ciencias criminales... el descubrimiento más grande, por así decirlo 'el favorito' de los últimos años".

26. Cf. Frehsee (cit. nota 3), pág. 1 y sigs.

creciente de la injusticia social de una justicia penal, que no toma en consideración alguna a la víctima. Un autor penal, metido en una cárcel, es a menudo privado de la posibilidad de hacer algo para la reparación del daño ocasionado, a pesar de que las investigaciones psicológicas muestran que, para muchos delincuentes, existe, precisamente, la necesidad de reparar.²⁷ Observaciones sobre la práctica dan por resultado, también, que la voluntad de reparar, observable en un comienzo, desaparece cada vez más mientras “el hombre esté más tiempo en un establecimiento de ejecución penal”. No sucede otra cosa con los efectos de la pena de multa, ampliamente predominante en la realidad. Se informa que muchos delincuentes “se sienten suficientemente castigados” por el pago de la pena de multa “y rechazan responder todavía por los daños de la víctima, ya que ello representa lo mismo que una nueva punición”.²⁹ Según ello, todo parece indicar que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que 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.

V

¿Cómo, empero, se puede construir, a la vista del desarrollo que divide el Derecho penal del civil, la atención de los intereses de la víctima en el sistema de los fines de la pena? Ya fue expuesto que eso no es sencillo y que es posible mucho contra una posibilidad tal como esa. La idea más próxima es aquella que reside en invertir el desarrollo histórico, en conducir

27. Cf. las pruebas en la bibliografía norteamericana en Frehsee (cit. nota 3), págs. 336 y sig.

28. Colaboración de discusión Labonte en: Evang. Akademie Hofgeismar, *Das latopfer als Subjekt*, 1981, pág. 79.

29. Sessar, *Festschrift für Leferenz*, 1983, pág. 145 y ss. (155).

nuevamente por caminos comunes al Derecho civil y al penal. Heike Jung piensa,³⁰ que la aceptación de una diferencia esencial entre pena y resarcimiento del daño ha "obstaculizado hasta ahora su acción concertada... en sistema general de control social. Una separación de esta clase, rígida del Derecho penal del Derecho civil, no se puede, empero, mantener...". También Schöch³¹ polemiza contra "la separación doctrinaria de pena y resarcimiento del daño" y piensa que "se debe abandonar el dogma generalizado de la incompatibilidad entre pena y resarcimiento del daño". Asimismo, Eser³² ha contradicho, en este contexto, "el falso dogmatismo categorial". El que más lejos va es Maihofer,³³ quien desea dejar retornar al "Derecho penal libre" del tiempo germano y conecta eso con la ideología del Estado democrático: "En un Derecho penal entre libres e iguales, la separación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferido. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite... hoy a una situación como la que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales", esto es, antes de la construcción de un Derecho penal autoritario.

Las expresiones referidas son claras en la fijación de su meta, sin embargo también poco precisas y palpables, en la elaboración jurídica del problema propuesto por la idea de reparación. En todo caso, me parece a mí que las tres soluciones, insinuadas por la mezcla de categorías a la que se aspira, no conducen lejos; son estas tres: la composición privada del conflicto, la incorporación de la reparación como una tercera clase de pena, junto a la privativa de la libertad y a la multa, y, finalmente, el establecer un nuevo fin para la pena, la reparación, alcanzable por prestaciones compensatorias del Derecho civil. Sea esto expresado, brevemente, para las tres construcciones.

30. ZStW, n° 93, 1981, págs. 1147 y sigs. (1154).

31. NSZ, 1984, págs. 387, 391.

32. Según el relato de Weigend, ZStW, n° 93, 1981, pág. 1283.

33. Según el relato de Weigend, ZStW, n° 96, 1984, págs. 761 y sigs. (774 y sig.).

VI

Primeramente, en lo que se refiere a la composición del conflicto por la vía de la autonomía privada, ella es, por cierto, posible hasta un cierto punto y también deseable desde el punto de vista de la política social. Un ejemplo practicable entrega, aproximadamente, el § 167 del nuevo CP austriaco, que prevé un motivo de exclusión de la pena, en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, si el autor repara los daños o, por lo menos, se obliga a ello contractualmente, antes de que las autoridades tomen conocimiento de su hecho; en nada daña, si la reparación o el obligarse a ella resulta "del empuje del ofendido", en tanto el autor sólo la tome a su cargo, "sin ser forzado hacia ello". Otra posibilidad muestra el Proyecto Alternativo sobre el hurto en tiendas, el cual permite eliminar al Estado del tratamiento del conflicto, por una indemnización al propietario medida con holgura.

Pero todas las soluciones de esta clase son modelos para evitar el Derecho penal, tienen la finalidad, entonces, de lograr una despenalización parcial, con la cual la reparación no se integra al Derecho penal. El poder estatal queda relegado a un segundo plano y no conoce, por regla, absolutamente nada del asunto. Me parece claro que esta clase de regulaciones son sólo posibles en ámbitos marginales limitados. El precepto austriaco únicamente corre algo más allá el ámbito del desistimiento asegurado dogmáticamente, la propuesta del hurto en tiendas se refiere a un sector en el cual el Estado está obligado a conformarse, exclusivamente, con la disposición para denunciar del damnificado y el interés público es escaso a causa de la situación seductora y de la relativa insignificancia del hecho particular. La amplitud de tales posibilidades está limitada, esencialmente, al marco disponible para la despenalización. Él debería ser aprovechado. Pero ir más lejos sería, por principio, criticable:³⁴ pues existe el peligro de que, si el Estado se retira

34. Fundamentalmente, sobre ello, Weigend, ZStW, n° 96, 1984, págs. 761 y sigs. (774 y sig.).

del ámbito de las 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. No es éste el lugar para seguir adelante con esto, pues no se trata, en el caso, de la reparación en el sistema de los fines de la pena.

VII

La segunda posibilidad de aproximar uno a otro el Derecho penal y el civil, sería la de incorporar a la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— autónomamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesto, en casos apropiados, en su lugar. Esta es una idea, considerada por Sessar,³⁵ cuando él observa como un “paso decisivo” el intento de “concebir la reparación como una sanción autónoma”, o cuando él apacigua los temores que los penalistas tienen “para aceptar a la reparación como una pena o tan sólo como una sanción negativa con ribetes penales”. Cómo repercutiría tal solución en el sistema de los fines de la pena, sólo necesita ser investigado si tal camino fuera, en verdad, transitable. Empero, él no lo es —aun en el caso de una gran simpatía por las metas perseguidas con ello—.

En primer lugar, la suposición de poder invertir el movimiento de la rueda de la historia, sería una utopía romántica. Si la reparación, que tendría que consistir, básicamente, en el resarcimiento del daño, fuera una pena criminal, entonces la condena jurídico-civil al resarcimiento del daño, sería también, conforme a su contenido material, una pena criminal. Los problemas con la regla *nullum crimen* y con el principio *in dubio*, que llegarían al Derecho civil, no necesitaban preocupar aún a los antiguos germanos; pero a nosotros, ellos se nos presentarían. Sin duda, una reparación penal sería conformada de otra manera que el resarcimiento del daño del Derecho civil, como también preten-

35. (cit. nota 29), págs. 148, 152.

den la mayoría de sus partidarios, pudiendo, eventualmente, colocarse aquí algo menos y quizás allá algo más que la obligación del Derecho civil e introducirse también modificaciones, como el trabajo de utilidad para la comunidad. Pero, sustancialmente, nos quedamos, por cierto, en el resarcimiento del daño, y difícilmente se puede hacer plausible por qué, por ejemplo, se debería considerar una pena la imposición de esfuerzos reparatorios serios, mientras que el resarcimiento del daño del Derecho civil, producido realmente, no lo es. Uno tendría que repensar todo nuestro orden jurídico para poder concebir el resarcimiento del daño como pena. Ello no es posible y, como se demostrará, tampoco es necesario para alcanzar las metas perseguidas con la idea de la reparación. Por ello, se debe acordar la razón a Riess,³⁶ cuando él dice que no reconduce a “ningún camino una privatización del Derecho penal y una penalización de la pretensión resarcitoria privada.”

Se añade a ello algo distinto. Las penas pueden, sin duda, ser conformadas de manera muy variada, pero, para poder valer como tales, ellas tienen que tener, por cierto, al menos el carácter de una injerencia estatal. Sin embargo, la reparación, que se quiere considerar dentro de las consecuencias del Derecho penal, debería, en lo posible, ser un resultado espontáneo y voluntario, o, cuando menos, conseguido por la vía del acuerdo y no tener que ser impuesto recién como pena. También se vincula con la pena, usualmente, la representación de que se trata, en su caso, de algo negativo, no deseado. Por ello, precisamente, Sessar se ve impulsado, para fundar el carácter penal de la reparación, a representar sus efectos con colores tenebrosos. “Todo indica...”, dice él,³⁷ “que tanto en la Justicia, como en la conciencia pública y en la de los partícipes, la reparación es una sanción negativa y opera correspondientemente, parcialmente en forma similar a las sanciones del

36. *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Dictamen C para las 55^a Jornadas de los Juristas alemanes (55. *Deutschen Juristentag*).

37. (Cit. nota 29), pág. 154.

Derecho penal". Empero, desde el punto de vista político-criminal es deseable incluir la reparación en un concepto más extenso, que persiga como fin la composición autor-víctima y la conciliación y que reciba, por su intermedio, un acento positivo desde el comienzo. En todo caso, no se debería excluir tales posibilidades, sino mantenerlas abiertas. La insistencia en el carácter penal de la reparación sólo podría ser allí un obstáculo.

VIII

Finalmente, se ofrece como tercera posibilidad para la introducción de la restitución en el Derecho penal, el reconocimiento de la reparación como un nuevo fin de la pena, que podría alcanzar un significado independiente junto a la retribución (en tanto se la quiera mantener), como a la prevención general y especial. A favor de la "reparación como fin de la pena" interceden Rössner/Wulf,³⁸ y también Seelman pondera tal solución. Él se ha encargado de someter nuestro tema, en su artículo "Fines de la pena y reparación" y como primer autor que innova, a un tratamiento independiente.³⁹ Acentúa allí la dificultad "de colocar" a la reparación "en una relación absolutamente clara con los fines de la pena", opina, entonces —vacilando, sin embargo— que estaría "quizás... justificado... designar a la reparación como fin especial de la pena". Al final se expresa de nuevo con cierta reserva, diciendo sólo que se puede "desarrollar... un modelo de reparación punitiva", "en una evolución de las teorías clásicas sobre la pena" y que la reparación se desenvuelve "hacia un elemento independiente en la teoría de los fines de la pena". Sin embargo, la reparación en Derecho penal es "muy dificultosamente" entendible como un "aproximación al Derecho civil".

38. Rössner/Wulf (cit. nota 7), págs. 82 y sig.

39. ZEE, 1981, págs. 44 y sigs.; las próximas citas de las págs. 48, 53 y 55.

Con total franqueza frente a la idea de reparación se expresa aquí cierto escepticismo ante el intento de neutralizar o tan sólo de aflojar la separación de Derecho penal y civil. El reconocimiento de la reparación como *fin* de la pena, empero, no exigiría tampoco esto —de otra manera que su declaración con pena— necesariamente. Por ejemplo, el hecho de que la prevención sea un fin de la pena, no cambia para nada la posibilidad de impulsarla con herramientas del Derecho civil o del Derecho público y renunciar a una penalización, allí donde se pueda conseguir un efecto preventivo suficiente con medios extraños al Derecho penal. De manera analógica se podría pensar en erigir a la reparación como un fin, entre otros, de la pena y dejar influir su producto sobre la punibilidad, bajo reconocimiento de su (por lo menos parcial) carácter jurídico-civil. Tampoco la voluntariedad eventual de la reparación afectaría su efecto de satisfacción del fin penal. Pues, por ejemplo, el arrepentimiento y la purificación interna del autor no son, de la misma manera, algo coactivo y, a pesar de ello, se alcanza en tales casos el fin preventivo-especial de la pena.

No obstante, yo no soy de la opinión de que la reparación es o podría llegar a ser un fin de la pena. Pues el fin de la pena sólo puede ser, racionalmente, en un Derecho penal moderno, el evitar preventivamente el delito, esto es, entonces, la prevención (cualquiera que sea su forma). Empero, si se integra la reparación en el sistema de sanciones del Derecho penal, hay sólo dos posibilidades. O bien la consecuencia jurídica reparación no tiene efecto alguno preventivo, o hasta estimula la perpetración del delito, como opinan quienes combaten a la reparación, a quienes yo he proporcionado anteriormente una fundamentación hipotética para esa tesis. Resulta, entonces, imposible que la reparación sea un fin de la pena, porque ella está en contradicción con la función de la pena. O bien la reparación es, ciertamente, un instrumento de utilidad preventiva para el derecho penal, como afirman quienes abogan por ella y como yo intentaré explicar. Entonces, ella es un factor, que tiene efectos preventivo especial o general, o en ambas direcciones, y que tiene que ser considerada como circunstancia relevante en el marco de los fines de la pena tradicionales. No

se necesita, así, de un nuevo fin de la pena.

IX

Si se comienza con la tarea de averiguar el significado de la reparación para los fines tradicionales de la pena, puede prescindir de la teoría absoluta por anticipado. Ella no es hoy más defendida y no puede ser tampoco más defendida en un Estado moderno, para el cual la pena es instrumento político-social.⁴⁰ Con ello no se pretende negar que muchos elementos de la teoría de la retribución retornan transformados en las teorías preventivas dominantes. Ello rige para la concepción de la "prevención general por medio de la justa compensación de la culpa", como también para teoría de la pena de Hegel, de la cual Seelmann⁴¹ ha vuelto a extraer ideas esenciales para la prevención general positiva, tan defendida hoy en día. También la "teoría de la expiación", que antes se tenía por una variante de la teoría absoluta de la pena, experimentó una transformación, por intermedio de Arthur Kaufmann,⁴² en el programa de una prevención especial resocializadora. Estos sectores parciales de la teoría absoluta, en cierta manera "vericuetos", deben ser, por cierto, incorporados, a la hora de investigar el significado de la reparación para los fines preventivos de la pena.

X

Si nosotros comenzamos por la prevención general, el efecto intimidatorio de la reparación sobre la generalidad, esto es, aquello que hoy se denomina prevención general negativa, es,

40. Para la fundamentación remito aquí a mi temprana monografía, *Jus*, 1966, págs. 377 y ss. (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, págs. 1 y sigs.).

41. *Jus*, 1979, págs. 687 y sigs.

42. *Jus*, 1967, págs. 553 y sigs. (= *Das Schuldprinzip*, 2a. edición, 1976, págs. 263 y sigs.).

seguramente, muy pequeño e inferior a aquél de la pena privativa de libertad y de la de multa. Eso ya lo aclaré anticipadamente. Pero el centro de gravedad de la discusión actual reside hoy en la llamada prevención general positiva, a la cual antes se caracterizaba como “fuerza conformadora ética” del Derecho penal y hoy, por ejemplo, Jakobs⁴³ caracteriza como “ejercitación en la fidelidad al Derecho” o “estabilización de la confianza en el ordenamiento”. Esa prevención general positiva no ha logrado hasta ahora solidificarse aún en una doctrina unitaria, sino que recibe de parte de sus sostenedores acentuaciones diferentes. En conexión con la reparación, la “prevención integrativa” ha logrado, en ello, un significado especial, en los últimos años. Si puedo confiar en la literatura secundaria,⁴⁴ el término “prevención integrativa” fue utilizado por primera vez por mí, en el año 1979,⁴⁵ para designar un fin independiente de la pena, por supuesto, después de que Bruns,⁴⁶ ya desde tiempo atrás, hubo hablado del “efecto integrativo de la pena” y descripto, con ello, el “fortalecimiento de la conciencia jurídica del pueblo”.

Empero, mientras Bruns, y con él gran parte de la doctrina, entienden la idea de integración, rápidamente expandida en la discusión sobre el fin de la pena,⁴⁷ sobre todo con ejercitación en la fidelidad al Derecho, fortalecimiento de la conciencia jurídica general y conceptos similares, y ven en ello agotado el contenido de la prevención general positiva, yo pensé con ello, desde el comienzo, algo ligeramente distinto. Yo hablé de “una prevención general tendente a la integración y a la satisfacción” y de una “satisfacción del sentimiento jurídico” y, con ello, quise expresar la recomposición de la paz jurídica alterada por el

43. *Schuld und Prävention*, 1976, págs. 10, 31.

44. Seelmann (cit. nota 39), pág. 51; Frehsee (cit. nota 3), pág. 128.

45. *Festschrift für Bockelmann*, 1979, págs. 279 y sigs. (305 y sigs.).

46. *Leitfaden des Strafzumessungsrecht*, 1980, pág. 64; antes, por ejemplo: *Strafzumessungsrecht*, 2ª edición, 1974, págs. 197, 207, 247 y a menudo.

47. Cf. resumidamente (y críticamente) Baratta, *KrimJ*, 1984, págs. 132 y sigs.; Frehsee (cit. nota 3), págs. 128-137).

delito. Expresado exactamente, se debe diferenciar en la prevención general positiva tres consecuencias incluidas en el concepto: el efecto motivador pedagógico-social de 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 cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor.

Me parece adecuado limitar el concepto de prevención integrativa al efecto de satisfacción de la sanción antes descrito y considerar a la prevención general positiva como el concepto superior, más amplio, que, al lado de la satisfacción, también persigue alcanzar las metas propuestas del aprendizaje y de la confianza en el ordenamiento. Tal concepción de la prevención integrativa me ha servido a mi para refundir el principio de culpabilidad en la prevención general y utilizarlo para su limitación, en tanto no puede ser impuesta, como adecuada a la culpabilidad, una pena más grave que aquella que satisface por completo, desde el punto de vista psicológico-social, el sentimiento de justicia. Ella sirve, empero, aun más allá, también para apoyar la idea por mi siempre, y aun todavía, perseguida, de que la sanción orientada por la prevención general puede y debe mantenerse detrás de la medida de la culpabilidad, allí donde el efecto de satisfacción puede ser alcanzado por intermedio de sanciones menos graves.

XI

Aquí reside la base de sustentación para el significado preventivo-general de la reparación.⁴⁸ Históricamente, ella nunca fue del todo olvidada, pero fue si ampliamente sepultada por la penetración de las teorías idealistas sobre la pena y su alianza impía con la prevención comprendida como intimidación. Wächter, con el cual Schaffstein culminó su exposición

48. Eso acentúa, con razón, también Seelmann (cit. nota 39), pág. 51.

histórica, se declaró partidario por completo de la tesis moderna, esto es, de que no se pune, primariamente, en favor del ofendido, sino “en interés de la comunidad”.⁴⁹ Pero de ello no resulta, así dice él con razón, “de ninguna manera aún, que no le pueda corresponder también al ofendido una influencia sobre la pena, y que, en aquello que concierne a la forma y a la naturaleza del medio de punición, la pena sea acreditada necesariamente y siempre directamente al Estado”. Las penas privadas sirven “en muchos casos tanto mejor a la comunidad que las penas públicas. En muchos casos, por cierto, aquéllas son preferibles, decididamente, a las últimas”. Porque ellas, a menudo, son para el ofendido “el único medio de recibir una compensación... por daños considerables mientras que, si esa compensación no le llega, solamente la pena pública no está en condiciones, a los ojos de los ciudadanos, de reparar la violación insolente de la ley y de preservarla en su plena observancia y santidad”. Y Liszt, sólo para nombrarlo a él como testigo histórico principal, escribió alrededor de 1890, en su artículo monográfico “*Kriminalpolitische Aufgaben*”*,⁵⁰ que “la indemnización a prestar por el culpable al ofendido” está, “aun cuando se la conciba conceptualmente como en contraste con lo contrario de la pena”, por cierto “en conexión absoluta con el sistema penal... Pues la mengua que el condenado sufre a través de ello en su patrimonio, sirve al mismo tiempo a la protección del orden jurídico público...; ella satisface más que la multa, pagada al Estado, la necesidad del damnificado como de todos los sujetos de derechos, perturbada por el delito, de protección suficiente por el orden jurídico”.

Ambos autores difieren uno de otro en sus concepciones teóricas, como ellos las expresan en sus ideas, y también algo con mis manifestaciones. Sin embargo, en el hecho concreto se los puede observar como precursores de la prevención integrativa. Ello vale, de idéntica manera, para algunos teóricos

49. AcP, n° 23, 1840, (74 y sigs.), págs. 33 y sigs.

* N. del T.: “Tareas político-criminales”.

50. Aquí citado según la impresión copia en el primer tomo de sus “*Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*”, 1905, págs. 290 y sigs. (409 y sigs.).

modernos del Derecho penal de la generación antigua, como Bianchi⁵¹ y Naegeli,⁵² en quienes el carácter de satisfacción y reconciliatorio de la reparación se pone de manifiesto de manera especialmente clara.

XII

Ciertamente, hoy se puede verificar el efecto de prevención integrativa de la reparación, también empíricamente. Sessar⁵³ 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. Él mismo lleva a cabo desde 1982 una investigación en Hamburgo, todavía no concluida, cuyos resultados intermedios, empero, son completamente similares. Además, se ha verificado que el 85-90% de todos los procedimientos penales (en los casos de delitos contra la propiedad y el patrimonio aun un porcentaje más elevado) son puestos en marcha por denunciantes privados y que, por lo demás, para las víctimas denunciantes importa, sobre todo, la reparación y muchísimo menos la punición.⁵⁴ Puesto que las víctimas son representantes especialmente elegidos de la generalidad, se puede admitir bajo esa circunstancia que la reparación —en todo caso para delitos determinados y hasta un determinado grado de gravedad— satisface las necesidades preventivo-generales o, por cierto, las disminuye considerablemente.

Yo ya he partido anticipadamente (*supra*, III) del punto de vista de que, dejar todo como antes y confiarle la reparación solamente al Derecho civil, importa establecer un saldo deudor en la cuenta de la prevención general. Según ello, la penalización

51. *Ethik des Strafens*, 1964.

52. *Die Gesellschaft und die Kriminellen*, 1972.

53. (cit. nota 29), págs. 153 y s.; también Frehsee (cit. nota 3), págs. 205-215, informa exhaustivamente sobre los datos empíricos existentes hasta ahora.

de un comportamiento debe probar (de manera irrefutable) incontrovertidamente que la composición de los daños sola no tiene efecto alguno de prevención que sea suficiente. Ahora se puede reconocer, por qué eso sólo es la mitad de la verdad. Pues, sin duda, la punibilidad, por ejemplo, de un hurto muestra que ese comportamiento no puede quedar, sin más, impune, según la valoración vinculante y seguramente justificada del legislador. Pero la necesidad de la amenaza penal abstracta no funda imposición alguna de punibilidad en cada caso particular. La punición es, conocidamente, la *última ratio* de la política criminal. El principio de subsidiariedad allí expresado se prolonga únicamente de manera consecuente desde el punto de vista de la política jurídica, desde la sanción del precepto penal, a la que se lo refiere solamente casi siempre, hasta el caso individual, allí donde se utiliza la reparación como sustituto de la pena o para su atenuación, cuando se puede obtener con ello el mismo efecto o uno mejor.⁵⁴ Las ya infinitas posibilidades actuales de sobreseer el procedimiento prueban que al legislador de ninguna manera le parece indispensable la punición de lo punible, en el caso concreto.

XIII

Incluso desde el punto de vista preventivo especial se puede pregonar efectos positivos de la reparación. Yo sólo nombro algunos puntos de vista especialmente importantes:⁵⁵ 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

54. Citas en Frehsee (cit. nota 3), págs. 242-245.

55. Coincidiendo Sessar (cit. nota 29), pág. 157: "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".

56. Sobre los argumentos de la doctrina, cf. Frehsee (cit. nota 3), págs. 188 y sigs.

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; si esa reconciliación, en el sentido de la prevención integrativa, es premiada por la comunidad, la meta, de resolver conflictos por vía de la resocialización, se alcanza sin menoscabo. Por último, la resocialización por intermedio de la reparación elude las tres objeciones que tornan tan difícil la realización del intento de una resocialización por tratamiento: a ella le es inmanente una limitación con relación al estado de derecho conforme con el principio de legalidad, mientras que el tratamiento, teóricamente, debería tener una duración ilimitadamente larga; el peligro de una violación de la personalidad, amenazante en el caso del tratamiento, no existe, desde un principio, allí donde se procura la resocialización por intermedio de un acto de reparación referido al hecho; y se evita la consecuencias desocializantes que en sí y por sí misma tiene ya la privación de la libertad.

Naturalmente, con todo ello no se ha dicho nada acerca de en qué medida podría ser alcanzada realmente la meta de la resocialización con una construcción de la reparación dentro del sistema de sanciones. Eso debería ser experimentado. Seguramente habrá, al lado de los autores que pueden ser conducidos de esa manera hacia el cambio, siempre otros que se alegrarán de salir del problema en forma leve con la reparación y que continuarán en el camino seguido hasta ese momento. Empero, ello no constituye objeción alguna. Pues nosotros, conocidamente, no poseemos métodos de resocialización que provoquen efectos seguros de manera alguna. Antes bien, en cambio, el resultado de los esfuerzos resocializadores actuales es tan desilusionante que sólo ya por ese motivo se debe emprender continuamente algo nuevo.

XIV

Resumidamente, resulta que la reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma 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.

El carácter jurídico de la reparación debería ser modelado en detalle por el legislador. Yo pensaría en la reparación como una sanción autónoma, en la cual se mezclan elementos jurídico-civiles y penales.⁵⁷ Ella pertenece al Derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico-penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria. Asimismo es posible pensar, en caso de autores financieramente imposibilitados, en ofrecer un trabajo de bien común remunerado, cuyo producto debería, después, fluir hacia el ofendido. Pero estos son detalles cuya elaboración final supera el marco de esta exposición.

Si se pregunta acerca de si tal comprensión de la reparación conduce a una aproximación del Derecho penal y el civil, la respuesta es "en parte sí – en parte no". No se torna borrosa

57. En la discusión actual acerca de la "naturaleza jurídica" de las imposiciones del § 56b, C.P., ellas son observadas genéricamente, sin diferencias en particular, como "medidas semejantes a la pena" (Lackner, *StGB*, 15ª ed., 1983). Schmidhäuser, *AT*, 2da. ed., 1975, 21/10, Expresa que la imposición de reparar "se aproxima al resarcimiento de daños del derecho civil"; a él lo sigue Hofmann, *Die Schadenswidergutmachung im Strafrecht*, tesis doctoral, Mannheim, 1973, pág. 127.

la frontera por el hecho de que mecanismos jurídico-civiles sean utilizados por el Derecho penal. Pero 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.⁵⁸ 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.

Es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un "tercer carril" del Derecho penal.⁵⁹ Así como la medida sustituye o complementa la pena, en aquéllos casos en los cuales esta última, en razón del principio de culpabilidad, no se puede justificar o sólo se puede justificar limitadamente, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. Así como el principio de culpabilidad reclama el segundo carril de la medida, el principio de subsidiariedad suministra la legitimación político-jurídica de la reparación. Ella es un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola.

A la autonomía jurídico-sancionatoria de la reparación le correspondería la creación, también, de un procedimiento penal de restitución independiente, como lo ha propuesto Schöch.⁶⁰ En el caso de autores confesos y prestos a reparar se debe conectar, previo a la apertura del procedimiento principal, un debate ante un juez especial de restitución, quien debe esforzarse para lograr un acuerdo de reparación entre autor y víctima. Si se arriba a él, entonces se podría, en algunos casos, clausurar la persecución penal bajo reserva de la prestación, en

58. Grossfeld (cit. nota 20), pág. 90, llega a decir: "el futuro del derecho de las acciones no permitidas yace... no en la idea de la compensación, sino en la penal".

59. Cf. sobre ello también Frehsee, (cit. nota 3), pág. 233.

60. (cit. nota 2), págs. 390 y sig.

otros, prescindir de la pena o atenuarla bajo condena de culpabilidad. Para los casos de penas de multa se podría prever que, previo a su pago y con cómputo para ella, tendría que realizarse la reparación del daño; Sessar⁶¹ ha difundido para ello una propuesta diferenciadora. Si fracasa el acuerdo reparatorio, se llevaría a cabo un debate normal, en el cual deberían ser considerados en cierta medida, empero, elementos jurídicos restitutivos (por ejemplo: en caso de avenimiento posterior o de rechazo unilateral por el ofendido, insuficientemente motivado). La incorporación de tal tercer carril en nuestro Derecho procesal penal será dificultosa, pues se carece de trabajos preliminares y deben ser meditados minuciosamente de antemano innumerables detalles. Nosotros intentaremos, sin embargo, presentar un proyecto alternativo.

Aun en el caso de una recepción de la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales quedaría un ámbito muy amplio de aplicación para la pena privativa de libertad y la de multa, puesto que, según el estado actual de nuestra ciencia, ya en todos los casos de los delitos más graves, todavía no es posible reconstituir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación, de tal manera que ella sólo podría provocar efectos atenuantes de la pena; también subsistirá, en el caso de autores reincidentes, la necesidad de provocar efectos preventivo especiales adicionales. Pero una cierta precaución en la sustitución de la pena por la reparación tendría la ventaja de que se podría obtener un amplio consenso sobre la introducción de tal posibilidad. También así resultarían asegurados por completo los intereses de la víctima ya por el hecho de que la reparación condujera sólo a una atenuación de la pena. El legislador debería decidirse, entonces, por conceder a la reparación un espacio más amplio en el derecho penal. En tanto él no opere deberían ser más ampliamente utilizadas que hasta ahora las posibilidades ya existentes de *lege lata*. La teoría de los fines de la pena posibilita y favorece eso y la separación, a conservar, entre derecho penal y civil no constituye obstáculo alguno para ese desarrollo.

61. (cit. nota 29), pág. 159.

Nils Christie

Profesor de la Universidad de Oslo

Los conflictos como pertenencia*

Traducción de *Alberto Bovino y Fabricio Guariglia*

* Conferencia pronunciada el 31 de marzo de 1976, en el acto inaugural del Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Sheffield. Fueron recibidos valiosos comentarios sobre los borradores preliminares de Vigdis Christie, Tove Stang Dahl y Annika Snare. Este trabajo fue originalmente publicado con el título *Conflicts as property* en *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, Nro. 1, Enero de 1977.

Introducción

Tal vez no deberíamos tener criminología. Tal vez sería mejor abolir todos los institutos carcelarios, y no abrirlos. Tal vez las consecuencias sociales de la criminología sean más dudosas de lo que nos gusta pensar.

Yo creo que lo son. Y creo que ello se relaciona con mi tema: los conflictos como pertenencia. Mi sospecha es que la criminología, en alguna medida, ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente. En ambos casos se ha llegado a un resultado deplorable. Los conflictos deben ser usados, no sólo abandonados a su suerte; y deben ser usados —para resultar útiles— por quienes originariamente se vieron envueltos en ellos. Los conflictos **pueden** dañar a los individuos y pueden dañar, también, a los grupos sociales. Eso es lo que aprendemos en la escuela, y por esa razón tenemos a las autoridades. Sin ellas se multiplicarían la venganza privada y las *vendettas*. Hemos aprendido esto tan profundamente que hemos olvidado la otra cara de la moneda: nuestra compleja sociedad industrializada no es una sociedad con demasiados conflictos internos, sino una con muy pocos. Si bien los conflictos pueden matar, su escasez puede paralizarnos. Aprovecharé esta oportunidad para hacer un bosquejo de esta situación; y no puede ser más que un bosquejo porque este trabajo representa sólo el comienzo del desarrollo de algunas ideas, no un producto pulido y terminado.

Sobre acontecimientos y no-acontecimientos

Busquemos nuestro punto de partida lejos de aquí, vayamos a Tanzania. Enfoquemos nuestro problema desde una soleada ladera de la provincia de Arusha. Allí, dentro de una casa relativamente grande, en un pueblo muy pequeño, una suerte de acontecimiento tuvo lugar. La casa estaba colmada de gente; la mayoría de las personas adultas del pueblo y varias de los pueblos cercanos estaban allí. Era un acontecimiento feliz, se escuchaban charlas, se hacían bromas, se veían sonrisas, la atención era entusiasta, no había que perderse ni una sola frase. Era un circo, era un drama. Era un juicio.

En esta oportunidad, el conflicto era entre un hombre y una mujer que habían estado comprometidos. El había invertido mucho en la relación durante un largo tiempo, hasta que ella decidió romper con él. Se resolvió fácilmente sobre el oro, la plata y el dinero, pero qué decidir sobre las rentas ya gastadas y los gastos comunes.

El final de la historia, en nuestro contexto, no tiene demasiada importancia, pero sí la tiene el marco para la solución del conflicto. Cinco elementos deben ser mencionados particularmente:

1. Las partes, los antiguos amantes, estaban en **el centro** de la habitación y eran el centro de la atención de todos. Hablaban a menudo y eran escuchados con entusiasmo.

2. Cerca de ellos estaban sus parientes y amigos que también intervenían, pero sin **reemplazarlos**.

3. También participaban quienes eran simplemente miembros del público, con breves preguntas, información y bromas.

4. Los jueces, tres secretarios del partido político regional, se veían extremadamente inactivos. Ellos, obviamente, ignoraban las cuestiones del pueblo; todas las demás personas presentes eran expertos en tales cuestiones, tanto respecto a las normas como a los hechos. Y cristalizaban las normas y clarificaban lo que había sucedido a través de su participación en el proceso.

5. No había ningún periodista, pues toda la gente estaba allí. Mis conocimientos personales, referidos a los tribunales

británicos, son en realidad limitados. Tengo algunos vagos recuerdos sobre tribunales de menores donde conté unas quince o veinte personas presentes, la mayoría de ellas trabajadores sociales utilizando el lugar para realizar trabajos preparatorios o para pequeñas charlas. Debe haber asistido un niño —o una persona joven— pero, con excepción del juez —o tal vez un empleado—, nadie parecía prestarle una particular atención. Probablemente el niño —o el joven— estaba completamente confundido sobre quién era quién y para qué; hecho confirmado en un breve estudio realizado por Peter Scott (1959). En Estados Unidos de América, Martha Baum (1968) ha realizado observaciones similares. Recientemente, Bottoms y McClean (1976) han agregado otra importante apreciación: "Hay una verdad que raramente se revela en la literatura jurídica o en los estudios sobre la administración de la justicia penal. Es una verdad que se hizo evidente para todos los que participaron en este proyecto de investigación y que debieron asistir a los juicios que integraron la muestra. La verdad es que, en su mayor parte, la actividad de la justicia penal es pesada, común, rutinaria y, después de un tiempo, manifiestamente tediosa".

Pero permítanme dejar de hablar sobre el sistema de este país y, en su lugar, concentrarme en el mío. Permítanme, también, asegurarles lo siguiente: lo que sucede es el no-acontecimiento. Es la negación total del caso de Tanzania. Lo que se descubre en casi todos los casos escandinavos es que son grises, aburridos, y se desarrollan ante un público escaso. Los tribunales no son elementos centrales en la vida diaria de nuestros ciudadanos, sino secundarios o periféricos, y ello se debe, principalmente, a cuatro razones:

1. Están situados en el centro administrativo de las ciudades, fuera del espacio territorial de las personas comunes.

2. Dentro de estos centros están, a menudo, concentrados en uno o dos grandes edificios de considerable complejidad. Los abogados se quejan asiduamente de que necesitan meses para ubicarse dentro de estos edificios; no requiere mucha fantasía imaginar la situación de las partes o del público cuando son atrapados por estas estructuras. Un estudio comparativo de la arquitectura de los tribunales podría resultar tan relevante para

la sociología del derecho como lo es para la criminología el trabajo de Oscar Newman (1972) sobre el espacio defendible. Pero aun sin ninguna investigación creo poder afirmar con cierta seguridad que tanto la ubicación física como el diseño arquitectónico, son fuertes indicadores de que los tribunales en Escandinavia pertenecen a los administradores de la ley.

3. Esta impresión se refuerza cuando uno entra al propio tribunal —si es lo suficientemente afortunado como para encontrar el camino—. Aquí también la observación señala la marginalidad de las partes. Las partes son representadas, y son sus representantes y los jueces quienes expresan la escasa actividad que se realiza en el interior de estos salones. Los famosos dibujos de Honoré Daumier sobre los tribunales son tan representativos para Escandinavia como lo son para Francia.

Aunque existen matices: en la ciudades pequeñas o en el campo, los tribunales son más accesibles que en las grandes ciudades. Y en los niveles más bajos de la jerarquía judicial —los llamados consejos de arbitraje— las partes son representadas en menor medida por los expertos del derecho en ciertas ocasiones. Pero el símbolo de todo el sistema es la Corte Suprema, donde las partes directamente involucradas ni siquiera asisten a su propio caso.

4. Aún no he hecho ninguna distinción entre los conflictos civiles y penales; pero no fue casualidad que el caso de Tanzania fuera un caso civil. La plena participación en el propio conflicto presupone elementos del derecho civil. El elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo **representadas**. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, **frente al** delincuente, y segundo —y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la

plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado.

Ladrones profesionales

Como todos sabemos, detrás de este desarrollo hay muchas razones honorables y no tan honorables. Las honorables están relacionadas con la necesidad estatal de reducir los conflictos y además, por cierto, con los deseos de protección de la víctima. Esto es algo obvio. También lo es la menos honorable tentación del Estado, del emperador, o de quien se encuentre en el poder, de utilizar el caso penal en su propio provecho. Los delincuentes deberían pagar por sus pecados. En el pasado las autoridades han mostrado considerable buena voluntad en la representación de la víctima, para actuar como receptores del dinero o los bienes del delincuente. Esos días han pasado; el sistema de control del delito no opera por ganancias. Y sin embargo no han pasado totalmente. Hay, para decirlo llanamente, muchos intereses en juego, la mayoría de ellos relacionados con la profesionalización.

Los abogados son particularmente buenos robando conflictos. Están entrenados para ello. Están entrenados para prevenir y resolver conflictos. Están socializados con un elevado grado de conformidad, que resulta sorprendente, en una sub-cultura cuyos contenidos están referidos a la interpretación de las normas y a la clase de información que puede ser considerada relevante en cada caso. Muchos de nosotros hemos experimentado, como legos, el triste momento de la verdad cuando nuestros abogados nos informan que nuestros mejores argumentos para la disputa con un vecino no tienen ninguna relevancia y que, por el amor de Dios, debemos mantenernos callados ante el tribunal. En su lugar ellos eligen y utilizan argumentos que nosotros podemos considerar irrelevantes o aun indebidos. Mi ejemplo favorito tuvo lugar recién terminada la guerra. Uno de los más destacados abogados defensores de mi país contó con orgullo cómo había rescatado a un pobre

cliente poco tiempo antes. El cliente había colaborado con los alemanes. El fiscal sostenía que había sido una persona clave en la organización del movimiento nazi, que había sido uno de los cerebros. Sin embargo, el defensor salvó a su cliente, y lo hizo destacando al jurado lo débil, lo carente de habilidad, lo obviamente inepto que su cliente era, tanto social como organizativamente. Simplemente no podía haber sido uno de los organizadores de los colaboracionistas: era una persona sin talentos. Y ganó el caso. Su defendido obtuvo una sentencia muy leve por un delito menor. El abogado terminó su historia contándome —con cierta indignación— que ni el acusado ni su mujer le habían agradecido, que ni siquiera le habían dirigido la palabra después del juicio.

Los conflictos se convierten en la pertenencia de los abogados. Pero los abogados no ocultan que lo que ellos manejan son conflictos. Y el marco organizacional de los tribunales destaca este punto. Las partes contrapuestas, el juez, la prohibición de privilegios para alguna de las partes en la comunicación con el tribunal, la falta de estímulo para la especialización —los especialistas no pueden ser controlados internamente—, todo ello destaca que se trata de una organización para el manejo de conflictos. **El personal del tratamiento** se encuentra en otra posición. Ellos están más interesados en **transformar la imagen conflictiva del caso en una no-conflictiva**. El modelo básico de los terapeutas no es el de partes contrapuestas, sino uno donde alguna de las partes tiene que ser ayudada en la dirección de una meta generalmente aceptada: la preservación o recuperación de la salud. Ellos no están entrenados en un sistema donde es importante que las partes puedan controlarse entre sí. No hay, en el caso ideal, nada que controlar, porque hay un solo objetivo. La especialización es fomentada, ya que incrementa la cantidad de conocimiento disponible, y la pérdida de control interno no es de relevancia. Una perspectiva conflictiva crea dudas molestas respecto a la idoneidad de los terapeutas para el trabajo. Una perspectiva no-conflictiva es una precondition para definir al delito como un blanco legítimo para el tratamiento.

Una manera de reducir la atención hacia el conflicto es la

escasa atención prestada a la víctima. Otra es la concentrada atención dada a aquellos atributos del *background* del delincuente que el terapeuta está particularmente entrenado para manejar. Los defectos biológicos son ideales. Lo mismo ocurre con los defectos de la personalidad cuando son registrados hasta muy atrás en el tiempo —alejados del reciente conflicto—. Otro tanto sucede con toda la lista de variables explicativas que los criminólogos pueden ofrecer. Hemos trabajado en gran medida, al hacer criminología, como ciencia auxiliar de los profesionales del sistema de control del delito. Nos hemos concentrado en el delincuente, convirtiéndolo en un objeto de estudio, de manipulación y de control. Nos hemos sumado a todas aquellas fuerzas que han reducido a la víctima a una no-entidad y al delincuente a una cosa. Y tal vez la crítica no sea sólo aplicable a la vieja criminología, sino también a la nueva. Mientras la primera criminología explicaba el delito desde los defectos personales y la desventaja social, la nueva lo explica como el resultado de los amplios conflictos económicos. La vieja criminología ha perdido los conflictos, la nueva transforma los conflictos interpersonales en conflictos de clase. Y lo son. Son, también, conflictos de clase. Pero al destacar esto los conflictos son arrebatados nuevamente a las partes directamente involucradas. Podemos hacer, entonces, una afirmación preliminar: los conflictos del delito se han transformado en una **pertenencia de otras personas** —principalmente de los abogados— o han sido **redefinidos** en interés de otras personas.

Ladrones estructurales

Pero hay algo más que la manipulación profesional de los conflictos. Los cambios en las estructuras sociales básicas han trabajado en la misma dirección.

Lo que tengo en mente, en particular, son **dos tipos de segmentación**, fácilmente observables en las sociedades altamente industrializadas. Primero, hay un problema de segmentación **en el espacio**. Cada día funcionamos como peregrinos, moviéndonos entre grupos de personas que no nece-

sitan tener ningún vínculo. Frecuentemente, por ello, conocemos a nuestros compañeros de trabajo sólo como compañeros de trabajo, a nuestros vecinos sólo como vecinos, a nuestros compañeros de esquí sólo como compañeros de esquí. Logramos conocerlos como **roles**, no como personas completas, situación acentuada, además, por el grado extremo de división del trabajo con el que aceptamos vivir. Sólo los expertos pueden evaluarse mutuamente de acuerdo con las capacidades personales. Fuera de la especialidad, tenemos que retroceder a una evaluación general de la importancia supuesta del trabajo. Excepto entre especialistas, no podemos evaluar cuán bueno es alguien en su trabajo, sólo cuán bueno —en el sentido de importante— es el rol. Obtenemos, entonces, posibilidades limitadas de comprender el comportamiento de otras personas. Del mismo modo, sus comportamientos sólo podrán cobrar una relevancia limitada para nosotros. Quienes desempeñan el rol son más fácilmente intercambiables que las personas.

El segundo tipo de segmentación está relacionado con lo que me gustaría denominar restablecimiento de la sociedad de castas. No me estoy refiriendo a la sociedad de clases, aun cuando hay obvias tendencias también en esa dirección. De todos modos, en mi marco de análisis encuentro que los elementos de casta son aun más importantes. Me refiero a la segregación basada en atributos biológicos tales como el sexo, color de piel, discapacidades físicas o el número de inviernos transcurridos desde el nacimiento. En este sentido, la edad es particularmente importante, es una cualidad casi perfectamente sincronizada con la compleja sociedad industrializada actual. Es una variable continua en la que podemos introducir tantos intervalos como podamos necesitar. Por ejemplo, podemos dividir la población en dos: niños y adultos. Pero también podemos dividirla en diez: bebés, niños en edad pre-escolar, niños en edad escolar, *teenagers*, jóvenes adultos, adultos, adultos a punto de jubilarse, jubilados, ancianos, seniles. Y lo más importante: los puntos de corte pueden ser movidos en ambas direcciones según las necesidades sociales. El concepto de "*teenager*", por ejemplo, fue particularmente conveniente diez años atrás, y no habría tenido éxito si la realidad social no

hubiera estado de acuerdo con el término. En estos días el concepto no se usa tan a menudo en mi país. La condición de joven ya no termina a los 19. Las personas jóvenes tienen que esperar más tiempo antes de que se les permita entrar a la fuerza de trabajo. La casta de quienes se encuentran fuera de la fuerza de trabajo ha sido extendida hasta bien entrado los veinte años. Al mismo tiempo, la salida de la fuerza de trabajo —para quienes alguna vez han sido admitidos, es decir, quienes no han sido excluidos completamente por razones raciales o atributos sexuales— ha sido adelantada acercándose a los sesenta años de vida. En mi pequeño país de cuatro millones de habitantes, tenemos 800.000 personas segregadas dentro del sistema educativo. El aumento de la escasez de trabajo ha llevado inmediatamente a que las autoridades incrementen la capacidad de encarcelamiento educativo. Y 600.000 personas están jubiladas.

La segmentación según el espacio y según atributos de casta tiene varias consecuencias. Ante todo conduce a una **despersonalización** de la vida social. Los individuos se relacionan en menor medida en tejidos sociales estrechos donde se enfrentan con **todos** los roles significativos de las demás personas significativas; y ello genera una situación con cantidades limitadas de información respecto de los demás. Sabemos menos sobre las otras personas y tenemos posibilidades limitadas tanto de comprender como de predecir sus comportamientos. Si surge un conflicto, nuestra capacidad para hacer frente a la situación es menor. Y, entonces, no sólo hay profesionales capaces y deseosos de apropiarse del conflicto sino que, además, nosotros estamos aun más deseosos de deshacernos de él.

En segundo lugar, la destrucción de ciertos conflictos aun antes de que ellos se originen es otra consecuencia de la segmentación. La despersonalización y la movilidad en el interior de la sociedad industrial desvanecen algunas condiciones para la subsistencia de ciertos conflictos; aquellos que son muy significativos para ambas de las partes involucradas. Me refiero particularmente a los delitos contra el honor de las demás personas, la calumnia o la difamación. Los países escandinavos han tenido una disminución dramática de este tipo de delitos.

Mi interpretación es que esto no se debe a que el honor sea más respetado, sino a que hay menos honor para respetar. Las diversas formas de segmentación implican que los seres humanos están interrelacionados de modos en los que simplemente significan menos para los demás. Cuando son lastimados, sólo son parcialmente lastimados. Y si están en problemas, se pueden alejar fácilmente. Después de todo, ¿a quién le importa?, nadie los conoce. De acuerdo con mi evaluación, la disminución de los delitos de infamia y calumnia es uno de los más interesantes y lamentables síntomas de desarrollos riesgosos dentro de las actuales sociedades industrializadas. Esta disminución está relacionada claramente con condiciones sociales que conducen al aumento de otros tipos de delitos que han llamado la atención de las autoridades. Es un objetivo importante de la prevención del delito recrear las condiciones sociales que permitan un aumento del número de delitos contra el honor.

Una tercera consecuencia de la segmentación según el espacio y la edad es que ciertos conflictos se tornan completamente invisibles y, de ese modo, no obtienen ninguna solución decente, cualquiera que ésta pueda ser. Tengo ahora en mente los dos extremos de un continuo. En uno de los extremos tenemos los conflictos sobre-privatizados, esto es, los que tienen lugar contra individuos atrapados en uno de estos segmentos. Las mujeres y los niños golpeados son ejemplos. Cuanto más aislado está un segmento, más sola está la más débil de las partes, más abierta al abuso. Inghe y Riemer (1943) hicieron el clásico estudio varios años atrás sobre un fenómeno relacionado con éste en su libro sobre incesto. Lo más significativo fue que el aislamiento social de ciertas categorías de trabajadores campesinos suecos proletarizados era la condición necesaria para este tipo de delitos. La pobreza provocaba una completa interdependencia de los miembros de la familia nuclear. El aislamiento significaba que los integrantes más débiles de la familia no tenían ninguna red externa a la que pudieran recurrir en busca de ayuda. En este contexto, la fuerza física del marido tomaba una importancia indebida. En el otro extremo tenemos los delitos cometidos por grandes organizaciones económicas contra individuos demasiado débiles e ignorantes aun para ser

capaces de reconocer que han sido victimizados. En ambos casos el objetivo de la prevención del delito podría ser recrear las condiciones sociales que hacen a los conflictos visibles y, posteriormente, manejables.

Los conflictos como pertenencia

Los conflictos se arrebatan a las partes, se desechan, se desvanecen, se tornan invisibles. ¿Realmente importa eso?

Posiblemente muchos de nosotros estemos de acuerdo en que deberíamos proteger a las víctimas invisibles antes mencionadas. Muchos, también, asentirían aprobando aquellas ideas que postulen que los Estados, o los gobiernos, u otras autoridades deben dejar de robar multas y, en lugar de esto, permitir a la pobre víctima recibir su dinero. Al menos, yo aprobaría una solución de este tipo. Pero no ingresaré en ese terreno, la compensación material no es lo que tengo en mente con la fórmula "conflictos como pertenencia". Lo que representa la más significativa pertenencia sustraída es el **conflicto en sí mismo**, y no los bienes originalmente arrebatados a la víctima, o a ella restituidos. En nuestras sociedades, los conflictos son más escasos que la propiedad, e inmensamente más valiosos.

Ellos son valiosos por múltiples razones. Permítanme comenzar con el aspecto vinculado a nuestra organización social, dado que hasta aquí he presentado los esquemas de análisis que nos permitirán ver cuál es el problema. Las sociedades industrializadas enfrentan serios problemas al tener que organizar a sus miembros de manera tal que una porción considerable de ellos tome parte, al menos, en alguna actividad. La segmentación según edad y sexo puede ser vista como un astuto método de segregación. La participación es a tal punto escasa que, en organizaciones e instituciones, los de adentro crean monopolios contra los de afuera, especialmente en lo referido al trabajo. Desde esta perspectiva, es claramente visible que los conflictos representan un **potencial para la actividad, para la participación**. El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudada-

nos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos. La nuestra es una sociedad de monopolizadores de tareas.

En esta situación, la víctima es "el" gran perdedor. No sólo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente, y el Estado toma su compensación, sino que además ha perdido la participación en su propio caso. Es la Corona la que ingresa al cono de luz, no la víctima. Es la Corona la que describe las pérdidas, no la víctima. Es la Corona la que aparece en los diarios, rara vez la víctima. Es la Corona la que tiene la posibilidad de hablar con el delincuente y, ni la Corona ni el delincuente están particularmente interesados en llevar adelante esa conversación. La víctima podría haber estado muerta de miedo, paralizada por el pánico o furiosa. Pero no hubiera estado desinvolucrada. Hubiera sido uno de los días más importantes de su vida. Algo que pertenecía a esa víctima le ha sido arrebatado.¹

Pero el gran perdedor es cada uno de nosotros, en la medida en que nosotros somos la sociedad. Esta pérdida es, en primer lugar y principalmente, una pérdida de **oportunidades para la clarificación de las normas**. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una continua discusión de lo que representa la ley de la tierra. ¿Cuán equivocado estaba el ladrón, cuán acertada la víctima? Los abogados, como ya vimos, son entrenados para estar de acuerdo sobre qué es relevante en un caso. Pero ello significa entrenamiento en la incapacidad para permitir a las partes decidir lo que **ellas** creen que es relevante. Significa que es difícil poner en escena, en el tribunal —lo que podríamos llamar—, un debate político. Cuando la víctima es pequeña y el delincuente grande —en tamaño o poder— ¿cuán reprochable es, entonces, el delito? ¿Y qué sucede en el caso inverso, el pequeño ladrón y el propietario de la gran casa? ¿Debería el delincuente, por estar bien educado, sufrir más, o tal vez menos, por sus pecados? O si es negro, o si es joven, o si la otra parte es una compañía

1. Para un informe preliminar sobre la insatisfacción de la víctima, ver Vennard (1976).

de seguros, o si su mujer lo acaba de dejar, o si su fábrica irá a la quiebra si tiene que ir a la cárcel, o si su hija perderá a su prometido, o si estaba borracho, o si estaba triste, o si estaba loco? No hay fin para esto. Y tal vez no debería haber ninguno. Tal vez la ley Barotse, tal como la describió Max Gluckman (1967), es un mejor instrumento para la clarificación de normas, permitiendo a las partes en conflicto introducir cada vez, toda la cadena de viejos lamentos y disputas. Tal vez la facultad de decidir sobre la importancia y el peso de lo que se considera relevante debería serle vedada a los estudiosos de la ley, a los grandes ideólogos del control penal, y recuperada para llegar a decisiones libres en las salas de los tribunales.

Una pérdida adicional —tanto para la víctima como para la sociedad en general— se relaciona con el nivel de ansiedad y de confusión. Una vez más estoy pensando en la posibilidad de encuentros personalizados. La víctima se encuentra tan completamente fuera del caso que jamás tendrá oportunidad de llegar a conocer al delincuente. La dejamos afuera, enojada, quizás humillada por un interrogatorio cruzado* en el tribunal, sin contacto humano con el delincuente. No tiene alternativa. Necesitará de todos los estereotipos clásicos de “el criminal” para intentar una mínima comprensión de todo el problema. Ella tiene necesidad de comprender pero, en cambio, es una no-persona en una obra de Kafka. Por supuesto, escapará más asustada y más necesitada que nunca de una descripción de los delincuentes como no-humanos.

El delincuente representa un caso más complicado. No es necesaria demasiada introspección para apreciar que una participación directa de la víctima puede resultarle una experiencia realmente dolorosa. Muchos de nosotros escaparíamos de una confrontación de este tipo. Esa es la primera reacción,

* Interrogatorio cruzado (*Cross-examination*). El término designa al método de interrogatorio imperante en el sistema de enjuiciamiento penal anglosajón, en el cual el imputado, los testigos y los peritos son interrogados libremente por los miembros del ministerio público y por el defensor, en forma alternativa. El juez se limita a ordenar el debate, rechazar las preguntas no pertinentes, etcétera. Es lo que tan a menudo nos muestra el cine de Hollywood (n. de los t.).

pero la segunda es ligeramente más positiva. Los seres humanos tienen razones para sus actos. Si la situación fuera conformada de modo tal que las razones pudieran ser dadas (tal como son vistas por las partes, no sólo la selección de las que los abogados han decidido catalogar como relevantes), quizás, en tal caso, la situación no sería tan humillante. Y, especialmente, si la situación fuera conformada de tal manera que la cuestión central no fuera atribuir culpas, sino profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para deshacer lo hecho, entonces la situación podría cambiar. Y esto es exactamente lo que debería suceder al reintroducir a la víctima en el caso. Se prestaría gran atención a las pérdidas de la víctima, lo que conduce a una natural consideración dirigida a saber cómo pueden ser atenuadas. Esto nos lleva a una discusión sobre la reparación. El delincuente tendría la posibilidad de modificar su posición; de ser un oyente en la discusión —a menudo, sumamente ininteligible— respecto a cuánto dolor debe recibir, pasaría a ser un participante en la discusión sobre cómo podría hacerlo bien esta vez. El delincuente ha perdido la oportunidad de explicarse frente a alguien cuyo juicio podría haber sido importante. Ha perdido, de este modo, una de las posibilidades más importantes para ser perdonado. Comparado con las humillaciones soportadas en un tribunal común —vividamente descritas por Pat Carlen (1976) en un número reciente de el *British Journal of Criminology*— esto, obviamente no es ningún mal negocio para el delincuente.

Permítanme agregar que yo creo que deberíamos hacerlo independientemente de sus deseos. No es el control de la salud lo que estamos discutiendo, es el control del delito. Si los delincuentes se sienten golpeados por la idea inicial de una confrontación cercana con la víctima, preferentemente una confrontación en el mismísimo vecindario de una de las partes, ¿entonces qué? Sabemos que la mayoría de los individuos condenados sufren un *shock*. Ellos prefieren, realmente, alejarse de la víctima, de los vecinos, del público. Tal vez también de su propio juicio, a través del vocabulario judicial y de la terminología de los expertos en ciencias del comportamiento que pudieran estar presentes. Están completamente dispuestos a regalar su dere-

cho de propiedad sobre el conflicto. Pero la cuestión va más allá de eso: ¿**estamos** dispuestos a permitirles que lo regalen? ¿Estamos dispuestos a concederles esta fácil vía de escape?²

Permítanme ser bastante explícito en este punto: no estoy sugiriendo estas ideas desde algún interés particular en el tratamiento o mejoramiento de los criminales. No estoy basando mi análisis en la creencia de que un encuentro entre delincuente y víctima llevaría a una reducción de las reincidencias. Quizás lo haría. Como están las cosas, el agresor ha perdido la oportunidad de participar en una confrontación personal de naturaleza muy seria. Ha perdido la oportunidad de recibir un tipo de culpa que sería sumamente difícil de neutralizar. Sin embargo, hubiera sugerido estas medidas aun cuando fuera absolutamente cierto que ellas no tienen ningún efecto sobre la reincidencia, e incluso cuando tuvieran un efecto negativo. Lo habría hecho por los otros beneficios —más globales—. Y déjenme añadir: no hay demasiado que perder. Como todos —o casi todos— sabemos hoy, no hemos sido capaces de inventar una cura para el delito. Excepto la ejecución, la castración o el encarcelamiento de por vida, ninguna medida ha probado un mínimo de eficiencia. Podríamos reaccionar ante el delito según lo que las partes directamente involucradas encuentran justo y acorde con los valores generales de la sociedad.

Con esta última afirmación, como con la mayoría de las anteriores, genero muchos más problemas que los que resuelvo. Las afirmaciones sobre política criminal, especialmente las de quienes tienen la carga de la responsabilidad en las decisiones, están usualmente cargadas de respuestas. Y lo que necesitamos son preguntas. La gravedad de nuestro tema nos vuelve demasiado pedantes y, por ende, inútiles para revolucionar los paradigmas.

2. Tiendo a asumir la misma posición respecto al derecho de propiedad del delincuente sobre su propio conflicto que la que asumía John Locke en cuanto al derecho de propiedad sobre la propia vida -uno no tiene derecho a cederlo-. Ver C.B. MacPherson (1962).

Un tribunal orientado a la víctima

Detrás de mi razonamiento existe, claramente, un modelo de corte vecinal. Pero es un modelo con algunas características peculiares, y en lo que sigue sólo discutiré sobre ellas.

En primer lugar y principalmente, es una organización **orientada a la víctima**, aunque no en su etapa inicial. La primera etapa será tradicional, donde debe ser establecido si es verdad que se ha quebrantado el derecho, y si ha sido este individuo en particular quien lo hizo.

Luego viene una segunda etapa, que en estos tribunales sería de la mayor importancia. Esta sería la etapa para que fuera considerada la situación de la víctima, donde cada detalle de lo que sucedió —con o sin relevancia legal— sería puesto a consideración del tribunal. Sería especialmente importante en este momento la consideración minuciosa sobre qué podría hacerse por la víctima; primero y principalmente por el agresor, en segundo lugar por la comunidad vecinal y, finalmente, por el Estado. ¿Podría ser compensado el daño, reparada la ventana, reemplazada la cerradura, restituida la pérdida de tiempo por el robo del auto mediante trabajos de jardinería o lavándolo diez domingos seguidos? ¿O es posible que cuando esta discusión comience, el daño no fuera tan grave como surgía de los documentos escritos para impresionar a las compañías de seguro? ¿Podría el sufrimiento físico tornarse gradualmente menos doloroso a través de alguna acción del delincuente durante días, meses o años? Pero, además, ¿se han adoptado todos los recursos que la comunidad podría haber ofrecido como ayuda? ¿Fue completamente cierto que el hospital no pudo hacer nada? ¿No podría pensarse en la mano colaboradora del portero dos veces por día si el agresor se ha hecho cargo de la limpieza del sótano todos los sábados? Ninguna de estas ideas es desconocida o no ha sido intentada, especialmente en el caso de Inglaterra. Pero necesitamos una organización para su aplicación sistemática.

Sólo una vez que esta etapa haya sido atravesada —y debería tomar horas, tal vez días, atravesarla—, sólo entonces llegaría el momento para una eventual decisión sobre el castigo. La

pena, de esta manera, se convierte en ese sufrimiento que el juez consideró necesario aplicar, **sumado** a aquellos sufrimientos no intencionados y constructivos por los que debería pasar el agresor en sus relaciones **cara a cara** con la víctima, tendientes a la reparación. Tal vez nada pudo hacerse o nada podría hacerse, pero los vecinos podrían encontrar intolerable que nada sucediera; y los tribunales locales fuera de tono con los valores locales no son tribunales locales. Ese es, precisamente, el problema con ellos, desde el punto de vista reformador liberal.

Se debería agregar una cuarta etapa. Sería la etapa de servicio al agresor. Su situación social y personal sería, en este momento, bien conocida por el tribunal. La discusión sobre sus posibilidades de reparar la situación de la víctima no podría ser llevada a cabo sin que, al mismo tiempo, se brindara información sobre la situación del agresor. Situación que podría haber expuesto necesidades de acción social, educacional, médica o religiosa —no para prevenir futuros delitos, sino porque las necesidades deben ser enfrentadas—. Y los tribunales son escenarios públicos, donde las necesidades se vuelven visibles. Pero sería importante que esta etapa llegara después de la sentencia. De otro modo, obtendríamos un resurgimiento de las llamadas “medidas especiales” —tratamientos compulsivos—, muy a menudo sólo eufemismos para el encarcelamiento por tiempo indeterminado.

A través de estas cuatro etapas, estos tribunales representarían una fusión de elementos de los tribunales civiles y penales, pero con un fuerte énfasis en los elementos civiles.

Un tribunal orientado al lego

En segundo lugar, otra particularidad relevante del modelo de tribunal que tengo en mente es su elevado grado de orientación lega. Esto es esencial cuando los conflictos son vistos como una pertenencia que debe ser compartida. Lo que sucede con ellos sucede con tantas cosas buenas: no tienen una oferta ilimitada. Los conflictos pueden ser cuidados, protegidos, asistidos, pero hay límites; si algunos reciben un mayor acceso para

disponer de ellos, otros están recibiendo menos. Es tan simple como eso.

La especialización en la resolución de conflictos es el gran enemigo, especialización que a su debido —o indebido— tiempo lleva a la profesionalización. Esto sucede cuando los especialistas consiguen el poder suficiente como para sostener que han obtenido talentos especiales, básicamente a través de la educación. Y sus talentos son tan poderosos que resulta obvio que sólo pueden ser manejados por estos artesanos certificados.

Con el enemigo identificado, también podemos especificar el objetivo: reduzcamos en la mayor medida posible la especialización y, particularmente, nuestra dependencia de los profesionales dentro del sistema de control penal. El ideal es claro: debe ser un tribunal de iguales representándose a sí mismos; si logran encontrar una solución entre ellos, ningún juez es necesario; si no lo logran, los jueces deben, también, ser sus iguales.

El juez, probablemente, sería lo más fácil de reemplazar si intentáramos seriamente acercar nuestros tribunales a este modelo de orientación lego. Si bien ya tenemos jueces legos, esta afirmación se encuentra muy alejada de la realidad. Lo que tenemos, tanto en Inglaterra como en mi propio país, es una suerte de no-especialistas especializados. Primero, ellos son utilizados **una y otra vez**. Segundo, algunos son incluso **entrenados**, reciben cursos especiales o son enviados en excursiones a países extranjeros para aprender cómo comportarse como un juez lego. En tercer lugar, la mayoría de ellos representan, además, una **muestra** extremadamente **prejuiciosa** de la población respecto a sexo, edad, educación, ingreso, clase³ y experiencia personal como delincuentes. Con jueces realmente legos, concibo un sistema en el cual nadie recibiría el derecho a participar en la solución de conflictos más que unas pocas veces, y después tendría que esperar a que todos los otros miembros de la comunidad hubieran tenido la misma experiencia.

3. Para la más reciente documentación, ver Baldwin (1976).

¿Deberían ser admitidos los abogados en el tribunal? En Noruega tenemos una vieja ley que les prohíbe ingresar a los tribunales de los distritos rurales. Tal vez deberían ser admitidos en la primera etapa, donde se decide si la persona es culpable, aunque no estoy seguro, porque los expertos son un cáncer para cualquier cuerpo lego. Es exactamente tal como Ivan Illich lo describe para el sistema educativo en general. Cada vez que se aumenta la duración de la educación compulsiva en una sociedad, también se reduce la confianza de la misma población en lo que han aprendido y comprendido por sí mismos.

Los expertos en comportamiento representan el mismo dilema ¿Hay un lugar para ellos en este modelo? ¿Debería haberlo? En la etapa 1, decisiones sobre los hechos, seguramente no. En la etapa 3, decisiones sobre el eventual castigo, seguramente no. Esto es demasiado obvio como para gastar palabras. Tenemos la dolorosa lista de errores desde Lombroso, pasando por el movimiento para la defensa social, hasta los recientes intentos de disponer de gente supuestamente peligrosa mediante predicciones acerca de quiénes son y cuándo dejan de ser peligrosos. Dejemos que estas ideas mueran, sin mayores comentarios.

El problema real se vincula con la función de servicio de los expertos en comportamiento. Los científicos sociales pueden ser vistos como respuestas funcionales a una sociedad fragmentada. La mayoría de nosotros ha perdido la posibilidad física de experimentar la totalidad, tanto en el nivel social como en el nivel personal. Los psicólogos pueden ser vistos como historiadores del individuo; los sociólogos tienen, en gran medida, la misma función para el sistema social. Los trabajadores sociales son aceite en la maquinaria, una especie de consejo de seguridad. ¿Podemos funcionar sin ellos? ¿Estarían la víctima y el agresor en peor situación?

Es posible, pero sería tremendamente difícil lograr que un tribunal de este tipo funcionara si todos ellos estuvieran allí. Nuestro tema es el conflicto social. ¿Quién no se pone al menos levemente incómodo en el manejo de sus propios conflictos sociales si se entera de que hay un experto en esa materia en la misma mesa? No tengo una respuesta clara, sólo fuertes intuiciones detrás de una conclusión vaga: tengamos tan pocos

expertos en comportamiento como nos atrevamos a tener. Y si tenemos alguno —¡Por favor!— que no sea uno especializado en delitos y resolución de conflictos. Tengamos expertos con una sólida base fuera del sistema de control penal. Y un último punto relevante tanto para expertos en comportamiento como para abogados: si los encontramos inevitables en ciertos casos o en ciertas etapas, tratemos de hacerles entender el problema que ellos crean para una amplia participación social. Tratemos de lograr que se autoperciban como personas-recursos, respondiendo cuando se les pregunte, pero no dominantes, no en el centro. Pueden ayudar a poner en escena los conflictos, pero no deben apoderarse de ellos.

Rolling Stones

Existen cientos de obstáculos en contra de la posibilidad de lograr que un sistema de este tipo opere en el marco de nuestra cultura occidental. Mencionemos sólo los tres más importantes:

1. Hay una carencia de relaciones vecinales.
2. Hay muy pocas víctimas.
3. Hay demasiados profesionales rondando.

Cuando me refiero a la carencia de relaciones vecinales, tengo en mente el mismo fenómeno que he descripto como una consecuencia de la sociedad industrializada: la segmentación por razones de espacio y edad. Muchos de nuestros problemas se originan a partir de la muerte de estas relaciones. ¿Cómo podemos presionar a los vecindarios a realizar una tarea que presupone que sus relaciones están lo suficientemente vivas? En realidad, no tengo buenos argumentos, tengo sólo dos, y son débiles. En primer lugar, la situación no es tan mala, los vecindarios no están tan muertos. Segundo, una de las ideas más importantes detrás de la fórmula "los conflictos como pertenencia", es que se trata de una pertenencia del vecindario; no es una pertenencia individual, sino del grupo social, y se pretende que actúe como un revitalizador de las relaciones locales. Cuanto más debilitadas se encuentren estas relaciones, más necesitamos los tribunales vecinales como una de las

muchas funciones que un grupo social requiere para no morir por falta de desafíos.

La falta de víctimas es igualmente perniciosa, y me refiero particularmente a la falta de víctimas personales, tras lo cual surgen, nuevamente, las grandes unidades de la sociedad industrializada: Woolworth o British Rail no son buenas víctimas. Pero diré nuevamente que la falta de víctimas personales no es total, y sus necesidades deben tener prioridad, aunque no deberíamos olvidar a las grandes organizaciones. Estas organizaciones o sus directorios seguramente preferirían no tener que aparecer como víctimas en 5.000 tribunales vecinales a lo largo de todo el país, pero tal vez ellos deberían ser obligados a hacerlo. Si el problema es lo suficientemente serio como para colocar al agresor en el rango de criminal, entonces la víctima debe aparecer. Un problema relacionado con éste se vincula con las compañías de seguro —la alternativa industrializada a la amistad y el parentesco—. Aquí nuevamente, tenemos un caso en el que el remedio es peor que la enfermedad: el seguro saca del medio a las consecuencias del delito. Tendremos, entonces, que sacar del medio al seguro o, lo que es mejor, dejar de lado las posibilidades de reparación a través de las compañías de seguro hasta que, en el procedimiento que he descripto, se haya probado más allá de toda duda razonable que no quedan otras alternativas —especialmente, que el agresor no tiene ninguna posibilidad—. Una solución de este tipo generará más trabajo burocrático, menos predictibilidad, más agresividad por parte de los clientes, y no será, necesariamente, considerada buena desde la perspectiva del titular de la póliza. Pero ayudaría a proteger a los conflictos como combustible social.

De todos modos, ninguno de estos problemas puede competir con el tercero y último que comentaré: la abundancia de profesionales. Todo lo que sabemos a partir de nuestras propias biografías u observaciones personales es, además, confirmado por todo tipo de investigación de las ciencias sociales: el sistema educativo de una sociedad no está necesariamente sincronizado con ninguna de las necesidades del producto de este sistema.

En algún momento creímos que había una relación causal directa entre el número de personas con un elevado grado de

educación de un país y su Producto Bruto Nacional. Hoy sospechamos que tal relación existe, pero que se da en el sentido contrario (desde el PBN hacia el número de personas educadas), en caso de que deseemos utilizar el PBN como un indicador significativo. También sabemos que la mayoría de los sistemas educativos presentan extremos prejuicios clasistas; que la mayoría de los académicos ha hecho inversiones productivas en nuestra educación; que luchamos por lo mismo para nuestros hijos; y que además, a menudo, nos hemos interesado en agrandar aún más nuestra porción del sistema educativo. Más universidades para más abogados, para más trabajadores sociales, para más sociólogos, para más criminólogos. Mientras estoy **hablando** de desprofesionalización, estamos aumentando la posibilidad de ser capaces de llenar el mundo entero de profesionales.

Si bien no hay ninguna base sólida para el optimismo, las precisiones sobre el estado de la situación y la formulación de objetivos son una precondition para la acción. Por supuesto, el sistema de control penal no es un sistema dominante en nuestro tipo de sociedades. Pero tiene cierta importancia, y lo que sucede en él puede servir como ilustración pedagógica de las tendencias generales de la sociedad. Tenemos, todavía, algún espacio para maniobrar y, cuando nos chocamos con sus límites, o somos chocados por ellos, la colisión representa en sí misma un renovado argumento para nuevos y más amplios cambios.

Otra fuente de esperanza está dada por el hecho de que las ideas aquí formuladas no están tan aisladas o en disonancia con las principales corrientes del pensamiento, cuando abandonamos el terreno del control penal para adentrarnos en otras instituciones. Ya he mencionado a Ivan Illich y sus intentos de quitarle el aprendizaje a los maestros para devolvérselo a seres humanos activos. El aprendizaje compulsivo, el tratamiento médico compulsivo y la resolución compulsiva de conflictos presentan similitudes interesantes. Si escuchamos a Ivan Illich y a Paulo Freire —y mi impresión es que se los escucha cada vez más—, el sistema de control punitivo será, también, más fácilmente influenciado por estas ideas.

Otro cambio importante —y relacionado— en el paradigma

está a punto de ocurrir dentro de todo el campo de la tecnología. En parte, son las lecciones del tercer mundo que ahora son apreciadas más fácilmente; en parte, es la experiencia del debate ecológico. El planeta está sufriendo de una manera obvia lo que le hacemos a través de nuestras técnicas; las sociedades del tercer mundo están, igualmente, sufriendo de una manera obvia; de modo que la sospecha surge. Tal vez el primer mundo tampoco puede recibir toda esta tecnología; tal vez algunos de los viejos pensadores no eran, después de todo, tan tontos. Tal vez los sistemas sociales puedan ser vistos como sistemas biológicos, y tal vez existen ciertos tipos de sociedades con elevado nivel tecnológico que matan a los sistemas sociales, del mismo modo en que matan al planeta. Schumacher (1973) con su libro *Small is Beautiful* y el Instituto para Tecnología Intermedia, entrarían así en escena. Así lo hacen, también, los numerosos intentos —particularmente de varios destacados Institutos para la Búsqueda de la Paz— de mostrar los peligros del concepto de Producto Bruto Nacional, y reemplazarlo por indicadores que tengan en cuenta la dignidad, la equidad y la justicia. La perspectiva desarrollada por el grupo de investigación de Johan Galtung sobre Indicadores Mundiales también podría resultar sumamente útil en nuestro terreno del control penal.

Ampliando el panorama, también hay un fenómeno político. Al menos en Escandinavia, los socialdemócratas y grupos vinculados a ellos tienen un considerable poder, pero carecen de una ideología explícita referida a los objetivos a alcanzar en una sociedad reconstruida. El vacío es percibido por muchas personas, y genera voluntad para aceptar, e incluso esperar, considerables experimentaciones institucionales.

Mi último punto se refiere a qué hacer con las universidades en esta película. La respuesta probablemente sea la vieja respuesta: las universidades deben enfatizar las viejas tareas de comprensión y crítica, pero la misión de formar profesionales debe ser vista con un renovado escepticismo. Restablezcamos la credibilidad de los encuentros entre seres humanos críticos: mal pagados, altamente considerados, pero sin ningún poder adicional, excepto por el peso de sus buenas ideas. Así es como debería ser.

Referencias bibliográficas

- Baldwin, J. (1976) "The Social Composition of the Magistracy", en *British Journal of Criminology*, 16, pp. 171-174.
- Baum, M. y Wheeler, S. (1968) "Becoming an inmate", Cap. 7, pp. 153-187, en Wheeler, S., (ed.), *Controlling Delinquents*, Nueva York, Wiley.
- Bottoms, A. E. y McClean, J. D. (1976) *Defendants in the Criminal Process*, Londres, Routledge and Kegan Paul.
- Carlen, P. (1976) "The Staging of Magistrates' Justice", en *British Journal of Criminology*, 16, pp. 48-55.
- Gluckman, M. (1967) *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press.
- Kinberg, O., Inghe, G. y Riemer, S. (1943) *Incest-Problemet i Sverige*, Sth.
- MacPherson, C. B. (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Londres, Oxford University Press.
- Newman, O. (1972) *Defensible Space: People and Design in the Violent City*, Londres, Architectural Press.
- Schumacher, E. F. (1973) *Small is Beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*, Londres, Blond and Briggs.
- Scott, P. D. (1959) "Juvenile Courts: the Juvenile's Point of View", en *British Journal of Delinquency*, 9, pp. 200-210.
- Vennard, J., (1976) "Justice and Recompense for Victims of Crime", en *New Society*, 36, pp. 378-380.

Julio B. J. Maier
Profesor de la Universidad de Buenos Aires

La víctima y el sistema penal

1. Panorama histórico-jurídico y generalidades

I. Cuando hoy se habla de la *víctima*, en el Derecho penal, o del *ofendido*, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una “*nueva ola*” político criminal, sino, además, de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí: “*nueva ola*”), y, más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna de se ha agotado.¹ Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.² La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento

1. Se puede leer en Hirsch, Hans-Hoachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pág. 699, contrario al movimiento, su caracterización como una *euforia* de la política criminal hacia el ofendido, que contrarresta la de años anteriores a favor del autor (resocialización). Sobre esta última nota adjetivante existen dudas fundadas, que el texto pondrá de manifiesto.

2. Cf. Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal argentino [DPPa]* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, § 5, B, págs. 23 y ss.

penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos;³ ya no importaba 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 —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había “estatalizado”: de allí que se hable, pleonásticamente, de una “criminalización del Derecho penal”, antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del “nacimiento” de la pena.⁴

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal.⁵ La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo 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 sólo 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

3. Cf. RieB, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C zum. 55. Deutschen Juristentag, Ed. C.H. Beck, München, 1989, págs. 9 y ss. (nº marginal 1); específicamente para la teoría procesal penal, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, Nº 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, pág. 1148. Desde otro punto de vista, Christie, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, de Caso, Mariluz, 1ª ed. en castellano, primera reimpresión), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, págs. 126 y ss, donde cita un artículo suyo sobre esta problemática: *Conflicts as property*, 1977, (leer, además, págs. 128 y ss.). Una vez terminado este trabajo, recibí, por gentileza de Elena Larrauri, el trabajo de Christie, cuya versión en español se incluye en este libro.

4. Cf. Maier, Julio B.J., *DPPa*, cit., t. 1b, § 5, D. págs. 47 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit., págs. 151 y s.

5. Se debe advertir que también el imputado fue empujado desde su papel de protagonista al de simple objeto de la investigación penal.

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, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); 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: es que el concepto "bien jurídico", establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social.⁶ El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión 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 pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima.⁷ La idea

6. Cf. Jung, cit., *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit, pág. 1152.

7. Cf. Garófalo, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, págs. 60 y ss.; Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s.F., t. 2, pág. 199 y n° 88, II, págs. 275 y ss.

Este es el origen del art. 29, del CP argentino, que, inicialmente (proyectos 1891, 1906 y 1917), por influencia del positivismo criminológico, quiso terminar con la distinción entre pena (pública) y reparación (interés privado), mandando al juez penal *ordenar* la reparación integral en la condena penal, también como función estatal (pública) que no precisa de la iniciativa privada (de oficio) : cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Córdoba, Córdoba, 1982, Primera

se frustró, al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir —otra vez— los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la tolerancia de su ejercicio en esa sede.⁸ Pero, además, es claro que el problema del daño causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la *determinación de la pena* concreta (CP, 41) y para la *rehabilitación* (CP, 20 *ter*), y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador conjunto) en los delitos de acción pública (CPP nacional, 170; ver, también, CP, 72, II).

No se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. Y a la escena del debate penal actual la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo. Entre los primeros se cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente,⁹ y diferentes escuelas que pro-

parte, Tit. II, cap. II, págs. 29 y ss.; Vélez mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba, 1965, Cap. 1, 2 y 3, págs. 11 y ss.; Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, Cap. 7, 10, págs. 212 y siguientes.

8. Recuérdese que la tendencia originaria fue contraria, hecho del que es testigo el CPP nacional y la mutilación del capítulo dedicado a ello por su proyectista, Dr. Manuel Obarrio.

9. Cf., panorámicamente y con detalles bibliográficos, Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2a. ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, § 52,

curan cierta *despenalización*, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (*diversion*) y hasta los mismos *abolicionistas*, autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, reemplazando a la pena por otras soluciones —entre ellas, la reparación— para el conflicto, mecanismos culturalmente distintos del Derecho penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho penal alguno sobre esta última opción.¹⁰ Entre los factores negativos, todos cuentan el fracaso —en gran medida— de la política reso-

págs. 465 y ss.; la afirmación de que la *Victimología* ha impulsado desde hace años la transformación, en el sentido expresado, del sistema penal, es hoy un lugar común: cf., por todos, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit., pág. 1147, con indicaciones bibliográficas específicas (nota 2); y Weigend, Thomas, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", W. de Gruyter, Berlin-New York, 1984, n° 96, págs. 761 y ss., quien da a conocer las distintas direcciones, algo caóticas, según las cuales trabaja la victimología, sus logros prácticos y, en especial, la principal bibliografía en inglés.

10. Cf. Roxin, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Schöch, Heinz, Ed. W. Fink, München, 1987, pág. 41; Hulsman, Louk, y Bernat de Celis, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Peines Perdues. *Le Système pénal en question*, de Politoff, Sergio) [*Sistema penal*], Ed. Ariel, Barcelona, 1984; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, cit. Un excelente resumen sobre los puntos de partida de esta corriente de opinión (subjetivación y particularización del conocimiento de la realidad, destacando, precisamente, las notas concretas del caso, por encima de su conceptualización), más valioso aún porque se logra también por comparación con la tendencia de la *criminología crítica*, emparentada a ella desde el punto de vista de la crítica del sistema penal como expresión del poder y del control social del Estado capitalista, en la tesis de maestría de Giesen, Hans P.J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones - problema. Un estudio en Buena Vista, Maracaibo*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, enero de 1989, Introducción y Cap. I, págs. 1 y ss.; allí se verá bien marcada la tendencia del abolicionismo a criticar la "alienación" del conflicto por parte del sistema penal, mediante el mecanis-

cializadora y la frustración el tratamiento social-terapéutico.¹¹

II. Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal. Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del derecho penal,¹² y, en otros, bajo el punto de vista del Derecho procesal penal,¹³ preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica. Es

mo de "robárselo a las partes", y su orientación hacia la solución particularizada del caso por composición entre sus protagonistas (algunos más de aquellos principales, víctima y victimario), sistema de procedimiento —no penal— que denominan "manejo de situaciones-problema". Conviene leer, también, la introducción a la edición italiana de este último libro de Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en *No hay derecho*, Buenos Aires, 1990, año I, n° 1, págs. 4 y ss., para advertir como esa es una verdad relativa: "la forma principal de reapropiación [del conflicto social con connotaciones penales] no puede sino realizarse a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, entendido no sólo en forma pecuniaria. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del acto desviado, o bien satisfacciones acordadas entre los distintos sujetos *coenvueltos*, en la acción desviada (como el trabajo gratuito en favor de la víctima, o de la comunidad o del barrio, o en favor de propósitos socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto".

11. Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Straßverfahrensrecht*, cit., págs. 699 y ss., observa repetidamente a este movimiento político-criminal como provocado por una política criminal también unilateral: la *ideología del tratamiento*.

12. Por ejemplo, en Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., págs. 37 y ss.

13. Por ejemplo, Eser, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Straf-*

por ello, precisamente, que aquí comenzamos de la manera indicada en el título: se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Más allá de ello, se trata también de un problema que, como veremos, pone en juego la frontera entre el Derecho privado y el Derecho penal, de la mano de dos reacciones características de cada uno de ellos, la reparación y la pena. Tal resultado, que alerta nuestro sentimiento jurídico conceptual, pues para nuestra cultura actual la separación —y hasta estricta— de ambos ámbitos de relaciones es autoevidente en nuestro orden jurídico, no debe alarmar, puesto que sólo podrá emerger de la contestación a la pregunta sobre la racionalidad de responder al fenómeno delictual con una u otra reacción, o con ambas a la vez (en su caso, en qué medida y por cuáles medios), y no de la solución conceptual, especulativa, que demos al problema. De todos modos, hoy existen modelos casi “privados” en el Derecho penal (las acciones privadas) y “penales” en el Derecho privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral). Más allá de ello, el Derecho penal-estatal ha perdido interés en la llamada *delincuencia de bagatela*, que procura solucionar con medios próximos al Derecho privado (enmienda reparatoria a favor de la víctima, conciliación, ejercicio privado de la acción o instancia privada), y el Derecho privado, sobre todo en el ámbito del procedimiento judicial, reclama, con acento reformista, un subido tono oficial.

Es conveniente, también, señalar aquí las diversas formas que adquiere la discusión, según se desarrolle, preferentemente, en uno u otro ámbito, e indicar, asimismo, cómo los problemas que se presentan en uno de esos ámbitos son reflejados, cual un espejo, en el otro. La discusión principal en el Derecho penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines

verfahren, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 723 y ss.; Riess, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C. zum 55. Deutschen Juristentag, Ed. Beck, München, 1984.

de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos, el ingreso al catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

El tema, en el Derecho procesal penal, es conocido a través de la *participación acordada al ofendido en el procedimiento penal*, o de su *posición* en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, más allá, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público, de ampliar el ámbito de los delitos que él persigue, autónomamente, ensanchando el marco de valor de la autonomía de su voluntad, de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal, y, por fin, de la creación de ciertos institutos procesales (suspensión del procedimiento a prueba) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos en los delitos de importancia media y leves.

En el procedimiento penal, por lo demás, se menciona a quien ha sufrido el daño del hecho punible como *ofendido*; en el Derecho penal, en cambio, se lo nombra como *víctima*. Ambas denominaciones son, sin embargo, utilizadas como sinónimos.

Además, la cuestión consiste, tanto dentro del campo del Derecho penal como del Derecho procesal penal, en una ampliación considerable del concepto de víctima u ofendido, válido también para aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos transindividuales (colectivos o universales). Las asociaciones intermedias, constituidas, precisamente, para la

defensa de ciertos bienes jurídicos, o cuyo objeto coincide con la defensa de algunos de ellos, constituyen, en este ámbito, el principal foco de atención.

III. Según se puede observar, se trata, principalmente, de un tema político-criminal, que hoy ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, casi se podría decir, era “enemigo de la víctima”, al menos en el sentido de que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello; hoy el movimiento reformista exige, en cambio, como meta final a alcanzar, una inversión de la situación, tal que se privilegie la reparación, en todo caso individual, por referida al caso concreto, por sobre el interés estatal en la pena. Precisamente, 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, pues hasta ahora las soluciones, en la práctica, no han rendido demasiados frutos.¹⁴

14. Consciente de chocar con estos problemas fundamentales, Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pág. 767.

Para ello se indica e intenta varios caminos. Uno tiene la impresión clara de que en este tema no es posible hallar soluciones 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, como, en realidad, sucede con todos los temas cuando reclaman ser operativos. Pero en este problema, sin embargo, se advierte también que las decisiones que se tome en el nivel del Derecho penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales.¹⁵ Esta es la razón por la cual precede a toda la exposición sobre la posición jurídica del ofendido en el procedimiento penal, una reflexión de carácter político-criminal referida, fundamentalmente, al Derecho penal material.

No se pretenda hallar aquí más que una indicación de los problemas y ciertas reflexiones provisionales sobre ellos. El tema debe ser trabajado, sobre todo entre nosotros, que no hemos ingresado aún al debate.¹⁶ Aquí sólo se pretende, en principio, informar sobre la existencia del problema y su discusión, con ello dar impulso inicial a la reflexión sobre él y, en la medida de lo posible, informar sobre la literatura jurídica que nos ha sido posible consultar.

15. Así, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 706.

16. Cf., entre nosotros, Jiménez de Asúa, Luis, *Estudios de Derecho penal y criminología* ("La llamada victimología"), Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1961, págs. 22 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1982, págs. 251 y ss.; la reseña sobre victimología en Latinoamérica, por cierto pobre, en Carmen Antony, *La victimología en América Latina*, en *Ilanud*, año 5, nros. 13-14, Costa Rica, 1982, págs. 62 y ss.; recientemente, sobre la importancia de la victimología en el movimiento de transformación y ampliación del objeto de la criminología, García-Pablos de Molina, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, págs. 633 y siguiente.

2. La discusión en el Derecho penal material ¹⁷

a) Privatización del Derecho penal

Algunos esperan, cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano, una *privatización* del Derecho penal:¹⁸ la *reparación* toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción sino, en general, a la aplicación del Derecho penal; la *composición* privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal. Son tocantes las ideas del Prof. Maihofer, según el informe de Weigend: aquél se preguntaba "...cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a

17. Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., págs. 37 y ss., quien presenta, esquemáticamente, las soluciones posibles para quien mira positivamente el instituto de la reparación en el Derecho penal.

18. Cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., pág. 747. Yo mismo soy de la idea de que esto ocurrirá dentro de ciertos límites, más aún si el tiempo no se cuenta según nuestra existencia personal, en todo caso efímera, sino históricamente. En contra, Riess, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., C, I, pág. 46 (Nº marginal 60).

la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal.”¹⁹

Por supuesto, las propuestas en este sentido, de un Derecho penal “privatizado”, son escasas, en primer lugar, y, después, de extensión muy diferente. Sólo unos pocos se refieren a la privatización del conflicto social base del caso penal como una solución integral, precisamente los *abolicionistas*, que pretenden *reemplazar el Derecho penal totalmente como forma de solución* de los conflictos sociales y, por tanto, no confunden reparación con reacción penal, sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal.²⁰ Otros, menos radicales en sus soluciones, más pen-

19. Cf. Weigend, Thomas, *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld) [Tagungsbericht]*, en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, n° 93, Ed. W. de Gruyter, Berlín-New York, 1981, págs. 1283 y ss., quien da a conocer la opinión general del Prof. Maihofer (traducción propia).

Se puede agregar que la idea allí desarrollada no es una originalidad del autor sobre el cual se informa o de cierta parte de la doctrina alemana: la fuerza extraordinaria del movimiento hacia la víctima del sistema penal en el Derecho americano del Norte (parcialmente: en el Derecho anglosajón), con todas sus derivaciones e implicaciones, hasta el punto de exigir enmiendas constitucionales para consagrar los denominados *derechos de las víctimas de delitos*, en Stark, James and Goldstein, Howard W., *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-New York-London-Sydney-Auckland, 1985; en especial sobre el derecho a ser protagonista principal del procedimiento penal, a *participar en el sistema judicial en materia penal*, Cap. II, págs. 19 y ss.

20. Cf. también, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pág. 41, quien observa, con razón, “que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es distinta esencialmente de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho Penal” (trad. propia). Cf. Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal*, cit., en especial nros. 29 y 30, págs. 76 y ss., nros. 51 y ss., págs. 116 y ss., y Christie, *Los límites del dolor*, cit. XI, específicamente págs. 128 y ss., para quienes esa sentencia es autoevidente.

dientes de nuestro tiempo y de lo posible culturalmente, colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobreviene la reparación; la propuesta, desde el punto de vista teórico, es idéntica a la anterior, aunque reducida en su ámbito de aplicación: la *despenalización* de ciertos comportamientos.²¹ También esta propuesta se desarrolla para evitar el ingreso en funciones, la aplicación, del Derecho penal. Ambas propuestas tienen de común que logran invertir el modelo: en lugar de que la pena, preferida a la reparación, torne a esta última imposible por su ejecución, colocan a la reparación *delante* de la pena.

Las protestas contra ese modo de proceder no son difíciles de imaginar. Todas tocan puntos neurálgico del origen del Derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales llamadas delitos del Derecho penal, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquél que determinó su ingreso específico al campo del Derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto, que intentó responder no sólo al interés privado. De ella se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, que no deberá pagar "sobreprecio" por el delito cometido.²² La segunda objeción

21. Roxin, *ibidem*, págs. 43 y ss., menciona aquí dos ejemplos: § 167 del nuevo Código Penal austriaco, en tanto, ampliando el ámbito del desistimiento de la tentativa, como causa de exclusión de la punibilidad, permite prescindir de la pena, en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, siempre que la reparación o, por lo menos, el compromiso compensatorio, se lleve a cabo antes de que la autoridad conozca el delito; la propuesta alternativa sobre una Ley sobre el hurto en tiendas, en la República Federal de Alemania, permitía, bajo ciertas condiciones, prescindir de la pena y de la persecución por el pago de una reparación (enmienda a la víctima) elevada (el doble del precio comercial de la cosa).

22. Escuché de Sebastián Soler la anécdota de que un ciudadano romano, que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la Via Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Cf. la objeción en: Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 710 y siguiente.

reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho penal 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".²³

b) Oficialización del derecho reparatorio

Frecuentemente se piensa también al revés, en una "publicización" de la reparación civil, esto, es en constituir a la reparación en una pena o sanción del derecho penal, al lado de las penas ya existentes, integrando el catálogo sancionatorio del Derecho Penal.²⁴ Este camino fue el que recorrió el impulso del positivismo criminológico, según fue dicho, impulso que, en nuestro país, sólo fue frenado por quienes pusieron de relieve la independencia básica de las acciones penal y civil, conforme al CC, 1096 y cc.²⁵

23. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pág. 44.

24. Los autores de Derecho civil han pensado así de la reparación del daño moral, a la que han considerado directamente una pena pecuniaria a favor del lesionado por el hecho (enmienda) o, cuando menos, han descubierto en ella ingredientes sancionatorios: cf., con abundante bibliografía extranjera, Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil - Obligaciones [Tratado]*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, Cap. X, nros. 255 y ss., ps. 329 y ss. También los procesalistas civiles postulan, casi al unisono, una recreación autoritaria del Derecho procesal civil, en desmedro del principio dispositivo (autonomía de la voluntad), movimiento con algunas características similares, cf. en la literatura argentina, Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, págs. 115 y siguientes.

25. Cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, cit., Primera parte, Tit. I, 3, págs. 25 y ss.; Tit. II, Cap. I, págs. 23 y ss. y Cap. II, págs. 34 y ss.; Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, cit., Cap. I, págs. 7 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, nros. 6 y 7, págs. 29 y ss., Cap. 7, nros. 9 y 10, págs. 211 y siguientes.

Precisamente, contra esta independencia chocan quienes se proponen una reforma de tal magnitud. Y la oposición es grande, conceptual, pues proviene de uno de los fundamentos del orden jurídico actual; en nuestra organización social, base para la existencia del derecho privado patrimonial: el derecho de propiedad (privada) y sus reflejos, el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo. En la práctica, esta razón es la que hizo fracasar los impulsos positivistas en nuestro país: la imposibilidad de obligar a la víctima a aceptar las acciones reparatorias del autor, más simplemente, a tomar dinero del autor, y, más allá de ello, la necesidad de que la víctima exprese su voluntad en el sentido de pretender la reparación. Según se observa, una solución como la propuesta acerca de otra manera los extremos, Derecho penal y Derecho privado, en tanto, al menos para el ámbito del derecho reparatorio proveniente de un delito penal, amenazamos con disolver la pretensión civil en una sanción penal, justamente el punto extremo inverso al examinado anteriormente. Los penalistas no debieran insistir, a mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del Derecho autoritario.

Se ha observado que para convertir la reparación en una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de su característica principal y de su ventaja fundamental frente a la pena: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio.²⁶ Este es, sin embargo, un argumento político de efecto, pues la reparación, supuesto el reclamo de la víctima o del portador del derecho reparatorio, se convierte en coacción estatal cuando se agotan los caminos del acuerdo. El problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coerción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la “publicización” de la pretensión resarcitoria —si aún le conviene ese nombre (mejor: estatalización)—, se trae a juego

26. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pág. 45.

otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía. El Derecho autoritario crece. De tal manera, el problema es siempre el mismo: la pregunta acerca de si estamos dispuestos a superar la división trazada entre el Derecho privado y el Derecho penal, una vez que éste último apareció en escena como pura reglamentación del poder estatal.

También se trata de un aumento aparente, opositor a la "publicización" de la reparación, aquél que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como el *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad de aplicación que suponen tales principios.²⁷ En verdad, con prescindencia del resultado del procedimiento penal, el Derecho civil conoce reglas reparatorias del daño que funcionan "objetivamente", en el sentido de que su principio fundante no es el reproche del comportamiento injusto, sino, antes bien, el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro, sin causa legítima que lo autorice. Así se funda, por ejemplo, la necesidad de reparar de quien, en un estado de necesidad justificante (CP, 34, inc. 3), daña la cosa de otro para evitar una lesión mayor, referente a un bien jurídico del que es portador.²⁸ Las reglas de Derecho privado permitirían, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad.²⁹ Si ellas no son derogadas, el ofendido

27. Cf. *ibidem*, pág. 44; reproche de Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 721.

28. Quien con mi abrigo apaga el incendio de su casa; o aquél "a cuyo favor" se apaga el incendio, a pesar de no haber intervenido en la acción de salvamento.

29. Siempre tuve la sospecha de que la compensación de daños, incluso la proveniente de un delito, penal o meramente civil, se vinculaba con una *regla distributiva*, tal como la teoría del enriquecimiento sin causa legítima, y no con el reproche al autor de un comportamiento antijurídico de lesión de un bien jurídico. Otro ejemplo se puede hallar en el Derecho público: el Estado responde por los daños que ocasione en el ejercicio de su actividad legítima (cf., esquemáticamente, Cassagne, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la respon-*

podrá acudir a ellas para lograr aquello que la enmienda, esto es, la pena de reparación a su favor, no logró. Y no se diga que existe *bis in idem*, porque el ofendido no puso de manifiesto su pretensión resarcitoria, fundada en el daño sufrido, no demandó, según las reglas de Derecho privado lo autorizan, y, por ello, nadie decidió sobre esa pretensión legítima; y, si lo hizo, esto es, si demandó, por ejemplo, en el procedimiento penal, entonces es correcta la aplicación de la fuerza de clausura de la cosa juzgada.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciable pena estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación, como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, constituye la verdadera pregunta a responder.

c) Reparación y funciones del Derecho penal

A esta última pregunta intentan responder, positivamente, quienes integran la reparación del daño a algún fin mentado por la pena estatal;³⁰ y también, negativamente, la crítica a esa posición.

sabilidad del Estado, El Derecho, Buenos Aires, 1982, t. 99, págs. 937 y ss., en especial, págs. 940 y ss.; idem, *Derecho administrativo* (2ª ed.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. I, Tit. 2º, Cap. III, págs. 269 y ss.); si sólo esbozo el problema es por la escasez de conocimientos sobre él.

30. Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., XIII y ss., págs. 45 y ss., cuya idea será tratada en el texto; más detalles bibliográficos en la República Federal de Alemania, en ese artículo.

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho penal. Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, que puede cumplir, incluso con mayor propiedad, la pena pecuniaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquél plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *prevención integral*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción —y que, en esos casos, debe cumplir la reparación—, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del Derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

No es posible aquí extender la explicación sobre los fines de la pena. En concreto, la reparación —antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible— reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Empero, quienes piensan así presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente, obligación de castigar en el caso particular y, además, como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidia-

rio del Derecho penal exige esta última solución.³¹

No es de extrañar que bajo este punto de vista se pueda incluir el trabajo de provecho para la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria) para la solución de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

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.³² Es fácil deducir que la crítica sólo puede tener carácter especulativo. Aquella que cree hallar oculto un regreso a la idea retributiva de la pena³³ es tan injusta o tan cierta como la afirmación de que, tras de los fines utilitarios atribuidos a la pena, se esconde la retribución o, peor aún, la mera justificación de la utilización coactiva del poder político.³⁴ De la misma manera, la crítica principal, que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, me parece a mí fundada en una afirmación

31. Roxin, *ibidem*, pág. 50.

32. Roxin, *ibidem*, XII, pág. 49.

33. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, pág. 709 y siguiente.

34. Cf. Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en *Poder y Control*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, págs. 77 y siguientes.

absolutamente dogmática,³⁵ tan cierta, o incierta, tan justa o injusta, como la opinión criticada: a propósito de que "El Derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de la pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas",³⁶ satisfacer a la víctima no es función del Derecho penal, sino del derecho privado. Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un delito ... hasta que se integre a ellos, no puede ser función del Derecho penal ... hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel estado que debió tener sin la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al estado que tenía antes de cometido el delito o procurar que arribe a otro estado, según los deseos del orden jurídico. Si esta proposición política es racional, la pregunta sigue siendo la misma: ¿en qué medida y cómo puede el Derecho penal, con sus medios y formas de proceder, cumplir esa función, arribar a esta meta?

d) Decantación de la discusión y propuestas concretas

I. Me parece evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del Derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación. Al menos por un tiempo que supera nuestro tiempo existencial y que alcanzará dimensiones históricas imprevisibles para un ser humano, conviviremos con el Derecho penal y con sus formas de expre-

35. Weigend, *Tagungsbericht*, cit., pág. 1283, informa acerca de la misma opinión de Albin Eser.

36 Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, pág. 709 y siguientes.

sión. El presupuesto para que existan cambios visibles históricamente, es una nueva forma de organización social, posiblemente, una forma que coloque el ejercicio del poder político próximo a los ciudadanos que lo crean y conforman, participativa y más igualitaria en la distribución del poder que la actual.

Es probable que, hasta que aquello suceda, tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de encarar el conflicto, observan que ello conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del conflicto social en uno que sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y 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.³⁷

Empero, a decir verdad, el Derecho penal (estatal), cualquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia a los más débiles,³⁸ 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.

Ahora se puede observar cómo el movimiento a favor de la víctima no representa aquello que, quienes se oponen a su

37. Cf. Berizonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987, cap. I, en especial n° 5, págs. 5 y ss.; Cappelletti, Mauro, y Garth, Briant, *El acceso a la justicia*, Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983, págs. 39 y siguientes.

38. Cf. Sack, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en *Kriminologisches Journal*, 1971, pág. 397; detalles, con bibliografía, en Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2ª ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, § 41, 5, págs. 341 y siguientes.

ingreso en el Derecho penal, predicando de él: una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor, mejor dicho, a favorecer al autor.³⁹ Ese movimiento y las reformas que pretende se enmarcan, precisamente, dentro del mismo ritmo político-criminal que procura humanizar el Derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio liso y llano del poder estatal y, menos aún, con quienes, en definitiva, detentan el poder político.⁴⁰ Basta observar las soluciones propuestas que siempre colocan a la reparación en lugar de la pena o como determinante de su abreviación (*diversion*), para arribar a esa conclusión.

39. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, pág. 699 y ss. En contra, en el sentido de este texto, Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, pág. 1176; en el mismo sentido el resumen de las palabras de Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegung zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, pág. 768: "La víctima debe agradecer, y no en último término, su (re)descubrimiento al esfuerzo por la exorcización del criminal".

40. Me parecen casi onomatopéyicas las palabras de Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión de la 4ª ed., Leipzig, 1922), Ed. Scientia, Aalen, 1965, t. I, § 41, pág. 288, para defender la separación estricta entre pena y resarcimiento del daño: "la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda" (traducción propia). Conviene la lectura de todo el párrafo para advertir las diferencias entre pena y reparación, utilizada como sinónimo de consecuencia civil del injusto, en el sistema jurídico actual.

Existen contramovimientos y ellos tampoco se dirigen exactamente al núcleo de la cuestión, ni cristalizan en él, sino en instrumentos auxiliares: me refiero, por ejemplo, al reclamo de seguridad para los bienes jurídicos, fundamentalmente referido a ciertos delitos contra la propiedad, que cristaliza de una manera absurda, paranoica y apocalíptica, en el aumento casi sin límites de la reacción estatal, y de una manera más inteligente para alcanzar el fin propuesto, en la creación de policías particulares, que procuran seguridad a los más fuertes, quienes terminarán utilizando el Derecho penal en su provecho.

Creo ver en el Derecho privado, como espectador, movimientos similares: por un lado, la pretensión de que los menos favorecidos accedan al servicio de justicia estatal; por el otro, la creación de servicios de justicia privados por parte del poder económico, para resolver los

Por el momento, si se mantiene la concepción de la pena estatal y del Derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema.⁴¹ Secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante.

II. No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, expropiando otra vez derechos de la víctima y transformando un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico.

Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del Derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el Derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido, pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.

III. No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal.⁴² Si el

conflictos de intereses de los portadores de ese poder, especialmente de las compañías multinacionales, que por distintas razones, algunas de ellas prácticas, muy concretas y reales (falta de eficiencia, de predictibilidad, demora insoportable, carestía), no se somete a la justicia estatal, ni a sus reglas, procurándose un mejor servicio, según sus posibilidades económicas.

41. Por ello son coherentes los *abolicionistas*, que quieren destruir esa concepción, antes de imponer otras soluciones al conflicto, como la reparación (ver nota 10).

42. Cf. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino* (4ª ed., 8ª reimpresión total), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, págs. 2 y s.; *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código penal*, en *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 53 y ss.

Derecho quiere conservar el estado de mundo hoy existente y, para ello, prohíbe ciertas acciones que lo transforman o manda otras acciones para impedir su transformación, lo más adecuado es dejar que el agente o el omitente reparen la consecuencia de su obra o de su falta de acción, colocando el mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su inferencia activa u omisiva ilegítima. El mismo proceso, aunque al revés, se repite cuando el Derecho desea que el mundo cambie y, para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado normal o manda obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurará entonces, como solución ideal, colocar el mundo en la posición deseada, impedida por su acción o no lograda por su omisión, ambas antijurídicas. No todo quedará igual, porque se habrá perdido, seguramente, el tiempo, y esta variable significa demasiado para nosotros, existentes durante un lapso muy limitado.

Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales, si se parte de la afirmación, por lo demás común, de que esas eran las posiciones establecidas por la legislación como valiosas, razón de ser de las normas de conducta creadas.

La *reparación*, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema penal vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso, con mayor antigüedad, pero resulta, nuevamente, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

IV. El ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico-penal generalizado, se aparta de aquellos delitos graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio grave de la violencia física o la amenaza de ella). Son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, 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. También el agente juega un papel negativo en la determinación del campo de acción de la reparación, pues su insistencia en la comisión de hechos punibles eleva considerablemente el sentimiento de necesidad de seguridad por parte de la comunidad jurídica y, como consecuencia, la insatisfacción de la generalidad con el esfuerzo reparatorio del agente como mejor modo de solución el conflicto. Por esta razón, el ámbito de los delitos de mediana gravedad y el de los delitos leves, y el de los autores que, al menos, no pueden ser considerados como ejerciendo una profesión delictiva (carrera criminal), es, hoy en día, el área natural de influencia de la reparación en el Derecho penal. Estos marcos y la argumentación que los sostiene sólo pretenden fijar ciertos límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, pues aquí sólo se trata de eso, del *ingreso de la reparación al sistema* y no de la abolición del sistema mismo. Por supuesto, esos marcos son discutibles, sobre todo particularizadamente, como ocurre, por ejemplo, con la violación. Se trata, en fin, de no dificultar las cosas para la meta propuesta, estableciendo ciertos límites racionales para la discusión.

Si tenemos en cuenta estas limitaciones, lo primero que cabe exigir es que la pena no dificulte más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Para ello es preciso colocar a la *reparación delante de la pena*, sobre todo, antes de la pena de multa,

cuando, como en el Derecho penal moderno, ella está extendida como posibilidad punitiva de numerosos hechos punibles.⁴³ la *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo para la reforma del Derecho material. El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio para el pago de la multa, pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, entre nosotros, para el comienzo de la inhabilitación profesional. El segundo camino es, principalmente, un incentivo para la reparación, en tanto ella, llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. La mayor o menor incidencia de la reparación en la pena y la forma según la cual se realiza la compensación son tareas de determinación en detalle, que debe cumplir el Derecho positivo, imposibles de abarcar aquí.

Este —llamado por nosotros— segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí sólo enunciaremos: a) reparación como instrucción de la condena condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir

43. Cf. Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pág. 39 (nº marginal 46).

durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal. Todas las vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena. También aquí la elaboración legislativa determina en detalle el alcance del propósito.⁴⁴

Se puede observar con facilidad, que todos los criterios expresados no son manifestación de la coacción jurídica, en sentido propio, esto es, dependen, en principio, de la voluntad del agente y, en menor medida, de la víctima. Ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal. Tal manera de introducir la reparación al sistema penal cumple con el postulado político de respetar la autonomía de la voluntad

44. Se cita como ejemplo de solución privada y autónoma para el conflicto social en el que reside un caso penal y, por ello, también como ejemplo de reemplazo de pena por reparación, el § 167 del CP Austria, que prevé como causa de exclusión de la pena la reparación de los daños por el agente o, cuando menos, la asunción contractual de la obligación de reparar, antes de que las autoridades de la persecución penal hayan tomado conocimiento del hecho, en numerosos casos de delitos contra la propiedad. He aquí un criterio legislativo concreto que, a pesar de realizar el propósito de privilegiar la reparación, mezcla criterios valorativos diversos (la clase de delito y cierto respeto del criterio de legalidad en la persecución penal, convertido aquí en criterio temporal para la aplicación del beneficio). A favor y en contra de la regla austriaca, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., VI, pág. 43, y Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 710.

Puede verse, como ejemplo, las soluciones legislativas propuestas en el Pr. CPP Guatemala, 11 y ss. y Pr. Ley de reformas mínimas CP Guatemala, para la suspensión del procedimiento a prueba y la condena condicional: característico de esas propuestas es el impulsar la conciliación con la víctima o la reparación del daño causado, en el modo o en la medida posible para el autor, como condición para que proceda la alternativa para la persecución penal y la pena.

tanto del agente, como de la víctima, para que ellos, en lo posible, compongan el conflicto y, además, privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas. Para el autor ha variado el punto de vista del Derecho penal sobre la pena, indisponible por naturaleza y aquí disponible para él en su cumplimiento, en un margen pequeño pero apreciable para el juego de su voluntad; la víctima conserva su derecho de perseguir privadamente, si no acepta la composición privada.

V. Es importante, también, el concepto de reparación. Él demanda debates monográficos.⁴⁵ Empero, en lo que aquí nos interesa, basta indicar el concepto básico y sus derivados. Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (sustitución al *statu quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo: la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por *resarcimiento económico del daño* (*indemnización*). Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original.⁴⁶ Importante es el acuerdo compensatorio y la inteli-

45. Cf. como ejemplo entre nosotros, Orgaz, Alfredo/Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

46. El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo.

gencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado.

Pero aún es posible pensar en el interés social dañado por ciertos delitos, aquéllos que lesionan bienes jurídicos colectivos o universales, y en su reparación por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado,⁴⁷ 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.

VI. Unido íntimamente a este debate queda, también, 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). Colocar al Estado como portador de estos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece. Esto explica la irrupción, en este rubro, de las *asociaciones intermedias*, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado.⁴⁸

47. Piénsese en los delitos contra el medio ambiente, la "reparación" del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación.

48. Esta solución en el Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4, que se ocupa, por primera vez entre nosotros, de definir el concepto "víctima", anticipando el papel importante que le acordará en el sistema penal; sigue, así, al Pr. CPP modelo para Iberoamérica, 78 y su nota (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, y Maier, *DPPa*, cit., t. 1a, págs. 289 y ss.), aunque modificando su sistema y algo su contenido, que resultan, ambos, perfeccionados. Ver, también, en esa línea, el nuevo CPP Italia (1989), 91.

3. El problema en el Derecho procesal penal

a) Presentación

I. En el ámbito universal, ya no son defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal, bajo el prejuicio justificante de su expulsión inicial: la venganza privada o el procurarse represalias, al fin y al cabo una suerte de *retribución privada*, idea que, trasformada en interés público, con otro estilo argumentativo, explicó y explica aún hoy, parcialmente, la pena estatal.⁴⁹ Este, por lo demás, es un prejuicio nunca demostrado; por lo contrario, si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada (sobre la base de un procedimiento conciliatorio-arbitral previo a proponer la acusación y como exigencia para ella), en la única investigación empírica que conozco,⁵⁰ se puede decir que la figura de la víctima "vengativa", al menos excluyendo los delitos de mayor gravedad y mediando el procedimiento judicial, no

49. Roxin, Claus, en su trabajo sobre *La reparación del daño en el sistema de los fines de la pena (Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit.), IX, pág. 47, admite que "muchos elementos de la teoría de la retribución regresan transformados en las teorías preventivas predominantes"; cf., en sentido contrario, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, Cap. 4, IV y V, págs. 201 y ss., quien, decidido partidario de la pena *expiación* o *retribución* (teorías absolutas), admite el juego de fines preventivos, dentro del marco de la culpabilidad.

50. Bierbauer, Falke, Koch, *Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedsmannsinstitution*, en Bierbauer y otros (al cuidado de), en *Zugang zum Recht*, 1978, págs. 141/148, según la cita de Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit., pág. 1158, notas 39/41: más del 50% de los casos y hasta el 68%, en alguna circunscripción, son solucionados por conciliación; pero se sabe también que un porcentaje similar de los restantes arriban a una conciliación informal y, además, que sólo se persigue penalmente, llevando adelante el procedimiento restante, la mitad de los casos en los cuales la conciliación fracasó.

existe o existe en sus justos límites: la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él le repare el daño causado por su acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara, y, según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además, es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento.

Como, según se ha visto, tampoco existe hoy la necesidad de crear una frontera estricta entre el Derecho privado y el Derecho penal, entre reparación y pena, de modo que una u otra, o ambas en conjunto, pueden ser medios eficientes de control social, de justa retribución o servir como instrumentos preventivos suficientes, según el caso y según se quiera, carece de sentido excluir a la víctima del procedimiento penal.

Lamentablemente, los dos argumentos mencionados son todavía utilizados entre nosotros, la mayoría de las veces para impedir, con cierto efecto, reformar necesarias. El primer argumento, relativo a la introducción de la venganza en el procedimiento penal, fue utilizado en nuestro país hace más de cincuenta años para defender el punto de vista que expulsaba a la víctima del procedimiento penal oficial, expulsión que materializaron los códigos —llamados entre nosotros— modernos.⁵¹ Ese resultado podía ser justificado en aquella época, de incorporación de las reformas decimonónicas. Hoy se utiliza el argumento de manera conservadora, para volver a expulsar a la víctima de un procedimiento penal —el federal— que le concede algún protagonismo y para evitar la creación de nuevos caminos participativos.⁵²

51. Cf. *Exposición de motivos*, CPP Córdoba (1939), Ed. oficial, Córdoba, 1941, págs. 26 (4º) y 36 y s., opinión de sus proyectistas, Soler, Sebastián, y Vélez Mariconde, Alfredo; Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado*, cit., nº 559 y ss., págs. 347 y ss. Esa corriente de opinión afectó también al CPP Costa Rica, que excluyó a la víctima de cualquier papel como acusador en el procedimiento penal.

52. Cf. la opinión de Levene (h), Ricardo, y Frank, Jorge L., en

El segundo argumento —estricta separación entre Derecho civil y penal, entre reparación y pena—, sigue vigente en el Derecho positivo de nuestro país, a pesar de que, en el CP vigente, art. 29, hay motivos para expresar dudas originarias. El argumento sirvió para intentar impedir —sin idoneidad alguna— el ingreso de la cuestión civil al procedimiento penal.⁵³ Pero la inidoneidad del legislador para realizar su propósito, aquellas dudas y la influencia decimonónica francesa, a través de los códigos italianos de 1913 y 1930, condujeron a una regulación adecuada del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal.⁵⁴ No se trata, en principio, de derribar por completo la separación, sino de crear cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño.

Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código procesal penal de la Nación, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989, I, págs. 27 y 28, y t. II, págs. 34 y s. y 44; en el mismo debate, pero a la inversa, proponiendo mayores facultades: D'Albora, Francisco J.; Federación Argentina de Colegios de Abogados; Llerena, Patricia, t. I, págs. 27 y 28, y t. II, pág. 76.

53. El Proyecto de CPP Nacional, de Manuel Obarrio, contenía la regulación de la acción civil, ejercida en el procedimiento penal. Durante su tratamiento legislativo, acudiendo al argumento separatista, se pensó esta posibilidad como inconveniente: manos inidóneas, que siempre existen, se dieron a la tarea de suprimir el capítulo referido al ejercicio de la acción civil, sin reparar en reglas fundamentales existentes en otros capítulos del procedimiento (CPP nacional, 411 y cc., 425 y cc., 463, 495, regla cuarta, inc. 4, 496, inc. 1 [actualmente, inc. 2] y 567), que permiten hoy plantear la acción civil, junto con la acusación privada, para ser decidida en la sentencia. Cf. Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*, cit. Cap. III, 4, I, págs. 85 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, n° 6, págs. 29 y siguiente.

54. Cf. sobre ello la opinión extranjera, favorable al Pr. CPP Nación (1986), de Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., pág. 734, proyecto que, a pesar de ciertas innovaciones de detalle, procede de ese movimiento.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento, se vincula a la posición en él del imputado, debilitado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, en casos específicos.⁵⁵ Este es un argumento de peso, pues, en la situación ideal para la crítica, un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores, que, incluso, disponen de asesoramiento jurídico adecuado, del cual él, quizás, no dispone. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, el ministerio público, auxiliado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, desbalanceaba las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, eran necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos jurídicamente, la balanza.⁵⁶ Por encima de las exageraciones circunstanciales, colocadas allí como modo de indicar el problema y, por otra parte, sólo solucionables en los casos concretos y con remedios concretos, dentro del ámbito discrecional que la ley procesal concede para lograr un proceso justo, el problema es real y existe, aún sin la intervención del ofendido en el procedimiento, según se ha visto; la intervención posible del ofendido magnifica el problema, ya existente.

II. Únicamente existen dos soluciones básicas del problema. La primera consiste en eliminar este incremento, sólo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema, como vimos, quedará allí subsistente, debido a la persecución penal oficial.

Eliminar a la víctima del procedimiento, sin embargo, no es sencillo para el Derecho procesal penal, pues la tarea adjudicada al procedimiento penal convierte en necesidad su asistencia; el Derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades, como sujeto de derecho en el procedimiento, pero no ha podido

55. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 714 y siguiente.

56. Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. 1b, § 6, D, 3, págs. 347 y siguientes.

prescindir de ella. Se conoce que el comienzo del procedimiento oficial torna imprescindible su presencia: casi el 90% de los casos ingresan al sistema penal por su información (denuncia o querella).⁵⁷ En el procedimiento oficial, su papel parece opacarse con posterioridad, hasta pasar a ser un actor de reparto; empero, si se trata de un juicio empírico, serán con seguridad pocos los casos en los cuales el Estado logra conducir un procedimiento hacia su meta sin el concurso del ofendido: tanto durante la investigación preliminar, como durante el juicio, será necesaria su presencia; de allí que se haya puesto cuidado en reafirmar su obligación de comparecer y declarar (ver 3, f, II).

La segunda solución consiste en tolerar el inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos quedó claro, aún sin expresarlo, que aquello que rompe el equilibrio no es, precisamente, la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal pública. El problema no se presenta en los delitos de persecución penal privada, donde se enfrentan víctima y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos estudiando, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteo de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios partícipes, frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella), y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de personería para perseguir, en caso de varios acusadores).

57. Las verificaciones empíricas son similares, en otros países, sobre todo en aquellos de sistema penal similar (persecución penal pública como regla): cf., por ejemplo, Kaiser, *Kriminologie*, cit., § 41, 1, pág. 331 (91 a 98% de los procesos penales iniciados por denuncia; en 73 a 86% de los casos, denunciante y víctima son la misma persona; se conocen resultados idénticos en el ámbito internacional). Resultado = la víctima es imprescindible aún para el sistema de control social directo.

Nuestro problema sólo tiene solución (abstracta) por la vía de la ponderación de los intereses en juego y, posiblemente, por la vía de la posibilidad de evitar graves dificultades para el imputado mediante algunos mecanismos jurídicos y prácticos. Por de pronto, hemos reconocido que el problema real lo plantea la persecución penal oficial; si ella no está en discusión, por razones político-culturales que aquí no viene al caso discutir, los remedios contra esta desproporción de fuerzas, malos o buenos, ya han sido estudiados (ver nota 56). Si el valor de la intervención de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca para la correcta defensa del imputado o si esas dificultades son a tal punto evitables, que el valor adjudicado a la intervención de la víctima las torna tolerables, resulta el único punto a discutir.

III. La división jurídica de un conflicto social en dos —o más— partes, una atendida por el Derecho privado y otra atendida por el Derecho penal, es, además de analítica, una ficción. Tal ficción se funda en el hecho de que el Derecho estatal reconoce que, mirado el conflicto social desde el atalaya de los daños reales que produce —o desde los daños inmateriales pero que recaen sobre una persona real, en el sentido de reconocida por el Derecho como existencia individual— rige para él el principio de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado, por la absoluta disponibilidad del patrimonio o la propiedad; en cambio, observado ese mismo conflicto social con los ojos del Estado, algunos de ellos ponen en peligro de tal manera la convivencia pacífica y la estructura del Estado, que merecen ser perseguidos oficialmente, inclusive sin consideración a la voluntad de la víctima real, pues el Estado, según se dice, juega el papel de protector de las condiciones elementales de la vida en común. Este es, según se observa, un motivo fundado en argumentos meramente políticos; esos argumentos reclaman, hoy en zonas diferenciadas y delimitadas de la vida en común, el control social directo de los ciudadanos que integran el Estado, de súbditos o subordinados, por parte del Estado, centro de imputación abstracta de un poder jurídico supraor-

dinado a las personas que viven a su alcance o bajo su dominio (territorio, nacionalidad, etc.). Esta es, también, la razón según la cual no todo injusto es punible: algunos de ellos sólo merecen reacción estatal, en tanto reaccione quien lo sufre y demande la intervención del Estado, precisamente porque, por sí mismos, no ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia social bajo una ideología determinada (injustos civiles o penales privados). Empero, el conflicto social como tal, el injusto jurídico, es único y toca, en primer lugar, los intereses reales de la víctima, jurídicamente reconocidos.

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas —el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales— resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible.⁵⁸ Es por ello que todas las “Alternativas a la Justicia” o “Alternativas al Derecho o a las formas jurídicas”, que intentan transformar la justicia estatal, por ineficiente, con mecanismos informales de superación de los conflictos, conceden a la víctima un papel central en su solución pacífica.⁵⁹ De todos modos, como ya observamos, el papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento.

Reconocer esta realidad en la regulación del procedimiento penal, permitiendo la participación de la víctima, tiene, así, carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político,

58. Cf. Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit. pág. 1152, desde el punto de vista de la psicología social.

59. Cf. Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., págs. 722 y sigs.

sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, 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.

Un segundo argumento aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El Estado protector de todos, de la generalidad, si esa fuera una realidad descriptible, como se postula, sólo procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.

Incluso este argumento, que concede al ofendido, como principal interesado, funciones de *contrapeso* y *control externo* del ministerio público y la policía, principalmente —también del aparato judicial en su conjunto—, es utilizable para justificar la ampliación del concepto del ofendido en relación a los bienes jurídicos colectivos o universales, la participación en el procedimiento penal de asociaciones intermedias, dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o cuyo objeto los alcanza, o, también, la existencia de alguna posibilidad de participación popular en el papel de acusador.⁶⁰

Ambos argumentos justifican, también, que el ofendido pueda participar en el procedimiento por el solo hecho de ser el portador —o el legitimado para la protección— del bien

60. Cf. CPP modelo Iberoamérica, 78 (nota) (en Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, y Maier, *DPPa*, cit., t. 1a, pág. 350); Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4; nuevo CPP Italia (1989), 91.

jurídico real —concreto o del caso— que la ley penal pretende resguardar, aun cuando el hecho punible no lo haya dañado. Nos referimos, en general, a la tentativa y a los delitos de peligro, incluso a los de mera actividad, que, mirados desde la acción típica, no provocan resultado (típico) alguno, y prescindimos de toda alusión al daño moral o inmaterial, que —se sostiene— siempre está presente (CC, 1078). En efecto, aun en esos casos la solución integral reclama la satisfacción de la necesidad de represalia de la víctima, si ella existe —que puede llegar por vía de la *solución conciliatoria* y la *disculpa* del agente—, a más del interés por el llamado “daño moral”; por otra parte, la participación del ofendido en el procedimiento penal cumple, como en los casos de lesión real del bien jurídico, e idénticamente, la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal.

IV. Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos.

Uno de estos excesos se produce por la intervención de varios ofendidos en el procedimiento. He allí el remedio de la *unificación procesal de los litis consortes*, bajo una *única representación* (CPP nacional, 201), para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado. 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.

El mismo defecto tiende a corregir la concepción de la participación del ofendido, en el procedimiento oficial, como *acusador adhesivo*.⁶¹ Ella supone que el ofendido toma parte en el

61. Esta fue la propuesta del Pr CPP Nación (1986), arts. 78, 269

procedimiento antes bien como colaborador y control externo del ministerio público, que como sujeto procesal absolutamente independiente. Por ello, no se permite, en esa concepción, que el ofendido persiga penalmente en forma autónoma: se impide que él acuse o recurra la sentencia —o cualquier auto que ponga fin a la acción o impida que ella continúe— autónomamente; sus quejas contra la actuación del ministerio público provocan o bien el control jurisdiccional (por ejemplo: cuando acusa contra la opinión del ministerio público), o bien el control por la vía jerárquica del propio ministerio público (recurso de casación interpuesto cuando el ministerio público no lo intenta). Si se persiste en un procedimiento penal oficial, cuyo principio básico es la persecución penal pública, resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido. Si, en cambio, se piensa lo contrario, es mejor autorizar al ofendido para que persiga por la vía de la acción privada.⁶²

Resta aún hallar remedio a la situación concreta de desventaja para el imputado respecto de la defensa técnica, cuando se enfrente a un acusador privado, poderoso en medios. Se debe advertir, sin embargo: que este problema es más general y no depende de la admisión de la participación del ofendido en el procedimiento, tanto es así que la cuestión acerca de la defensa técnica adecuada —y con ello no queremos nombrar sólo al defensor jurista— subsiste, aun eliminando esa participación; que la principal desventaja teórica, también en el sentido de la asistencia técnica, proviene del hecho de que el imputado enfrenta al Estado, que posee no sólo un órgano específico, capacitado en materia jurídico-penal, sino, además, gabinetes técnicos que lo asesoran en otras materias científicas o técnicas; que la cuestión se presenta, y con la misma intensidad, en sentido inverso, pues la víctima, que no cuenta con medios suficientes, necesita también asistencia técnica, sobre todo

y 339, y es la que domina en el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 78, 269 y 339; ver también, Pr. CPP Guatemala, 96, 289 y 360.

62. Esa solución propuesta por el Pr. CPP Guatemala, 17.

frente a imputados poderosos. Sentadas estas premisas, parece claro que la solución del problema es resorte del Derecho de organización judicial, en tanto él se ocupa de la asistencia técnica a quienes no pueden acceder a ella, y no depende de mayores o menores facultades concedidas al ofendido por las reglas de procedimiento.

V. Se desprende ya, de aquello que fue expresado, la existencia de dos caminos para incorporar a la víctima al procedimiento penal. El primero consiste en conceder poder real al ofendido sobre el caso penal, sobre la autocomposición privada del conflicto o sobre la búsqueda de una solución autónoma. Es el camino de la "privatización" del Derecho penal, en mayor o menor grado (acción privada o instancia privada, o bien, la misma autorización estatal).

El segundo camino consiste en tolerar la persecución penal pública y explicar de qué manera puede insertarse la víctima en el procedimiento penal y cuáles son las facultades que a ella se le deben conceder. Por lo demás, se puede emprender uno y otro camino, conjuntamente, conforme a diferencias fundables según la clase del delito, su gravedad, el bien jurídico comprometido y la incidencia del procedimiento como motivo de agravación de los efectos dañinos producidos por la infracción.

Estos dos caminos son, en realidad, tema del Derecho penal material, sobre todo entre nosotros, debido a la división constitucional de la competencia legislativa (Derecho material competencia del Congreso de la Nación y Derecho formal competencia de los parlamentos locales: CN, 67, inc. 11, y 104 y sigs.), pues —y no en último término— la elección significa establecer condiciones bajo las cuales una acción es punible, por la vía de fijar condiciones para su perseguibilidad. Sin embargo, la decisión por una de esas vías será tratada aquí dentro del procedimiento penal, por su importancia y efectos prevalecientes en él. La elección representa, en efecto, el cambio más radical que se puede pensar en la conformación y estructura fundamental del procedimiento penal.

A esos caminos se debe agregar la posibilidad, alternativa o

conjunta, de incorporación de la pretensión reparatoria civil al procedimiento penal (ejercicio de la acción civil).

Completa esta visión panorámica sobre el ámbito de regulación jurídico-procesal alrededor del ofendido, la protección de la víctima que no participa en el procedimiento como sujeto procesal activo, sino que es llamada a él con fines de información (testigo).

VI. No debe faltar, en esta introducción, la referencia de que nuestro Derecho positivo conoce ya todos los caminos posibles para la intervención del ofendido en el procedimiento penal.

El CP, 72, 73 y sigs. (CPP Costa Rica, 6), conoce los "delitos dependientes de instancia privada" y los "delitos de acción privada". Con ello, en mayor o menor grado, respectivamente, concede poder al ofendido sobre la persecución penal. Los códigos procesales argentinos, por ello, han debido adaptar un procedimiento especial a esta realidad jurídica, en el caso de los delitos de acción privada.

El CPP nacional, aquéllos pocos provinciales que hoy lo siguen y alguno de los llamados modernos (La Rioja), debido a la influencia del Derecho español antiguo, conserva al *querellante*, llamado *conjunto* o *acusador particular* por la doctrina,⁶³ que está facultado a perseguir, junto al ministerio público, pero de manera completamente autónoma, los delitos de acción pública. En cambio, los llamados códigos modernos, en general, eliminaron la intervención del ofendido como acusador en el procedimiento penal oficial.

Por último, la pretensión civil reparatoria, planteada en el procedimiento penal, es conocida, entre nosotros, por todas las legislaciones procesales penales y desde antiguo. Pero los códigos llamados modernos, bajo la influencia del Derecho

63. El primer nombre en Clariá Olmedo, *Tratado*, cit., t. II, nros. 546 y ss., y n° 558, págs. 343 y ss. y el segundo, por ejemplo, en Oderigo, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 230 y siguientes.

francés a través de la legislación italiana, han perfeccionado la incorporación de la *cuestión civil* al procedimiento penal.

No encontramos, en nuestra legislación positiva, preceptos de protección a la víctima que no participa en el procedimiento, sino que interviene en él esporádicamente, como informante y de manera coactiva.

VII. No está de más repetir, a esta altura del discurso, la necesaria coordinación de fines y metas entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. Cada uno con sus mecanismos propios puede auxiliar a la incorporación del interés (objetivado: bien jurídico) que perturba el delito, a la escena del sistema penal. Seguirá, en adelante, una sucinta enumeración de las posibilidades actuales del Derecho procesal penal, como realizador del Derecho penal sustantivo.

b) El caso penal como conflicto privado prevaleciente y la aplicación de la autonomía de la voluntad en el procedimiento penal

I. La admisibilidad de *acciones penales privadas*, esto es, excluidas por completo de la persecución penal y del procedimiento oficial, es, desde cualquier ángulo de observación, la excepción más profunda, y, a la vez, más pequeña en extensión, de la regla básica que gobierna la comprensión y estructura del procedimiento penal común: *oficialidad* = reacción directa del Estado ante la *notitia criminis* y apropiación del conflicto para su solución, *de oficio*. El Derecho penal se aproxima aquí, del modo más cercano posible sin perder su identidad, al Derecho privado. Esa vía es, por ello, la más recomendable para cumplir propósitos de "*privatización*" en el Derecho penal.

Empero, dentro de la organización estatal actual, esa vía se reduce considerablemente, pues corresponde a la naturaleza del Estado-nación, con un poder político central alejado del ciudadano, un Derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial (control social directo para las condiciones elementales de la vida social pacífica, dentro del sistema). Si se tiene

en cuenta tal limitación, justificada bajo la perspectiva de que el delito representa un daño social, por sobre el daño individual que pueda causar, la entrega de gran parte del poder penal a manos privadas siempre será una excepción en este sistema, y esta excepción deberá ser fundada en argumentos serios, que justifiquen, racionalmente, esa transmisión del poder. La absoluta supremacía del interés privado sobre el interés público, en tanto este último no se manifiesta —el daño social queda oculto—, conforme a la naturaleza del delito, sino a través de la ofensa privada, sentida como tal, según sucede en los actuales delitos de acción privada, es uno de esos argumentos. La excepción deja espacio para los delitos de escasa significación —bagatela—, existentes en casi todos los tipos penales, sobre todo en los delitos contra la propiedad (¡muy evidente!), por la imposibilidad del legislador de definir los comportamientos sin abarcar algunos insignificantes o de menor importancia, pues, en esos casos, también se puede afirmar que el daño social no es, por sí mismo, evidente o considerable, y sólo entra en consideración cuando lo expresa el portador del bien jurídico concreto dañado.⁶⁴ También aquí la valoración procesal es oportuna, pues el procedimiento llevado a cabo, sobre todo por su publicidad, puede perjudicar aún más el interés dañado por el hecho punible, razón por la cual se preferirá evitarlo cuando el ofendido, por esa causa, no autoriza su realización, consideración que justifica casi todos nuestros delitos dependientes de instancia (CP, 72: *streptum fori*); se agrega aquí, por lo general, que esos delitos, aun 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. Inclusive el mismo interés estatal puede anteponerse a la persecución pública, como sucede con el secreto oficial violado, que sufriría aun un desmedro mayor, si se lleva a cabo la persecución penal, argumento que fundaría

64. Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., págs. 776 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, cit., págs. 1160 y ss.

la necesidad de una autorización para perseguir del órgano estatal competente.

II. Sobre todo cuando delitos graves, por excepción, son ponderados a la luz de los criterios anteriores y el interés privado reclama atención por sobre el interés público, se preferirá admitir la *instancia privada* como solución, pues expresado el interés privado en la persecución penal, el interés público se libera de sus trabas y reclama la persecución del delito, conforme a su gravedad.

Es recomendable, sin embargo, prever la *retractación* de la instancia, 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.⁶⁵

La *autorización estatal* se debe tratar a semejanza de la instancia privada, analógicamente.⁶⁶

III. Es recomendable una revisión cuidadosa de toda la parte especial del CP y de las leyes penales especiales, que tenga por base la ponderación enunciada, para agregar al catálogo de los delitos perseguibles privadamente, o necesitados de la instancia privada o de la autorización estatal, aquéllos que sean justificados por los criterios anticipados. Tal incorporación puede ser específica, para un delito particular, por ejemplo, las lesiones o el homicidio culposos y las lesiones leves dolosas, o mediante una cláusula general, por ejemplo, delitos contra la propiedad cuyo daño no supere una suma determinada de dinero. Al mismo tiempo, al menos para la instancia privada y la autori-

65. Véase esa solución en el Pr. CPP Guatemala, 24.

66. En contra: Pr. CPP Guatemala, *ibidem*.

zación estatal, se debe alcanzar definiciones formales claras, con información exhaustiva previa al titular o titulares de la facultad, cuando ellos son conocidos y ubicables.

IV. La llamada "privatización" del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto (no de la ponderación abstracta, según se trató anteriormente) del interés comprometido o preferentemente comprometido. Nosotros mismos hemos recomendado el ingreso al Derecho penal argentino del principio de oportunidad, como modo de selección de los casos que son incluidos en el sistema penal (son perseguidos penalmente).⁶⁷ Precisamente, cuando el Estado renuncia a perseguir hechos punibles cuya persecución, en principio, le es debida, por falta de interés público, y se expresa el interés privado en perseguir penalmente, es viable la transformación de la persecución penal pública, permitiendo la privada, a expresarse por intermedio del procedimiento regulado para este tipo de acción. Las formas procesales para que ello ocurra son relativamente sencillas: se necesitaría sólo una adecuada noticia a la víctima de la decisión estatal y, en su caso, un plazo especial, respecto del de la prescripción, si se lo considera necesario, para que el ofendido exprese su voluntad de perseguir penalmente. Se debe advertir, sin embargo, que no todos los casos de oportunidad son adecuados para la transformación: no lo son, por ejemplo, aquéllos en los cuales el Estado tiene un interés especial en la falta de persecución penal.⁶⁸

La solución inversa, sólo instancia o acción privada allí donde el ministerio público no afirme interés por perseguir oficialmente, dentro de un catálogo limitado de delitos, es también posible, pero, a mi juicio, inadecuada políticamente; con ella se logra

67. Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. Ib, pág. 233 y § 8, C. 3, págs. 555 y ss.; ver también: Pr. CPP Nación (1986), 230 y ley complementaria de reformas al CP, 71 bis; Pr. CPP modelo Iberoamérica, 230; Pr. CPP Guatemala, 249.

68. Cf. las soluciones en el Pr. CPP Guatemala, 17.

que, en verdad, la voluntad privada desaparezca como condición de la actuación de la ley penal, pues basta la decisión del ministerio público, en el caso concreto, que afirma un interés público, para hacer desaparecer la condición.⁶⁹ Se observa que la solución es contraria a la concesión de poder a las personas privadas sobre el sistema penal y, por ello, retrógrada, según el punto de vista aquí aceptado, en general.

c) Ampliación del valor de la autonomía de la voluntad en la solución de casos penales; la reparación en el procedimiento

I. No se trata ahora de reconocerle al ofendido derechos relativos a la persecución penal autónoma (acción privada) o sobre la persecución penal oficial (instancia privada), sino, antes bien, de auxiliar a la víctima para que logre, sin demasiados esfuerzos, una reparación que merece, según el daño causado, o la disculpa del agresor, cuando sólo ella es del caso. La idea central que gobierna este capítulo y sus soluciones es, entonces, la reparación del injusto, la restitución al *statu quo ante* o al que debería tener si él no se hubiera cometido, tal como la estudiamos en el Derecho material. Al mismo tiempo, se trata, también, 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. Por lo demás, la utilización de la autonomía de la voluntad, como principio para la solución de conflictos sociales, es de tanto o más valor, si reparamos en que el principio no se aplica aquí para conceder a alguien derechos de persecución (coactivos)

69. CP, 72, inc. 2. Esa es la solución alemana respecto de los delitos que requieren instancia: cf. Zielinski, Diethart, *Strafantrag - Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen*, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, págs. 884 y s.; Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pág. 765, en especial nota 20.

sobre otro, sino, por lo contrario, para ofrecer o pactar, espontáneamente, al menos voluntariamente, una solución racional del caso.

Por supuesto, rige aquí también la máxima limitativa que, al menos en el actual estado del problema, sólo permitirá aplicar estas soluciones fuera de la zona de los delitos graves, esto es, preferentemente, en la zona de la criminalidad leve y media.

II. La *suspensión del procedimiento a prueba*, solución ya anunciada, será, posiblemente, el mecanismo más efectivo en el sentido expresado. Él consiste en abrir un compás de espera, durante un plazo que fija la ley o el tribunal, dentro de una escala que permite la ley, para perseguir la aplicación de la ley penal, plazo durante el cual se suspenderá el trámite del procedimiento bajo la admonición de cumplir ciertas instrucciones o indicaciones del tribunal; una de esas instrucciones puede consistir en la reparación del delito, en la medida de lo posible, o, simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado; al vencimiento del plazo, pasible de prolongación dentro del máximo legal ante la inobservancia grave de una indicación del tribunal, si él ha cumplido satisfactoriamente las instrucciones, la pretensión penal se extingue y el procedimiento se sobresee, a su favor, por esa causa; en caso contrario y, sobre todo, si el imputado comete un nuevo delito, la persecución penal continúa.⁷⁰

Precisamente por ello, porque la persecución penal puede continuar después de un tiempo, se exige, normalmente, que se trate de casos en los cuales el imputado ha confesado su delito o, por lo menos, aceptado los hechos imputados por el acusador, sin perjuicio de, eventualmente, incorporar otros que lo favorezcan o discutir el significado jurídico de los hechos.⁷¹

70. Ver la solución en el Pr. CPP Nación (1986), 231 y Ley complementaria de reformas al CP, 28 bis; Pr. CPP modelo Iberoamérica, 231; Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

71. En este último sentido, los proyectos citados inmediatamente antes.

La condición se justifica por la pérdida de elementos de prueba a raíz del trascurso del tiempo, mengua que no puede recaer sobre el acusador, ni sobre la víctima, pues, de lo contrario, haría fracasar la institución; el imputado, en cambio, debe correr él mismo el riesgo de no probar los hechos que lo favorecen y asegurar de antemano esa situación (incluso requiriendo al acusador público o al juez la realización de ciertos actos que permitan asegurar los medios de prueba para el futuro, como condición de su consentimiento). Otras condiciones se refieren, ordinariamente, a la gravedad del delito, o de la pena que se espera en concreto o a la forma de su ejecución (condicional).

III. Independientemente o en conexión con esta solución, se propone anexas al procedimiento penal un *procedimiento especial de restitución* o de *conciliación*.⁷² Con algunas deficiencias, nuestro Derecho positivo —y también el Derecho comparado⁷³— conoce instancias conciliatorias previas, para los delitos de acción privada. Un procedimiento de este tipo debería ser incorporado, aun para ciertos procedimientos por delitos de persecución oficial, siempre antes de la apertura del juicio, quizá, también, antes de la acusación, o como finalización de la investigación preliminar, a pedido de cualquiera de los interesados (ofendido o imputado), o por decisión de las autoridades de la persecución penal oficial (ministerio público) o del propio tribunal; el procedimiento, en todo caso, se debe llevar a cabo ante un juez excluido de integrar, eventualmente, el tribunal del juicio o ante un árbitro, con el objetivo principal

72. Cf. Schöch, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Ed., C.H. Beck, München-Frankfurt, 1984 (año 4º), III, 6, págs. 390 y s.; Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pág. 52; Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VIII, 2, págs. 719 y siguiente.

73. Ver OPP República Federal de Alemania, § 380.

de impedir que el contenido material de este procedimiento influya en la sentencia.⁷⁴ El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. Cualquiera de ambos puede, libremente, negarse a colaborar o a tomar parte en este procedimiento.

Ordinariamente, se fijan algunas condiciones iniciales para la admisión de este procedimiento. En primer lugar, juega aquí su papel la reducción de la solución reparatoria a los delitos leves o de mediana gravedad, y la exclusión absoluta de los delitos graves; hasta se postula que esta solución conviene sólo para aquellos casos en los cuales se espera, en concreto, la condena condicional o la suspensión condicional de la pena.⁷⁵ También se exige, como requisito de idoneidad para la aplicación del procedimiento, que el imputado haya confesado el delito. Con ello se pretende resolver el reproche fundado en que la realización de este procedimiento significa, prácticamente, una confesión para el procedimiento posterior (juicio), en caso de fracaso.⁷⁶

Como meta del procedimiento se postula por cierto, en principio, la conciliación entre imputado y ofendido y la reparación del daño eventualmente provocado, solución que, o bien evita la pena, con o sin condena, o la disminuye considerablemente. Si fracasa la conciliación, o el imputado no puede, por alguna razón práctica reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo

74. Los proyectos arriba citados usan el procedimiento intermedio para estos fines, específicamente, y para decidir acerca de la suspensión del procedimiento a prueba; y ese procedimiento, que en sí está pensado para admitir o rechazar la apertura del juicio (procedimiento principal), se lleva a cabo por jueces que no participarán luego en el debate y la sentencia.

75. Esta previsión en los proyectos argentinos citados, por reflejo de su referencia a la suspensión del procedimiento a prueba.

76. Schöch, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pág. 390. Para los proyectos citados no se requiere tanto: basta la conformidad del imputado con una imputación formal, con el o los hechos allí descriptos, sin perjuicio de que, de proseguir el procedimiento, el acusado pueda incorporar otros hechos favorables a él o discutir el significado jurídico de la imputación.

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.

De aquí depende otra de las objeciones principales contra este procedimiento: el agente queda al arbitrio de los deseos de conciliación de la víctima, hasta de la extorsión ejercida por esa vía y por el ofendido.⁷⁷ La objeción, que sólo se referiría, seguramente, a casos marginales, y no a la generalidad, es posible de remediar, en gran medida, con una regulación que no haga depender de la voluntad de la víctima, sino de la del agente, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o de disminuir la gravedad de esta última; un texto así se encuentra, para la *suspensión a prueba del procedimiento* en los proyectos aquí citados anteriormente: "... el acusado hubiere reparado el daño convenientemente, afianzare suficientemente esa reparación, demostrase la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba".⁷⁸

d) El ofendido en los delitos de persecución oficial

I. Esta es la segunda de las vías de participación plena del ofendido en el procedimiento penal. Es, como se sabe, conocida por nosotros, sin más limitaciones que aquellos delitos que toleran una víctima individual, en el procedimiento penal federal, y rechazada por el movimiento que conformó los llamados códigos modernos. Este es, según también se vio, un aspecto digno de reflexión y de reforma en la legislación procesal penal argentina futura, y, supuesta la necesidad de permitir el ingreso

77. Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 720.

78. Cf. Pr. CPP Nación (1986), 231, y Ley complementaria de reformas al CP, 28 bis; Pr. CPP modelo Iberoamérica, 231; Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

del ofendido al procedimiento penal oficial, antes discutida, existen dos modos principales de incorporarlo: concederle derechos autónomos para acusar —por ello llamado *querellante conjunto*—, al lado del ministerio público, o permitirle su intervención sólo en la medida en la que colabore con la persecución penal oficial y la controle —por ello llamado *querellante adhesivo*—. Esta última forma supone cierta accesoriedad de la persecución penal del ofendido, que depende, en último término, de la persecución penal oficial. Tal accesoriedad, vista desde el ángulo de observación afirmativo, supone siempre la pendencia de la acción pública, como condición del ejercicio de la acción privada —por cierto, en los delitos de acción pública—, cualquiera que sea el grado de autonomía procesal que se decida para la actuación del acusador adhesivo. En razón de ello es que, desde el punto de vista negativo, al acusador adhesivo no se le permite, básicamente, requerir la apertura del juicio (acusar) o recurrir la decisión final, autónomamente. Tales actos, cuando son producidos por el querellante adhesivo en presencia de un comportamiento procesal contrario del ministerio público (requiere el sobreseimiento o el archivo, u omite recurrir) o, cuando menos, de un comportamiento similar del acusador oficial, pero menos comprensivo respecto del objeto del procedimiento (omite alguna circunstancia de valor jurídico o limita su recurso), desencadenan mecanismos de control judiciales (en el mismo procedimiento y por autoridades jurisdiccionales) o jerárquicos (dentro de la organización del ministerio público) sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. La decisión de admitir la *querella conjunta* de parte del ofendido, supone plena autonomía de actuación, no tan sólo formal, sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal), ejercida también por él, sin limitación alguna.

En el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 269 y 339, se propone, de manera principal, la solución de la *querella por adhesión*; ver también Pr. CPP Nación (1986), 269 y 339, y Pr. CPP Guatemala, 289 y 360. EL querellante adhesivo sólo puede adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado

u omite alguna circunstancia, para que ella sea ampliada convenientemente, u objetar el sobreseimiento o clausura del procedimiento pedidos por el ministerio público, requiriendo que se lo obligue a acusar. El tribunal competente para el procedimiento intermedio efectúa el control de legalidad de los requerimientos conclusivos de la instrucción preliminar, efectuados por el ministerio público, y decide en el caso. El recurso de casación contra la sentencia o contra un auto que pone fin a la acción, o impide que ella continúe interpuesto por el querellante adhesivo, desemboca en un control interno del ministerio público, cuando se opone a la falta de recurso del acusador oficial o aquel recurso es más amplio que el de este último. La diferencia de criterio se justifica por la naturaleza esencialmente *dispositiva* de los recursos.

El actual CPP nacional, 170 y cc., aunque con lagunas, es un paradigma de la *querella conjunta* en los delitos de acción pública y así ha sido interpretado. Única excepción y parcial: la legitimación para interponer recurso extraordinario ante la CSN, facultad que, por regla, la Corte no le reconoce al querellante conjunto (*Fallos CSN*, t. 260, pág. 114 y otros allí citados).

Sí, como hemos visto, el sistema penal no sufrirá cambios fundamentales en un futuro inmediato, esto es, si él conserva la pena estatal y la persecución penal pública, la solución de la *querella adhesiva* es la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada ala hora de evitar que la intervención de la supuesta víctima en el procedimiento penal represente un menosprecio (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos una carga demasiado pesada para él. La primera afirmación se justifica, pues permitir, en ese sistema, 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, contraviendo, 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 sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que

se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el ministerio público. Acusar o recurrir la sentencia autónomamente, significa, precisamente, asumir la persecución penal de manera principal, no accesoria. Decimos que la solución defendida es más adecuada al Estado de Derecho, pues, 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, según ya tuvimos oportunidad de observar.

II. A mantener y a asegurar mejor este equilibrio, y, concomitantemente, a una colaboración más profunda y eficiente de la víctima con el ministerio público, se puede arribar por una vía distinta, recomendable de explorar en el futuro inmediato. Si la supuesta víctima, legitimada para querellar conjunta o adhesivamente, se halla en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna del ministerio público, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del ministerio público, incluso prestado las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización.⁷⁹ Esta forma de colaboración sí significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal. Y con beneficios, pues, en primer lugar, existen víctimas seguramente más idóneas para perseguir, en el caso concreto, que la organización del ministerio público (supóngase una entidad económica o financiera defraudada), como de ordinario ocurrirá con las asociaciones creadas, precisamente, para la persecución de ciertos delitos o para la protección de ciertos bienes jurídicos;⁸⁰

79. Esta solución en el Pr. CPP Guatemala, 17 y 294, párr. III.

80. Se puede pensar en las asociaciones creadas para proteger el

y, en segundo lugar, porque permitirá aliviar la carga de trabajo del ministerio público, que dedicará los esfuerzos ahorrados a perseguir otros casos con más eficiencia.

La institución supone el control de la víctima autorizada por la organización del ministerio público, esto es, por alguna oficina o algún funcionario de esa organización, para evitar iniquidades 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 objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedará, así, ligada accidentalmente a la organización del ministerio público (así como el jurado queda ligado a la organización judicial, para el caso concreto: juez accidental), y, por tanto, vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función. La colisión entre los intereses de la víctima no desee cumplir una instrucción o el ministerio público estima que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir o una instrucción determinada, por decisión de uno u otro, cada uno de ellos retorna a su papel ordinario: el ministerio público retoma la persecución penal oficial y la víctima vuelve a su papel de querellante; por ejemplo, si la víctima quiere recurrir una sentencia que el ministerio público considera justa, o viceversa.

medio ambiente o los animales, comunes en nuestro país. Empero, seguramente la prueba más irrefutable de lo que venimos diciendo la han proporcionado, con cualquier aquiescencia o crítica posible, las asociaciones creadas a raíz de la violencia militar desde el poder político, para proteger los Derechos Humanos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible tan siquiera la persecución penal mínima que en nuestro país se llevó a cabo respecto de los hechos punibles aberrantes, cometidos desde el ejercicio del poder político y público. A esas asociaciones se debe, asimismo, el éxito en el descubrimiento o desarrollo en nuestro país de nuevas técnicas de investigación, que no sólo sirvieron para la persecución penal, en sentido estricto, sino, precisamente, también para intentar un regreso al *statu quo ante* (me refiero a la identidad de personas "desaparecidas", en especial de niños cuyos padres fueron asesinados y, por ello, entregadas las criaturas a padres adoptivos, de buena o de mala fe, en algunos casos).

Ésta sería una manera, y una de las más indicadas, de participación ciudadana en el ejercicio del poder, una manera de acercar al ciudadano al ejercicio real del poder político, de tornarlo responsable por su ejercicio, de mayor necesidad en nuestro ámbito, puesto que se trata, como en el caso de los jurados, de la administración de justicia.

e) El ofendido como actor civil; la solución de la cuestión civil en el procedimiento penal

El ofendido —y algunos sustitutos que lo representan o que están legitimados para obrar independientemente en esa posición— puede aprovechar el procedimiento penal —de persecución oficial o privada— para plantear en él, por iniciativa propia, su pretensión reparatoria. Acerca de la regulación jurídica de este *procedimiento de adhesión*, como se lo designa en Alemania (OPP República Federal de Alemania, 403 a 406 c), no es necesario explayarse, porque éste no es el lugar adecuado y porque, en lo que a política jurídica se refiere, no hay duda de que existen sistemas internos adecuados de regulación del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal.⁸¹ Por lo demás, la literatura jurídica sobre el tema es —a raíz de la posición legislativa lograda— buena, aunque escasa y, parcialmente, ya cargada de años,⁸² y contamos con traducciones

81. Cf. la opinión extranjera en Eser, *Zur Renaissance des Opfers in Strafverfahren*, cit. pág. 734.

82. Cf. fundamentalmente, Vélez Mariconde, Alfredo, *La acción resarcitoria*, edición del autor, Córdoba, 1965; Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal* (2ª ed, reedición actualizada de *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, 1948), Ed. Córdoba, Córdoba, 1982; Orgaz, Alfredo y Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960/1968, t. I, nros. 235 y ss., págs. 319 y ss., t. II, nros. 604 y sigs., págs. 437 y ss., t. IV, nros. 1164 y ss., págs. 58 y ss. Recientemente: Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

suficientes de sistemas con prestigio universal.⁸³ El sistema comprende a la demanda tanto del daño material como moral. Los únicos consejos son: primero, uno negativo, no dar paso atrás alguno y, al menos, conservar el sistema, quizá con pequeñas correcciones que aquí no viene al caso discutir; y, después, corregir la organización judicial, de manera que la delegación de la acción civil sea un método eficiente de *asistencia y acceso a la justicia* para las víctimas de escasos recursos.

El sistema comprende, también, a otros interesados en la reparación del daño material y moral, como el *tercero civilmente responsable*, según la ley civil, quien puede intervenir voluntariamente en el procedimiento, aunque no haya sido ejercida en él la acción civil por la víctima o por quién esté legitimado para hacerlo. Esto demuestra el buen origen ideológico de la legislación, pues permite afirmar que todas las facultades, tanto las de la víctima como las concedidas a otras personas, son derechos de defensa de intereses reconocidos por la ley, en un procedimiento judicial, que trata el tema íntegramente.

f) La víctima y el procedimiento, en general

I. La participación del supuesto ofendido como sujeto del procedimiento penal, en cualquiera de los papeles que hemos visto y defendido, parte del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente en materia relativa a su propio interés particular. La víctima puede, así, por propia

Es bueno aclarar que a esta posición se llegó a través del CPP Córdoba (1939), producto académico que incorporó lo mejor de los ejemplos que brindaba el Derecho comparado. El CPP Costa Rica, 9 y ss., y 56 y sis., es también tributario de esa corriente legislativa.

83. Acerca del prestigio universal del sistema denominado como el de la *actio civile*, cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., págs. 739, 741 y 742 (Italia, Francia, España y Grecia); y Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VII, 2, págs. 715 y ss.

decisión, omitir participar en el procedimiento; más aún, así sucede cuando la víctima omite —objetivamente— participar, aun sin tomar una decisión consciente acerca de esa omisión, pues, o bien no conoce la existencia del procedimiento (oficial), o bien desconoce sus facultades, datos importantes de considerar, precisamente, ahora.

Para subsanar esos inconvenientes es que se aconseja que, en una serie de oportunidades procesales, el supuesto ofendido sea informado acerca de la existencia del procedimiento penal, de su estado y de las facultades que puede ejercer en él. Sobre todo, estas reglas resultan particularmente necesarias durante la instrucción preliminar, cuando se clausura o archiva el procedimiento —o cuando se pretende clausurarlo o archivarlo—, a fin de que el ofendido pueda decidir si interviene en él y/o recurrir las resoluciones indicadas, o, inclusive, la propia asunción de la persecución penal, cuando ello es posible (transformación de la acción pública en privada: 3, b, IV).⁸⁴

II. Cualquiera pensaría, ante ello, que la víctima se puede liberar del procedimiento penal por propia voluntad. Sin embargo, no es así: el sistema penal moderno le “expropió” a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como informante.⁸⁵ La víctima está *obligada* a comparecer en el procedimiento para informar como testigo (CPP Buenos Aires, 145; CPP Córdoba, 242, 93 y 397; CPP Salta, 244, 87 y 412; CPP Mendoza, 244, 88 y 416; CPP La Rioja, 279, 90 y 415; CPP Catamarca, 209, 213 y 344; CPP Santiago del Estero, 205, 57 y 332; CPP La Pampa, 244, 82 y 353; CPP Jujuy, 223, 234, 88 y 379; CPP Corrientes, 241, 93

84. Cf. Pr. CPP Guatemala, 154, 270, 286 y 302, con las diferentes oportunidades y el alcance de la información, pasible de mejoras.

85. La verificación empírica de que más del 90% de las persecuciones penales comienza por la denuncia de la víctima, demuestra que ella es el principal vehículo de información del procedimiento penal y, en especial, de los órganos de persecución penal.

y 410; CPP Entre Ríos, 240, 95 y 390; CPP Chaco, 226, 84 y 367; CPP Santa Fe, 246 y 250 [ver, también, CPP Costa Rica, 225, 226 y 68]; regla contraria, inusual: CPP nacional, 276, inc. 10) e, inclusive, obligada a relatar la verdad y a no omitir nada sobre el objeto de su interrogatorio, en principio (CP, 275, en relación a aquellas reglas). En estos casos, la tendencia moderna —en países de nuestra área cultural— impulsa más y más un sistema de *protección a la víctima-testigo* (a veces privado), que comienza por quitarle el miedo por su comparecencia en el procedimiento judicial, por orientarla acerca de su comportamiento y brindarle la ayuda necesaria (*Kindergarten*, desplazamiento, espera agradable, indemnización por el tiempo perdido, etc.), continúa por la protección contra agresiones resultantes de su posición en el procedimiento y por evitar daños mayores (permisión de ser acompañada con una persona de confianza, durante las declaraciones, exclusión de la publicidad, etc.) y termina por su asistencia jurídica; hoy se reconoce el derecho de la víctima a concurrir al procedimiento en compañía de un abogado que la asista.⁸⁶ Dejamos de lado las ayudas compensatorias por parte del Estado, en casos de hechos punibles graves, con ejercicio de violencia, porque excede el propósito de este trabajo.⁸⁷

III. Otras veces resulta necesario escuchar a la supuesta víctima antes de tomar ciertas decisiones. Ya el CP argentino, art. 41, inc. 2º, *in fine*, indicó el camino, un camino que es aconsejable para las leyes procesales penales. Por ejemplo: antes de clausurar la persecución penal oficial (sobreser o archivar), sobre todo cuando se permite la utilización de criterios de oportunidad, ante esa posibilidad, convendría escuchar a la

86. Sobre todo esto, Riess, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., II, 7, e, nº marginal 167 y ss., págs. 112 y siguientes.

87. Resumen del problema, sobre todo para el Derecho estadounidense, en Stark and Goldstein, *The rights of crime victims*, cit., III, págs. 201 y siguientes.

víctima para no omitir algún grave interés comprometido; algo similar ocurre, también, por razones de equilibrio de influencias sobre la decisión del conflicto, con la posibilidad de que la víctima pueda ser oída antes de cerrar el debate y pasar a deliberar y votar la sentencia, como es oído el imputado, a pesar de no haber participado, como sujeto, en el procedimiento penal.⁸⁸

g) La víctima y la organización judicial

No es un secreto que, al menos entre nosotros, se carece de un sistema, organizado como servicio público, de auxilio a la víctima.⁸⁹ Tan no lo es que la deficiencia se nota también en materia de Derecho privado donde el estudio de la cuestión constituye uno de los problemas políticos principales (acceso a la justicia) de la actualidad, también en el ámbito universal.⁹⁰ Sin posibilidad de demostración empírica alguna, creo que es en este ámbito —y no en el de creación de mayores facultades normativas— en aquél en el cual se puede progresar más rápidamente con relación a las víctimas de delitos, en las circunstancias históricas actuales. Un buen paso en este sentido incorporaría la posibilidad real de asistencia —al menos jurídica— para un elevado número de víctimas, y cualquier paso cuantitativo en este terreno significa, para las circunstancias actuales (escaso aprovechamiento de las posibilidades que brinda el sistema por las propias víctimas), una evolución

88. Cf. Pr. CPP Guatemala, 339.

89. Sólo conozco el que ha comenzado a funcionar en Córdoba, gracias a los desvelos de la Dra. Hilda Marchiori; y, sin especificidad alguna —al contrario, a veces excluyendo la asistencia en materia penal—, los consultorios jurídicos de las Universidades o de los mismos poderes judiciales, escasos, pequeños y con recursos humanos y materiales pobres.

90. Cf. Cappelletti, Mauro, y Briant, Garth, *El acceso a la justicia* (trad. por Amaral, Samuel), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983; entre nosotros: Berizonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987.

cualitativa. Precisamente, una de las críticas más expandida contra la incorporación de los intereses de la víctima al sistema penal, cierta empíricamente y, por ello, más eficiente, utilizada sagazmente por aquéllos que no consienten la incorporación, consiste en resaltar la inoperancia del sistema, su escasa utilización, cuando existen facultades acordadas por las reglas jurídicas a la víctimas.⁹¹

Si se liga ciertos progresos normativos con la reparación y un mejor desarrollo procesal de las facultades de la víctima en el procedimiento penal, con un acceso adecuado de la víctima al mundo judicial, la mayoría de las veces inescrutable de antemano y motivo de temor para la víctima (curioso: idéntico temor al del imputado; reflejo: temor ciudadano ante los tribunales de justicia), se podría esperar resultados convincentes.

Entre nosotros, ya han sido dados algunos primeros pasos. Uno de ellos es la llamada *delegación de la acción civil*, instrumento teórico para corregir el acceso de la víctima a la justicia penal y para lograr que se le repare el daño. Faltaría crear un sistema de asistencia real, eficiente, al cual la víctima se puede dirigir, en busca de auxilio.

Una vía recomendable resulta del camino esbozado por el Proyecto de transformación de la justicia penal, Pr. LOJ (Ley orgánica de los tribunales penales, El ministerio público y el servicio de defensa oficial), Libro Cuarto, Título III. Con motivo de la necesaria organización de la defensa oficial, se pensó también en la defensa de los intereses de la víctima sin posibilidades reales de ejercer sus derechos. El Servicio oficial de defensa, creado a partir de la organización de los colegios de abogados (Federación Argentina de Colegios de Abogados), debía cumplir no sólo la tarea de lograr adecuada defensa para el imputado, sino, también, socorrer a la víctima.⁹²

91. Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VI, f, pág. 712.

92. Cf. Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata n° 2 de "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

4. Conclusiones

A mí me parece que, de la información aquí contenida y de las argumentaciones que sostienen los distintos puntos de vista y propuestas concretas, se puede extraer las enseñanzas siguientes, a manera de síntesis de la tendencia político-criminal actual. Por supuesto —y el lector lo habrá observado—, quien escribe se halla comprometido con la idea básica que sugiere la tendencia: la nueva incorporación de la víctima del delito al sistema penal.

a) Este es el primer intento directo, desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta,⁹³ por dismantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí, pero el primero que, desde el nacimiento del Derecho penal que gira alrededor de la pena estatal, toca su fundamento. El intento responde, más allá de los problemas que crea la realización del modelo, a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos —o estaremos— suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios —al menos—, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados. El intento supone, por ello, en su horizonte negativo, que el Estado abandona —en la medida del intento—, primero, su papel tuitivo de la paz entre los hombres congregados y, en segundo lugar, a la herramienta del Derecho Penal y de la pena como medio directo de control social de sus súbditos, para, a lo sumo, pasar a desempeñar, por intermedio de sus organismos de administración de justicia, un servicio (público) a ciudadanos

93. Según, incluso, el tiempo histórico de realización que cada proponente ha tenido en cuenta: si no se tratara del futuro inmediato, generacional, por ejemplo, nosotros estaríamos cerca de la posición de Maihofer, citado en el texto (ver 2, a).

que intervienen activamente en el ejercicio del poder, sugerido por cualquier organización social —que participen del ejercicio el control pacífico de sus conciudadanos—, y disponen de él.

b) Más allá de esta visión teórica, principista, en el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendientes a que esas soluciones se realicen prácticamente, en una medida considerable. Se debe reconocer que, mientras perdure la forma de organización política que conocemos como Estado-nación, esto es, mientras se mantenga el alejamiento del poder político central de los ciudadanos que conforman ese poder y lo legitiman, tal realidad política será una valla difícilmente superable para este tipo de soluciones. El cabildo, la organización política local, la justicia de barrio o vecinal, como se postuló,⁹⁴ con la proximidad del ciudadano al ejercicio del poder, conforma el caldo de cultivo más idóneo para este tipo de soluciones.⁹⁵ Por ello, resulta previsible que, a pesar de la generalidad argumental que sostiene a esta tendencia y de los remedios elaborados para un uso generalizado, debemos satisfacernos con pequeños logros y con una subutilización —empírica— de las posibilidades creadas legalmente. Este último no es un argumento de principio que debe evitar el esfuerzo. Por lo contrario, el esfuerzo debe perseverar para hallar algunas soluciones viables en el futuro inmediato, sin perjuicio de desarrollar su forma argumental y sus soluciones abstractas.

c) La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles, para desplazar a la coacción penal o para suavizarla:

I) en el Derecho contravencional;

II) en el ámbito de los delitos más leves y de mediana gravedad;

III) en ciertos delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima, si no se procede de esa

94. Cf. Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit. págs. 119 y siguientes.

95. No sería utópico pensar en soluciones similares para el Derecho contravencional.

manera, costos que no están en relación con el daño social estimado, y sobre los cuales sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado, íntimo, del interés protegido;

IV) en el ámbito de la determinación de la pena.

d) La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen, en el sistema penal actual, el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades.

Dentro de ese marco, son recomendables ciertos mecanismos de ayuda para estas soluciones, que representan, en todo caso, una renuncia, total o parcial, al ejercicio del poder penal por parte del Estado. La solución conciliatoria o reparatoria, su compensación por otras prestaciones y el esfuerzo del agente por componer el conflicto para la víctima, en la medida de sus posibilidades, debería ser condición del perfeccionamiento de toda remisión, total o parcial, de la pena o de la misma condena (condena condicional, suspensión a prueba de la pena, remisión del resto de la pena o libertad condicional) y hasta de la renuncia del Estado a la misma persecución penal (suspensión del procedimiento a prueba).

e) Se puede ampliar las diferentes maneras el ámbito en el cual desempeña un papel la autonomía de la voluntad privada en la persecución penal:

I) incorporando otros delitos a la persecución penal privada o la necesidad de la instancia o de la autorización estatal para su persecución oficial;

II) permitiendo la retractación de la instancia o de la autorización estatal;

III) permitiendo que la víctima asuma la persecución penal, por vía del procedimiento por delito de acción privada, cuando el Estado, por algunas razones de *oportunidad*, niegue el interés público comprometido y, por ello, deje de perseguir penalmente.

f) La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal, y, de hecho, su intervención ha sido necesaria en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconozca derechos igualitarios de

participación. La supuesta víctima (ofendido) puede intervenir en el procedimiento penal cumpliendo eventualmente tres papeles posibles:

I) acusador, excluyendo toda persecución oficial, en los delitos de acción privada, o conjuntamente con el ministerio público o en colaboración con él, en los delitos de persecución penal oficial;

II) actor civil, pretendiendo la reparación del daño causado por el delito, según reglas del Derecho civil;

III) testigo, informante sobre el tema del procedimiento penal.

El reconocimiento jurídico de estos tres papeles debe ser tarea del ordenamiento jurídico, principalmente de la ley procesal, al regular las facultades que diferentes personas ejercen durante el procedimiento.

g) Fuera de los casos reconocidos por la ley para la persecución penal privada, si se mantiene el sistema de persecución penal oficial, conviene más, tanto a la esencia del sistema, como el resguardo de los derechos defensivos del imputado, que el ofendido no participe en el procedimiento como otro acusador autónomo (*acusador conjunto*), sino, antes bien, es preferible concederle el papel de un colaborador del ministerio público, ejerciendo tareas de control y complementación (*acusador adhesivo*).

Inclusive, el supuesto ofendido podría formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público, en tanto, por su idoneidad para cumplir ese papel, se le confíe, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Tal representación supone una inversión relativa de su papel, pues se someterá al control y supervisión del ministerio público.

h) es satisfactorio, como ejemplo, la evolución normativa del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal argentino.

i) Aunque no participe en el procedimiento penal oficial, el supuesto ofendido tiene derecho:

I) a controlar la legalidad de los actos y resoluciones que impliquen clausura o archivo de la persecución penal;

II) a asistencia para su comparecencia en el procedimiento, sobre todo a la asistencia jurídica y al asesoramiento de un abogado durante su informe;

III a que se escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura de la persecución penal.

j) El Derecho de protección a la víctima debe avanzar, sobre todo, en la creación de un servicio, parecido al de la defensa oficial o, quizás, aprovechándolo, que sirva a la asistencia de las víctimas cuyos recursos económicos no son suficientes para ejercer los derechos que les competen. Lograr un resultado cuantitativo en este ámbito provocará, seguramente, cambios cualitativos del sistema.

k) Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino, además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen, precisamente, para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos; ello es importante, sobre todo, en presencia de ataques sufridos por bienes jurídicos colectivos o universales.

l) No resulta posible tolerar, en el actual estado de la política criminal, paso atrás alguno en esta materia. El punto más conservador de la escala debe estar constituido por el sistema vigente; un regreso, como planteó, por ejemplo, el Pr. de CPP aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación, respecto de la legislación nacional vigente, debería descartarse sin más.⁹⁶

96. Allí se postula una nueva desaparición de la víctima del procedimiento oficial, frente a la participación que tiene acordada en la ley vigente. Quienes se oponen al movimiento en favor de la víctima y a las nuevas soluciones propuestas dejan bien en claro su conformidad con las facultades que se le acuerdan actualmente, en general suficientes para ellos, y hasta postulan alguna nueva posibilidad: cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 699 y ss. Interin fue sancionado un nuevo Código Procesal Penal para la Nación (ley 23.984), sobre la base del proyecto que no reconocía al ofendido calidad alguna de acusador en el procedimiento penal, en los delitos de acción pública. Apresuradamente, se ha modificado el proyecto originario, admitiendo un querellante similar al que ya existe en la ley procesal en vigencia. Ello representa algún paliativo, pero tiene como inconveniente la escasa maduración del papel que debe cumplir el ofendido durante el procedimiento penal en consonancia con las instituciones que se crean.

Eduardo Andrés Bertoni

El derecho penal mínimo y la víctima*

* Trabajo expuesto en el seminario sobre "Víctima y Sistema Penal" organizado por las cátedras de los Dres. Julio B. J. Maier y Marcelo Sancinetti, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A., durante el ciclo lectivo de 1991.

Frente a las doctrinas abolicionistas, se erigen aquellas que pretenden demostrar que los costos que puede generar una "especie" de anarquía punitiva nacida de la total ausencia del derecho penal, es mayor en nuestros días a los costos que el propio derecho penal provoca.

Tomando como punto de partida por un lado, el hecho de que el delito (como acción contraria a un orden preestablecido) existe y, por el otro, que también es real el sentimiento de venganza, nos encontramos ante un conflicto violento que se verifica en ambas direcciones: la ley penal debería dirigirse entonces a disminuir las consecuencias de esta doble violencia.

Sin embargo, la única justificación que podría encontrarse para el derecho penal, estaría verificada si la suma de violencias consecuentes del conflicto delito-venganza, que el mismo sistema penal puede prevenir, es superior a la violencia institucional generada por las penas conminadas para aquellos delitos.

Debe comprenderse que la seguridad y la libertad de los individuos, no sólo está amenazada por los delitos tipificados, sino también (y hay algunos que sostienen que en mayor medida) por la aplicación de penas excesivas, por arrestos o por controles policíacos arbitrarios: "Seguramente, mayor que los daños producidos por todos los delitos castigados y prevenidos ha sido, en efecto, el daño causado por aquella suma de atrocidades y de infamias, torturas, suplicios, expoliaciones, masacres, que provocó la mayor parte de los ordenamientos punitivos premodernos, desde el antiguo Egipto, a la Santa Inquisición... Otro tanto debe decirse acerca de la justicia penal en los años oscuros del nazismo alemán y del stalinismo soviético, y aún hoy de muchos regímenes militares y fascistas del tercer mundo".¹

1. Luigi Ferrajoli, "El derecho penal mínimo", trad. de Roberto Bergalli en *Poder y Control*, Ed. P.P.U., Barcelona, Nro 0, año 1986.

No puede soslayarse que el sistema actual por medio de la pena privativa de libertad estigmatiza al autor, dificultándole por ello la reincorporación a la sociedad; además es el Estado el que carga con los propios gastos de aplicación de la pena; empero, el daño sufrido por la víctima queda en la mayoría de los casos sin indemnizar.

No obstante, parecería pues, que la pena sólo se justifica como mal menor, respecto de otros posibles sufrimientos jurídicos.

Además, también debe hallar justificación si el propio condenado se beneficia, gracias a la aplicación de aquélla, al sustraerse a reacciones sociales incontroladas.

Estas consideraciones brevemente reseñadas, son el sustento de alguno de los principios del derecho penal mínimo.

Alessandro Baratta propone una serie de principios a tener en cuenta en la elaboración de un programa de intervención penal sólo allí donde resulta necesaria (mínima intervención).² Los divide en principios intrasistemáticos y extrasistemáticos, dependiendo del punto de vista interno y externo del derecho penal: el primero, da lugar a la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley; el segundo se refiere a criterios que den lugar a la descriminalización.

Para **Baratta**, los principios intrasistemáticos son: 1) principios de limitación formal; 2) principios de limitación funcional; 3) principios de limitación personal.

1) *Los principios de limitación formal* engloban a los siguientes:

a) Principio de legalidad en sentido estricto: no debe permitirse ningún tipo de actuación punitiva fuera del derecho. Inclusive, las penalidades o conductas prohibidas deben ser dispuestas únicamente por el poder legislativo.

b) Principio de taxatividad: Se excluye cualquier aplicación analógica de la ley. Esto impone una técnica legislativa que

2. cfr. Alessandro Baratta, "Principios del derecho penal mínimo" en *Doctrina Penal*, año 1987, Ed. Depalma, pág. 623.

permita la mayor objetividad en el proceso de concretización de figuras delictivas.

c) Principio de irretroactividad.

d) Principio de primado de la ley penal sustancial: se debe excluir la introducción (de hecho o de derecho) de medidas que restrinjan derechos de los individuos en el reglamento y en la práctica de la policía, del proceso y de la ejecución.

2) *Principio de limitación funcional*: Se incluyen los siguientes:

a) Principio de la respuesta no contingente: la ley penal debe ser dar respuesta a los problemas sociales fundamentales, duraderos y generales de la sociedad. No puede ser una respuesta inmediata de naturaleza "administrativa".

b) Principio de proporcionalidad abstracta: sólo las graves violaciones deben ser objeto de sanciones penales.

c) Principio de idoneidad: Sólo pueden introducirse penas si aparece probado o altamente probable algún efecto útil por su aplicación.

d) Principio de subsidiariedad: Sólo puede conminarse el cumplimiento de pena si no existe otro modo de solución extrapenal del conflicto.

e) Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social: debe tenerse en cuenta la aplicación de la pena a sujetos provenientes de diversos estratos sociales. **Baratta** sostiene que las reglamentaciones de las sanciones y de los beneficios deben contemplar criterios tendentes a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su entorno.

f) Principio de implementabilidad administrativa de la ley: este principio tiene como premisa el hecho que la selectividad del sistema penal no depende únicamente de la circunstancia de que él mismo refleja las situaciones de desigualdad existentes en la sociedad, sino que además tal selección también se lleva a cabo debido a que los recursos administrativos y judiciales no resultan suficientes para "responder" las previsiones legales. Entonces parece adecuado que la solución a esta falla "estructural" del sistema se encuentre en la adecuación de los programas de acción legislativa a los recursos existentes. Si bien es cierto que también podría pensarse en la solución inversa,

Baratta la descarta por entender que es imposible realizar una inversión de semejante magnitud.

g) Principio del respeto por las autonomías culturales: no deben criminalizarse ciertos comportamientos cuando estos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas.

h) Principio de primado de la víctima: resulta injustificada la pretensión del sistema penal de tutelar intereses que vayan más allá de los propios intereses de la víctima.

“Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que pueden estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena”.³

Dentro de los *principios generales de limitación personal* se agrupan los siguientes:

a) Principio de la imputación personal: debe excluirse toda forma de responsabilidad objetiva, o por el hecho de otro. Debe excluirse del mismo modo, toda forma de responsabilidad de personas jurídicas y entes morales.

b) Principio de responsabilidad por el hecho: Se rechaza toda forma de derecho penal de autor, manteniendo solamente el derecho penal de acto.

En cuanto a los principios extrasistemáticos, los agrupa en dos: por un lado los correspondientes a la descriminalización y por el otro, los principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

1) Principio de descriminalización: deberán eliminarse parcial o totalmente las figuras delictivas.

2) Principios metodológicos: Tienen por función enfrentar por contraste la cosificación de los conceptos de criminalidad y de pena y de propiciar una visión innovadora y más diferenciada

3. Baratta, ob. cit., pág. 624.

de los conflictos y de los problemas sociales.

Por descriminalización, debe entenderse, todo proceso que suprime la competencia del sistema penal para aplicar sanciones respecto de una conducta, ya sea por vía legislativa o por vía jurisprudencial.

Este es básicamente el concepto de lo que podría llamarse también "derecho penal mínimo", que se enunciara en el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la Criminalidad, elaborado por el **Consejo de Europa** en la ciudad de Estrasburgo en 1980.⁴

Podrían en este contexto distinguirse tres categorías dentro de los procesos:

a) Algunas veces se apunta al total reconocimiento legal y social de la conducta que se descriminaliza. Por ejemplo, la descriminalización de la conducta homosexual entre adultos que lo consienten, implica el reconocimiento de un derecho legal de una forma de vida que antes era contraria a la ley.

b) Existen otros casos, en que la descriminalización no se funda en el reconocimiento total, legal y social de la conducta en cuestión, sino que se basa en un cambio de opinión sobre el rol del Estado en un determinado campo.

c) Otra forma de descriminalización consiste también en decidir a favor de la descriminalización aunque la conducta aún se considere indeseable. En este caso, el Estado no actúa, dejando que las partes involucradas resuelvan el conflicto indeseable.

Resulta interesante preguntarse sobre los problemas que puede aparejar un proceso de descriminalización de conductas a la luz de la teoría de la pena de la prevención general (que parece ser la más aceptada en la actualidad, sobre todo la positiva).

Es claro que las respuestas dependerán en gran medida del tipo de descriminalización al que nos atengamos.

Si por ejemplo, la descriminalización afecta alguna conducta

4. Un amplio estudio de este tema en "Decriminalización", Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad, Estrasburgo, 1980, trad. Mariano Ciafardini, Ed. Ediar. año 1987.

que ya ha sido aceptada por la sociedad, cualquier efecto que ello pueda tener en cuanto a una mayor aceptación de tal conducta es irrelevante, precisamente porque ya no se la considera indeseable.

En cambio, si se descriminaliza una conducta todavía inaceptada, y éstas existen, parecería que el efecto preventivo general de su propia criminalización, es intrascendente; claro ejemplo de estos casos, pueden ser aquellos actos que rara vez se denuncian o ingresan de alguna manera al sistema penal.

En situaciones como el incesto, parece evidente que estas conductas ya se encuentran controladas desde fuera del sistema punitivo; este control, seguirá existiendo aun si se descriminalizan las conductas de este tipo, por lo que la prevención general pretendida por el sistema penal, no tiene allí mucho que hacer.

Existen otros supuestos en que el control de una conducta indeseable, es asumida por otros ámbitos dentro de la "esfera legal" (por ejemplo dentro del derecho civil). Al momento de la descriminalización, puede esperarse que el efecto preventivo general provocado por estos otros sistemas, compense la pérdida del mismo efecto que tenía dentro del propio sistema penal.

De todas maneras, es lógico suponer que las decisiones en cuanto a la descriminalización, pueden eventualmente, aparejar algún riesgo en cuanto a la disminución de efectos preventivos generales ya existentes.

Empero, este riesgo puede ser asumido, y por cierto, superado, por las ventajas que puede conllevar una política como la que nos ocupa: disminución de la estigmatización, concentración de la persecución penal en delitos graves, etcétera.

Lo que no debe perderse de vista es que los efectos positivos, se darán a largo plazo.

Asimismo, la renuncia a la intervención del sistema penal por vía de la descriminalización, no debe ser un "recurso formal para restar materia a la agencia judicial y aumentar el poder de otras agencias".⁵

5. cfr. Zaffaroni, Eugenio, "En busca de las penas perdidas", Ed. Ediar, pág. 182.

Se trata en realidad, de que los conflictos se sustraigan del sistema punitivo, para que la solución sea brindada por otros modelos diferentes: reparador, conciliatorio, mecanismos informales, etcétera.

Siendo ello así, en muchos casos, hasta las propias víctimas se sentirán mejor satisfechas con la solución del problema, considerándose más protagonistas en el arreglo de un conflicto que le pertenece a ella misma y no al Estado.

Alberto Bovino

La víctima como preocupación del abolicionismo penal*

*¡Se diría que lo que hasta aquí ha dirigido
la educación de la humanidad ha sido
la imaginación extravagante
de los carceleros y los verdugos!*

Friedrich Nietzsche, Aurora.

(*) No es el objeto de este trabajo realizar un análisis exhaustivo del movimiento abolicionista. Fue elaborado para ser leído en el Seminario sobre "Víctima y Sistema Penal" organizado por las Cátedras de los doctores Julio B. J. Maier y Marcelo Sancinetti en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A., durante el ciclo lectivo 1991, para exponer, fundamentalmente, lo relacionado con la víctima en el marco de las ideas abolicionistas. Como el tiempo de exposición era limitado, se dejaron de lado problemas como los delitos sin víctima, delitos de terrorismo, el crimen organizado, a los que los autores brindan diferentes respuestas, para concentrarse en los delitos que típicamente procesa el sistema de justicia penal.

I. Introducción

Nils Christie nos propone que “busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales”.¹ En esta breve frase se condensa la oferta de los abolicionistas: no se trata de buscar una política criminal alternativa, sino una alternativa a la política criminal.

Cuando hablamos del movimiento abolicionista nos estamos refiriendo a todos aquellos autores cuya propuesta es eliminar el sistema de justicia penal. Cada uno de los autores esboza distintas justificaciones para abolir el aparato punitivo estatal, y propone distintas estrategias para alcanzar dicho resultado. También las alternativas que ofrecen presentan diferencias. Sin embargo, se los denomina a todos ellos abolicionistas por compartir un mismo objetivo que los distancia de quienes, estudiando el sistema criminal, encuentran soluciones manteniendo su existencia. Para un abolicionista, entonces, el sistema penal en su conjunto es considerado como un problema social en sí mismo y, por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada.²

Cuando estos autores se refieren al sistema penal debe entenderse que se trata de los sistemas de justicia criminal tal como estos existen en la actualidad, esto es, órganos burocrá-

1. *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 14.

2. de Folter, Rolf, *La fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*, en AAVV, *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 58.

ticos y especializados del estado, extraños a la situación que pretenden resolver, que intervienen coactivamente, a través de procedimientos formalizados para dar una respuesta punitiva conminada por las leyes, independientemente de la voluntad de la víctima. Si bien distintas legislaciones admiten la acción privada que corresponde a la víctima, el eje de todo sistema penal son los delitos de acción pública.

Debe diferenciarse al abolicionismo penal —llamado también abolicionismo penal radical— del abolicionismo institucional, que circunscribe el objeto de su crítica y de su acción política a la institución carcelaria y otras instituciones penales segregativas —como el hospital psiquiátrico judicial—.³ Nos ocuparemos aquí del primero de ellos, esto es, del movimiento de ideas contra, y en consecuencia por la abolición, de la totalidad del sistema de justicia penal.

II. Fotografía de los sistemas penales

Los abolicionistas comparten en gran medida la descripción del funcionamiento real de los sistemas penales que brinda la criminología de la reacción social,⁴ y que trataremos de resumir en los siguientes enunciados:

3. Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1990, Nro 1, p. 4.

4. La criminología de la reacción social surge como nuevo paradigma a partir de los aportes del "labelling approach", y en contraposición con la criminología etiológica. El paradigma etiológico, que se dedicaba exclusivamente a determinar las causas de la criminalidad, surge y se consolida con la escuela positiva italiana (Lombroso, Ferri, Garófalo). Si bien posteriormente las investigaciones sobre la criminalidad toman otro cariz —se abandona la idea del criminal patológico—, el esquema etiológico se mantiene vigente. Este es el caso de la sociología funcionalista estadounidense y las escuelas psicoanalíticas sobre la criminalidad. Recién a partir del enfoque del etiquetamiento o "labelling approach" se dejará de lado el objeto de estudio tradicional, el delincuente, y se comenzará a analizar las distintas reacciones que se generan en el grupo social ante la comisión de un delito. De este modo,

a) La selectividad de los sistemas penales es la característica que ellos presentan por la cual sólo pueden procesar un número ínfimo de las infracciones que realmente se cometen.

b) La selectividad opera ya en los procesos de criminalización primaria —definición abstracta en la ley de una conducta como punible—, ya que la selección que se realiza tiende a cubrir más ampliamente aquellos comportamientos en los que pueden incurrir los miembros de los estratos sociales más débiles, dejándose de lado —o sancionando con escasas penas— los comportamientos que causan mucho mayor daño y que son realizados por los poderosos —manipulación genética, delitos económicos, daño ecológico, manejo de energía nuclear—. ⁵

c) La selectividad se acentúa a través de los procesos de criminalización secundaria —selección de un individuo determinado a criminalizar—, y se ha evidenciado que la variable más importante para ser seleccionado es la posición ocupada por los individuos en la escala social. ⁶

la criminología de la reacción social se convierte en el marco teórico que será utilizado por distintas corrientes para el estudio del sistema penal; tanto la criminología marxista como la liberal-burguesa sacarán provecho de él. En una burda simplificación, el esquema de análisis del nuevo paradigma considera que el delito no existe por sí mismo, esto es, que no tiene entidad ontológica, sino que es sólo el producto de la reacción del sistema de justicia penal. Sobre la evolución de las teorías criminológicas ver Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986; Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1988. Exclusivamente sobre la criminología etiológica ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988.

5. Ver Baratta, Alessandro, *op. cit.*, pp. 184-185; Hulsman, Louk, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en *Abolicionismo penal*, *cit.*, pp. 93-95; *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe Final*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 283-312.

6. Es sobre este tema en particular que la criminología de la reacción social presenta sus aportes más interesantes. La selectividad en la criminalización secundaria reconoce un sinnúmero de causas, entre ellas: el trabajo policial (principal filtro del sistema penal) se realiza casi exclusivamente en las calles, adonde se pueden descubrir sólo ciertos

d) La selección de los comportamientos a criminalizar es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley.⁷

e) El sistema penal no está en condiciones de resolver los conflictos de los que supuestamente se debe hacer cargo, y su intervención produce conflictos o agrava los ya existentes.⁸

delitos; la distancia social entre el juzgador y el juzgado; la falta de asistencia técnica de los miembros de los sectores de menores recursos; la influencia de los medios de comunicación en la conformación de los estereotipos criminales; etcétera. Ver Baratta, Alessandro, *op. cit.*, pp. 171-172 y 185-190. Sobre la interacción entre los medios de comunicación y el sistema penal ver Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 75-102; Abregú, Martín, *El crimen televisivo. De la violencia en la comunicación y de la comunicación de la violencia*, en Lecciones y Ensayos, Astrea, Buenos Aires, 1991, Nro. 55, pp. 153-172; del mismo autor, *Tras la aldea penal*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1991, Nro. 5, pp. 30-33

7. Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 168.

8. El sistema penal produce el conflicto cuando interviene sin que las personas directamente involucradas en él vivan la situación como un conflicto delictivo. La herramienta conceptual que legitima esta intervención aun en contra de la opinión de la víctima es la noción de bien jurídico. A través de este concepto se objetiva el interés de la víctima para apartársela de todo el mecanismo de reacción y legitimar la intervención incondicional del estado. En ello juega un importante rol la afirmación de que hay bienes jurídicos indisponibles y el papel que el consentimiento juega en la teoría del delito.

El sistema penal agrava el conflicto toda vez que con su intervención impide llegar a cualquier respuesta que no sea la punitiva, para lo cual debe abandonar en el camino las necesidades de la víctima. Su injerencia involucra en el conflicto a personas que pueden no tener relación con él (vgr. la familia del autor), y llega, en algunos casos, a impedir que se realice el fin que supuestamente protege, como sucede con la figura de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (podríamos incluir aquí, también, a los delitos contra la propiedad).

También se agrava el conflicto cuando la prohibición penal se demuestra como inútil para evitar determinados comportamientos no deseados y su existencia agrega riesgos para otros bienes jurídicos, como sucede con la prohibición penal del aborto. En este caso, la propia prohibición genera riesgos para la vida de las embarazadas que deciden

f) Los efectos directos del encierro carcelario son el aumento de la reincidencias y la iniciación de las carreras criminales; la cárcel produce criminalidad.⁹

III. La crítica abolicionista

Los abolicionistas hacen uso de todo lo que se ponga a su alcance para desarrollar su "estrategia de persuasión", especialmente de la reflexión criminológica de derivación sociológica, y

realizar un aborto por las condiciones higiénicas en que la mayoría de estas intervenciones se producen. Algo similar ocurre con la penalización del tráfico de drogas. El poder económico de los productores y traficantes es consecuencia directa de la prohibición penal, y es este mismo poder económico el que torna casi imposible su persecución, generando una espiral de violencia totalmente inútil y la criminalización de los consumidores y pequeños traficantes. Ver Ferré Olivé, Juan Carlos, *La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político-criminal*, en Lecciones y Ensayos, Astrea, Buenos Aires, 1989, Nro. 52, pp. 11-22.

La violencia y la arbitrariedad policial son otras consecuencias nefastas del sistema penal. Ello se ve agravado por las dificultades que plantea un adecuado control de las actividades policiales, ya que —entre otros problemas— los integrantes de los distintos segmentos del sistema penal son los encargados de perseguirse a sí mismos.

Finalmente, el sistema penal agrava los conflictos por omisión cuando genera la ilusión de que determinado problema se encuentra bajo su jurisdicción, cuando en realidad su accionar resulta absurdamente ineficaz para enfrentarlo. Ello provoca que no se busquen alternativas adecuadas para resolverlo. El mejor ejemplo de esta ilusión es el de los delitos de tránsito (primera causa de muerte en Argentina para la franja etaria de 15 a 50 años). Una investigación ha demostrado que, en la Capital Federal y en cierto período de tiempo, el 0,7% de los casos terminaron en sentencia condenatoria en delitos de tránsito, lo que evidencia el desprecio por la vida humana de nuestra justicia penal. Ver Rocamora, Sergio, *Delitos de tránsito*, en Lecciones y Ensayos, Astrea, Buenos Aires, 1989, Nro. 51, pp. 93-129.

9. Son los primeros aportes de la criminología de la reacción social a través del interaccionismo simbólico los que llevan a sostener que la prisión es reproductora de la criminalidad. Ello por los efectos que tiene

en particular aquella "crítica".¹⁰ Pero su propia perspectiva los obliga a ir más allá que la propia criminología en su cuestionamiento, y centran su atención en el núcleo mismo del sistema punitivo, desarrollando una capacidad crítica inusual, siempre para convencer de la necesidad de librarnos del aparato de justicia represiva.

Un primer punto que llama la atención de la prédica abolicionista es que sostienen que no puede considerarse que los sistemas penales vigentes representen un avance respecto de la crueldad de los castigos de la época anterior a las reformas propuestas por el iluminismo. En este sentido, no podría afirmarse que la aparición de la cárcel como principal lugar y modo de cumplimiento de la pena represente una humanización de la práctica punitiva. A esta consideración se oponen distintas circunstancias: a) cada forma punitiva debería ser evaluada de acuerdo con su propia época, conforme a la vida cotidiana de

sobre la personalidad del individuo el hecho de verse sometido a la imposición de una etiqueta (delincuente) que conlleva toda una serie de expectativas sobre sus comportamientos futuros. "Todo el aparato del sistema penal está preparado para ese etiquetamiento y para el reforzamiento de esos roles" dice Zaffaroni (*En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 64). Las exigencias de rol puestas por los demás influyen en el "sí mismo" de cada individuo, que finalmente las acepta y cumple con el rol que los demás le han dado. "A más reacción social negativa corresponde un aumento de la concepción desviada del 'sí mismo', que termina por traducirse en una aceptación por el sujeto de su status social de desviado. La asunción del papel o rol que le corresponde desempeñar al individuo como 'desviado' o 'delincuente' determinará luego el comienzo de la 'carrera criminal' —agrega Bergalli—" (*Perspectiva sociológica: estructura social*, en AAVV, *El pensamiento criminológico I*, Temis, Bogotá, 1983, p. 150). Este fenómeno es el que explica las altas tasas de reincidencia en los sujetos sometidos a criminalización. Cabe agregar que las penas de encierro son las que producen con mayor intensidad esta reorganización de la propia imagen del individuo (el "sí mismo"). Sobre el enfoque interaccionista ver: Pavarini, Massimo, *Control... cit.*, pp. 127-137; Baratta, Alessandro, *op. cit.*, pp. 83-119; García-Pablos de Molina, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 631-649.

10. Pavarini, Massimo, *¿Abolir... cit.*, p. 5.

quienes experimentaron el dolor y a la de las demás personas; además, el grado de sufrimiento no es un absoluto, en gran parte se manifiesta en la diferencia entre la vida normal de las personas y la situación que se crea con la intervención de la justicia penal y, con este criterio, podríamos afirmar que las sanciones penales son más graves actualmente;¹¹ b) la cárcel surge no sólo como alternativa a la tortura y a la pena de muerte, sino que cubrirá, a partir de su invención, conflictos que antes se resolvían de otra manera;¹² c) el uso de las cárceles ha posibilitado, de hecho, que una mayor cantidad de individuos sean sometidos a castigos,¹³ y lo mismo sucede cuando se plantean alternativas a la pena de prisión: las cárceles siguen abarrotadas y a ello se agregan individuos criminalizados a través de penas alternativas.¹⁴

Otro aspecto que los autores abolicionistas destacan es la falta de coherencia en el funcionamiento del sistema penal. Sostiene Hulsman que "cuando el discurso oficial... hace referencia al sistema penal, considera implícitamente que se trata de un sistema racional, concebido, creado y controlado por el hombre. Nada es más engañoso".¹⁵ En la realidad, los distintos segmentos que componen lo que denominamos el sistema de justicia penal no funcionan de manera coherente, sino que, por

11. Hulsman, Louk, *La criminología... cit.*, p. 89; Christie, Nils, *Los límites... cit.*, pp. 12-14.

12. Larrauri, Elena, *Abolicionismo del derecho penal: la propuesta del movimiento abolicionista*, en Poder y Control, PPU, Barcelona, 1987, Nro 3, p. 101. Sobre el nacimiento de la institución carcelaria puede leerse Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México, 1976; Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI, México, 1980; Álvarez Uría, Fernando, *Sociologías de la cárcel*, en AAVV, Cuadernos de la cárcel, ed. por NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1991, pp. 82-102.

13. *Ibidem*; Hulsman, Louk, *La criminología... cit.*, p. 89; Mathiesen, Thomas, *La política del abolicionismo*, en Abolicionismo penal, *cit.*, p. 111.

14. Mathiesen, Thomas, *op. cit.*, pp. 115-117; Larrauri, Elena, *op. cit.*, p. 102.

15. Hulsman, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 46.

lo contrario, comparten pocos objetivos comunes, cada uno de ellos trabaja aisladamente y no tienen entre sí sino una referencia global a la ley penal y a la cosmología represiva, lo que constituye un vínculo demasiado vago para garantizar una acción concertada. Están compartimentados en estructuras independientes, encerradas en mentalidades que se repliegan sobre sí mismas.¹⁶ Cada cuerpo desarrolla una cultura, una ideología particular, y no es raro que estos cuerpos entren en contradicción entre sí. "El sistema es como una cadena sobre la cual avanza el imputado; cada uno de los encargados aprieta, por ende, su respectivo perno, y al final de la cadena sale terminado el producto del sistema: una vez cada cuatro, un preso".¹⁷ Todo ello permite afirmar que se trata de un aglomerado de instituciones con constantes pugnas entre sí que se torna difícil de manejar y controlar; que una vez puesto a andar, marcha por sí solo y nadie sabe muy bien hacia dónde.

IV. La lógica del castigo

El principal ataque que los abolicionistas realizan a la actividad punitiva es la reducción del verdadero problema que la óptica penal implica. Es esta lógica del castigo la que impide que el sistema penal pueda manejar razonablemente algún conflicto.

En primer lugar, se destaca una fuerte crítica a la concepción ontológica del delito. Se sostiene que la criminalización no es más que el poner una "vestidura de ideas" a ciertas situaciones, pero esta vestidura es sólo una de las opciones posibles para comprender una situación problemática y actuar sobre ella. Por ello, no debemos cometer el error de "reificar" el delito, esto es, el error de transformar en una realidad en sí misma a esta construcción humana, a esta contingente interpretación de la

16. *Ibidem*; Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad, *Decriminalización*, Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 29-30.

17. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, p. 49.

realidad que representa el concepto de delito.¹⁸ Agrega Hulsman que llamar a un hecho "delito" es limitar extraordinariamente las posibilidades de comprender lo que acontece y de organizar la respuesta, excluyendo desde el principio cualquier otra forma de reacción para "limitarse al estilo punitivo, y al estilo punitivo del aparato socioestatal, es decir, a un estilo punitivo dominado por el pensamiento jurídico, ejercido con gran distanciamiento de la realidad por una estructura burocrática rígida. Llamar a un hecho 'crimen' significa encerrarse desde el principio en esta posición infecunda".¹⁹

Otro aspecto destacable de la lógica del castigo es la particularidad del sistema penal de observar todos los hechos que procesa desde una perspectiva dicotómica. Afirma Christie que el derecho penal tiene que distinguir con claridad entre blanco y negro, malo y bueno, criminal y no criminal; el derecho penal es la actividad del esto o el aquello. Este carácter binario del derecho penal influye tanto en la evaluación de los actos como en la evaluación de las personas, y esto lo hace un tipo de derecho que lleva a un cuadro simplista del hombre y de sus actos.²⁰ Ciafardini agrega que el sistema penal "nació con su óptica esclerosada y no puede ver más allá de la maniquea bipolaridad del delito-no delito, inocente-culpable, culpable-castigo".²¹

Lo que podríamos llamar el tercer aspecto de la lógica del castigo es la simplificación del enfoque punitivo. Desde el derecho penal se trata de clasificar actos y personas y, "cuanto más veamos el acto como un punto en el tiempo y no como un proceso, más fácil resultará la tarea de clasificarlo".²² Con lo primero, aislamos al acto de todo el proceso de interacción que generalmente lo enmarca, y concentramos nuestra atención sólo

18. de Folter, Rolf, *op. cit.*, p. 67.

19. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, pp. 88-90.

20. Christie, Nils, *Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*, en *Abolicionismo penal*, cit., p. 128.

21. Ciafardini, Mariano, *El abolicionismo y la "solución" a la cuestión criminal*, en *NO HAY DERECHO*, Buenos Aires, 1990, Nro. 1, p. 10.

22. Christie, Nils, *Las imágenes... cit.*, p. 129.

en determinados aspectos —los que son relevantes según la ley penal— de determinado acto producido en un amplio marco de relaciones. Con lo segundo aislamos al individuo que ha realizado el acto de todo el contexto social en que se desenvuelve su conducta.

“La capacitación legal es una capacitación para simplificar. Es una capacitación que no permite mirar todos los valores de una situación, sino que selecciona únicamente los que tienen que ver con la ley, o sea, los valores que han definido los sumos sacerdotes del sistema como valores pertinentes... por sus simplificaciones, es un sistema primitivo”.²⁴ En el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad se destaca que, con la intervención penal, “la disputa y la relación cambian de forma: el invocante se convierte en ‘víctima’, aun cuando haya contribuido sustancialmente con el hecho que precipitó la crisis; la otra parte se convierte en el ‘delincuente’, y se le coloca inmediatamente en un rol negativo donde tanto la ‘víctima’ como el Estado unen fuerzas en su contra. El hecho en sí podría haber sido sólo un incidente en el contexto de la relación. Sin embargo se lo separa y considera como un hecho aislado. La maquinaria de justicia criminal se centra en él, fuera de contexto, y posee soluciones que pueden ser justas para el hecho aislado pero que no toman en cuenta ni se acomodan con la realidad de dependencias e interacciones que lo rodean”.²⁵

V. La víctima: expropiación del conflicto

Según los autores abolicionistas, la intervención que el sistema penal realiza ante un hecho que puede ser considerado delito implica la expropiación del conflicto a las personas originariamente involucradas en él. Es importante recordar que

23. *Ibidem*.

24. Christie, Nils, *Los límites...* cit., p. 129.

25. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad, op. cit., p. 31.

estamos hablando de un sistema de penas legales conminadas a través de procedimientos formalizados por parte de órganos burocráticos y especializados, sistema indisolublemente vinculado a la formación del estado moderno. Este proceso de expropiación se realiza mediante procedimientos formales puestos en obra por órganos extraños a la situación, capaces profesionalmente de dar respuestas "incomprensibles" (existe una verdadera y propia "expropiación de sentido") a quienes son, como autor y víctima, los directamente involucrados en la acción definida como criminal.²⁶

"La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales".²⁷ La acción pública, base de los sistemas penales modernos, que pervive después del movimiento reformador de los siglos XVIII y XIX, es la que permite al estado la exclusión de la víctima, que sólo "permanece" para el derecho punitivo objetivada en el concepto de bien jurídico que supuestamente protege cada tipo penal. El estado será el encargado de velar por los intereses de las víctimas sin requerir mayormente su participación y, en algunos casos, aun en contra de su voluntad.

Además de la expropiación del conflicto en el sentido de exclusión de la víctima, también se produce la "expropiación de sentido" mencionada por Pavarini. La profesionalización de quienes intervienen en el procedimiento penal hace que no se escuche verdaderamente a las personas implicadas. La simple lectura de la declaración de la víctima o del autor puede convencernos de ello. La presencia de los abogados se hace necesaria no tanto para un efectivo ejercicio de los derechos de

26. Pavarini, Massimo, *¿Abolir... cit.*, p. 6.

27. Christie, Nils, *Los límites... cit.*, p. 126. Christie desarrolla en extenso el tema de la expropiación del conflicto en su artículo *Conflicts as property (Los conflictos como pertenencia)*, que se incluye en esta obra en su versión castellana.

las partes sino como traductores del lenguaje que se utiliza en las burocráticas organizaciones ocupadas en impartir justicia. Lo mismo puede decirse del lenguaje de la pericias, que reflejan un vocabulario cifrado reductor de la realidad, profesionalizado.²⁸

Distintas experiencias parecen haber demostrado que el solo hecho de prestar más atención a la víctima produce el resultado de que ésta considera inútil cualquier tipo de reacción punitiva. Según Steinert, las personas apenas diferencian entre la ley civil y penal, y las denuncias tienen como finalidad tanto una compensación como una sanción. El transcurso del tiempo, en ocasiones, lleva a que se pierda la voluntad de requerir una sanción. Esto resultó claro en los tribunales cuando —generalmente— ha desaparecido la intención original de ver sufrir al acusado. En más de la mitad de los casos llevados ante los tribunales inferiores en Austria, el conflicto sobre el que se tiene que entender ha desaparecido en el momento en que es tratado. En otra cantidad de casos, la compensación del daño sería suficiente.²⁹ En un servicio de recepción para las víctimas que funciona en el Tribunal de París, la experiencia reiteró la no diferenciación entre asuntos civiles y penales, lo que implica que el público no se reconoce en las distinciones puramente jurídicas del sistema. La segunda observación que surgió de la experiencia de este servicio fue que, en gran número de casos, la necesidad de ser escuchado y de obtener alguna reparación era el principal motivo de la asistencia de las personas al servicio.³⁰

28. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, pp. 69-70. Sobre la función de traductores que cumplen los abogados en el proceso penal ver Courtis, Christian, *La estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas*, en *Lecciones y Ensayos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, Nro. 53, pp. 107-123, especialmente pp. 116 y ss.

29. Steinert, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en *Abolicionismo penal*, *cit.*, pp. 53-54.

30. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, pp. 107-109.

VI. Recuperando a la víctima

En este punto es importante señalar que muchas veces resulta imposible dar solución a los conflictos, y este es un hecho con el cual deben enfrentarse tanto el derecho penal como las demás ramas del derecho. Christie agrega que "es importante no presuponer que los conflictos *deben resolverse*. La búsqueda de una solución es un concepto puritano y etnocéntrico. Durante la mayor parte de mi vida había dado por sentado que el resultado debe ser la solución, hasta que se me hizo ver amablemente que mi perspectiva era limitada".³¹

La idea básica que proponen los abolicionistas puede resumirse en lo siguiente: devolver a las personas implicadas el manejo de sus propios conflictos. La víctima debe reapoderarse del conflicto que le había sido expropiado por el estado.

El punto de partida, entonces, de la solución que se busca debe ser el análisis que las personas involucradas hacen del acto no deseable y de sus intereses reales, siempre en el marco de las relaciones "cara a cara", para que las explicaciones mutuas, el intercambio de las experiencias vividas y, si fuera necesario, la presencia activa de personas psicológicamente próximas, puedan conducir a soluciones realistas para el futuro. Lo fundamental es reconocer que cada situación es única y que el enfoque debe variar según las circunstancias de la situación problemática.³²

Se propone, por lo tanto, una justicia participativa, en donde la compensación reemplace a la respuesta punitiva, modelo típico de las sociedades que carecen de un estado fuerte. Steinert propone, por ejemplo, institucionalizar un encuentro de las partes en el que se podrían discutir los problemas, dar y recibir información, considerar las ofertas, luego de lo cual las partes puedan decidir si la cuestión está resuelta. Sólo en el caso de no llegar a un acuerdo se recurriría a los tribunales. Este acuerdo parece que sería suficiente para solucionar los hechos

31. Christie, Nils, *Los límites... cit.*, pp. 125-126.

32. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, pp. 91-92.

que constituyen la mayor parte de los registros de criminalidad. Mientras que el procedimiento penal trata de reducir un conflicto de la vida real según lo que es importante para la ley, estas negociaciones podrían trascender el nivel judicial y lograr mejores resultados, siempre en el marco de la mayor autonomía posible, en el que las propuestas no deben ser ni impuestas ni esquemáticas.³³

Christie destaca la importancia de que, en casos en que se haga necesaria la presencia de un mediador, éste no debe tener suficiente poder como para imponer la solución a las partes en el conflicto. Cuanto menos poder detente el mediador, más difícil se hará llegar a una respuesta punitiva.³⁴

Antes de analizar algunas de las críticas más frecuentes que se le hacen a los abolicionistas, se hace necesario aclarar que para evaluar su propuesta no podemos trasladar los conceptos y categorías del derecho penal, ya que el modelo de solución abolicionista parte de supuestos diferentes, y en muchos aspectos opuestos, de los que sirven de base a la justicia estatal que hoy tenemos. Así como el delito pasaría a ser una "situación problemática", la víctima no sería llamada a cumplir el mismo rol, y el mediador se parecería muy poco a un juez actual.

La primera reflexión de muchas personas preocupadas por las garantías que el derecho penal ofrece a quien participa en un hecho delictivo ante la propuesta abolicionista, es saber qué ocurrirá con un sistema de resolución de conflictos que carezca de ellas, sobre todo en los casos en que la víctima sea mucho más poderosa que el infractor. Sobre esta crítica pueden hacerse algunas consideraciones. En primer lugar, una propuesta de solución no punitiva no implica la carencia de tales garantías. A nadie se le ocurriría proponer que para proteger al autor de un ilícito civil o administrativo deberíamos criminalizar dichos actos. En segundo lugar, como parece sugerir Christie, podría darse al estado el poder no ya para imponer la solución a la situación problemática, sino para evitar que las personas

33. Steinert, Heinz, *op. cit.*, pp. 54-55.

34. Christie, Nils, *Los límites...* *cit.*, pp. 113-116.

involucradas lleguen a determinadas soluciones, esto es, el estado conservaría el poder para no aceptar el acuerdo de las partes si éste aparece como cruel o abusivo.³⁵ Este mecanismo es de uso habitual en otras ramas jurídicas y no existe impedimento para que sea aplicado en este tipo de situaciones.

Otro aspecto que debe descartarse es que la mera enunciación de una garantía en el texto legal no "garantiza", necesariamente, su respeto. Podemos brindar como ejemplo lo que sucede con el principio de inocencia, declamado en la Constitución Nacional, en Pactos de Derechos Humanos y tantos otros textos normativos. Los porcentajes de detenidos procesados sobre el total de la población carcelaria (61,74% en los países de América Latina con sistema penal continental europeo),³⁶ indican que las garantías, en sí mismas, no son un freno suficiente. En el sistema de justicia privada, en cambio —y a pesar de que la protección de la libertad parece más intensa en el texto constitucional que la protección de la propiedad privada— las medidas cautelares no operan con la irracionalidad de la prisión preventiva, y pueden generar responsabilidad para quien las solicita. Puede agregarse, además, que algunas de estas garantías actúan como contención y han surgido ante la violencia de la propia respuesta punitiva. De allí que al desaparecer este tipo de respuesta algunas de ellas pueden carecer de sentido, por ejemplo, la del artículo 18 *in fine* sobre las condiciones carcelarias. Otro hecho significativo es el incumplimiento, desde hace casi un siglo y medio, del programa de administración de justicia penal ordenado claramente por el texto de 1853 (juicio por jurados, modelo de procedimiento acusatorio formal, etcétera).

Otra crítica frecuente que reciben los abolicionistas se refiere a los delitos violentos (homicidios, violaciones, etcétera). La

35. *Ibidem*, pp. 157-158. Christie no llega con mucha confianza a esta solución, ya que uno de sus puntos de partida es que a mayor poder estatal, mayor cantidad de respuestas punitivas, con lo cual, sostiene, se encuentra envuelto en una paradoja a la que no puede dar una respuesta definitiva.

36. AAVV, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 643-669.

primera respuesta a esta crítica es que este tipo de hechos son relativamente escasos ("raros") comparados con el total de los hechos delictivos. Por ello, no podemos diseñar un modelo que centre su atención en actos que constituyen un pequeño porcentaje de los que habrán de procesarse. A esto agregan que sostener que la supresión del sistema penal llevaría a la multiplicación de los actos de violencia supone dar por probado, por una parte, que el derecho penal es eficaz en la prevención de este tipo de actos y, por otra, que es el único mecanismo idóneo para evitarlos.³⁷

Los abolicionistas se niegan a dar un amplio rango de soluciones para cada tipo de conflictos. Coherentes con la crítica que hacen del modelo punitivo con su respuesta estereotipada, opinan que no puede decidirse con anterioridad qué respuesta debe recibir cada situación problemática. Destacando la especificidad de cada situación, sostienen que habrá que apelar a la imaginación social para llegar en cada caso y cuando esto sea posible, a una solución particular.

Tampoco reniegan de toda forma de castigo o de coacción. Su prédica se concentra en la pena tal como la concibe y la aplica el sistema penal, es decir, una organización estatal investida del poder y diseñada para producir mal intencionalmente fuera de todo acuerdo con las personas interesadas. Pero denunciar al derecho de castigar del estado —aclara Hulsman— no significa, necesariamente, el rechazo de toda medida coercitiva, como tampoco la supresión de toda noción de responsabilidad personal. Habría que considerar en qué condiciones ciertos apremios como el encierro, la residencia obligatoria, la obligación de reparar y de restituir, tienen la posibilidad de desempeñar un papel de reactivación pacífica del tejido social.³⁸

37. Hulsman, Louk, *Sistema... cit.*, pp. 96-97. Hulsman no sólo opina que ninguna de estas dos proposiciones ha sido verificada científicamente, sino que se pregunta si no sería más plausible sostener la tesis inversa: a mayor represión por parte del sistema penal, mayor cantidad de hechos violentos en una sociedad dada.

38. *Ibidem*, pp. 74-75.

VII. ¿Qué queda de la víctima?

Parece claro que el movimiento abolicionista concentra su atención en el problema de la víctima. En su aspecto crítico, porque enfoca sus ataques al modelo de justicia en el hecho que el estado resuelve excluyendo a la víctima y a los reales intereses que ésta pueda tener. A la hora de decidir, entonces, la víctima no tiene mucho que aportar en el proceso penal moderno. Por otro lado, la propuesta básica que hacen los abolicionistas es la recuperación, por parte de la víctima, del rol protagónico que ella debe tener al momento de buscar una solución a la situación problemática, de la misma manera que todas las personas directamente involucradas. Este rol protagónico de la víctima, aunque algunas veces no se haga explícito (con excepción de Nils Christie), debe necesariamente ir acompañando de una disminución del poder de los órganos estatales para imponer la solución, esto es, de un modelo de estado diferente.

Pero es importante señalar que la propuesta de recuperar a la víctima, de llamarla a decidir, tiene un propósito típicamente abolicionista: la selección de una alternativa no punitiva para enfrentar la situación problemática en que se ha visto envuelta. Este nuevo modelo de sociedad sin sistema penal requiere, a su vez, una excesiva y muchas veces ingenua confianza en la víctima; pero cabría preguntarse si, ante los violentos sistemas penales de la actualidad, no es preferible ser catalogados de ingenuos para intentar, de una vez, que el sistema penal deje de ser otro victimario.

Elena Larrauri
Profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona

Victimología*

* Ponencia presentada en el XLVI Curso Internacional de Criminología (Barcelona, 28-31 de octubre, 1991).

1. Introducción sumaria a la victimología

1.1. Surgimiento, evolución, objetivos

La primera cuestión que puede sorprender es la atención a las víctimas después de que éstas permaneciesen olvidadas tanto tiempo. Este olvido era doble: por un lado, a un nivel teórico existía por parte de la criminología una preocupación por entender la etiología del delito y por buscar otros métodos de respuesta al delincuente; estos podían consistir en métodos de tratamiento en el seno de la cárcel o, últimamente, en la búsqueda de alternativas a la cárcel, pero parece cierto que la criminología, a pesar de su declaración de que el delito es una relación social, había prestado poca atención a las víctimas.¹

También en derecho penal se había producido el olvido de la víctima. En su aspecto material, el fin de “protección de bienes jurídicos” parecía basarse exclusivamente en el castigo del delincuente, en vez de en la reparación del mal causado a la víctima.² Y, en últimas, tampoco el derecho procesal penal había puesto suficiente énfasis en los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Frente a todo ello resurge en la década de los años ochenta, con especial ímpetu, la victimología. La victimología tenía sin

1. Quizás por ello surge también la discusión académica de si la victimología forma parte de, o puede integrarse en, la criminología. En sentido afirmativo Peters (1990:99).

2. Adicionalmente como señala Maier (1991:32) “(...) el concepto ‘bien jurídico’, establecido por la doctrina analítica del derecho penal servía a la consecución de la anonimidad de la víctima, en tanto la objetivaba (...)”.

embargo una historia.³

En el libro *The Criminal and his Victim* (1948) von Hentig apuntó al rol de la víctima y su contribución al hecho delictivo. Para ello, sobre la base de variables psicológicas y sociológicas, describía la existencia de diversos tipos de víctimas.

Mendelsohn siguió la vía iniciada por von Hentig, pero realizó la clasificación sobre la base de la culpabilidad de la víctima en la producción del delito. Esta idea de la culpabilidad de la víctima llevaba una carga moral mayor que la idea de contribución, apuntada por von Hentig.

Ello fue proseguido por Wolfgang quien en su libro *Patterns in criminal Homicide* (1958) acuñó el concepto de "precipitación" (*victim precipitation*) para describir aquellos supuestos en los que la víctima había sido la primera en utilizar la violencia; concepto éste, el de precipitación, que intentó aplicarse también a los delitos de robo y violación.

El hecho de trasladar este concepto a delitos como el de violación, junto a la carga moral (implícita), llevó a criticar a la victimología originaria por desarrollar una política de "culpar a la víctima" (Walklate, 1989:5). Esta victimología convencional puede caracterizarse, de acuerdo con Walklate (1989:18), por: a) un análisis individualista de las relaciones entre la víctima y el delincuente; b) una tendencia a considerar a la víctima como responsable; c) una tendencia a concentrarse en el delito común.

Pero junto a esta victimología originaria surgió, en la década de los ochenta, una nueva victimología.⁴ Podemos, por consiguiente, aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensi-

3. Para una exposición completa véase García Pablos (1988:76-103); Landrove (1990); Walklate (1989).

4. Lógicamente ello no implica la extinción de la victimología convencional, ésta sigue desarrollando investigaciones para descubrir cuales son los rasgos ("estilo de vida") de las personas victimizadas. Para una evaluación véase Walklate (1989:6-20).

bilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.⁵

¿A qué obedece el surgimiento de esta (nueva) victimología?⁶ Las razones pueden resumirse en: la justificación de una política de "ley y orden" y la mayor rentabilidad política de satisfacer a las víctimas que a los delincuentes; la necesidad de establecer un contrapeso a la criminología crítica que, con sus análisis deterministas (sociales), parecía eximir implícitamente al delincuente de toda responsabilidad; el ímpetu del movimiento feminista, señalando el alto grado de victimización sufrido por las mujeres; y el surgimiento e impacto de las encuestas de victimización que demostraron la extensión del delito y su concentración en los estratos más vulnerables de la población.

Esta preocupación por las víctimas ha dado lugar al surgimiento de diversas organizaciones como la NOVA (1979) en EE.UU., la NAVSS (1979) en Inglaterra, la Weiser Ring en Alemania, etc. Incluso en España, si bien limitado al fenómeno del terrorismo, se ha organizado la Asociación de Víctimas del Terrorismo. Es difícil encontrar un denominador común —más allá de su preocupación por las víctimas—, en tanto unas hacen bandera de no realizar planteamientos políticos sino de atender las necesidades de la víctima, otras se han constituido en grupos de presión reclamando diversos cambios en el sistema penal y procesal.

Este resurgir de las víctimas ha propiciado, pues, el asentamiento de una rama de estudio que hoy ya se denomina victimología. Tres son en mi opinión las áreas de conocimiento que hoy cobija la victimología.

5. Ello no obsta, como advierten Maguire-Pointing (1988:2), a que en Estados Unidos, a diferencia de Europa, la preocupación haya estado más dirigida a los derechos que a las necesidades de las víctimas, lo cual, unido con el movimiento de una pena justa ("just desserts"), ha llevado en ocasiones a reclamar una pena más severa como un derecho de la víctima.

6. He aventurado las razones para entender este resurgir de la víctima más ampliamente, en Larrauri (1991b).

- Las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas).
- La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas).
- La atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas).

1.2. Las encuestas de victimización

Las encuestas de victimización consisten en realizar un cuestionario a un muestreo de población representativa, a la cual se le pregunta si ha sido víctima de un delito determinado. Con ello se consigue recopilar información acerca de los delitos acontecidos, la frecuencia de ellos, y las características de la gente victimizada.

Adicionalmente, las encuestas de victimización acostumbran a recabar también información acerca de las relaciones de la víctima con el sistema penal: si ellas han o no denunciado, los motivos para realizar la denuncia, etc.

Lo que se pretende normalmente con ellas es conseguir una mayor información que permita elaborar propuestas de política criminal acerca de técnicas preventivas —medidas eficaces para prevenir una futura victimización— y represivas —áreas conflictivas en una ciudad—. ⁷

Entre los méritos de las encuestas de victimización se destaca, indudablemente, el haber proporcionado una mayor información respecto del delito y, fundamentalmente, respecto de las víctimas del delito, ausentes de las estadísticas policiales. En este sentido, las encuestas de victimización han ampliado

7. En este sentido Alabart-Aragay-Sabaté (1991), refiriéndose a las encuestas de victimización realizadas en la ciudad de Barcelona, destacan su valor científico —conocimiento del tipo de delito y áreas delictivas; político —elaboración de medidas policiales y preventivas; y cívico —conocimiento de la opinión de los ciudadanos en materia de delito y sistema penal. Una información de las encuestas de victimización realizadas en España puede verse en García Pablos (1988: 156-162).

nuestro conocimiento del fenómeno delictivo al constatar los siguientes datos: a) que existe un mayor número de delitos que aquél que es objeto de una denuncia; b) que, cuando se produce la denuncia, ella obedece a motivos distintos del interés en conseguir el castigo del culpable; c) que el factor influyente es el “estilo de vida”, esto es, que la mayor probabilidad de ser víctima la tiene el joven que sale de noche; d) que las víctimas provienen de los sectores más pobres de la sociedad; e) que es frecuente que la víctima conozca a su agresor; f) que la percepción de inseguridad o de miedo no está directamente relacionado con la posibilidad matemática de ser víctima de un delito.

Este conocimiento permitió que esas encuestas fueran presentadas como superadoras de las estadísticas oficiales, en la medida en que permitían descubrir la “cifra oscura” del delito, esto es, la que no aparecía reflejada en las estadísticas policiales, al no haber sido detectada o denunciada. Su valor como fuente de información comportó un cierto auge de las encuestas de victimización.

Es curioso observar, sin embargo, que el empuje de las encuestas de victimización no siempre obedecía a los mismos estímulos. En algunas ocasiones, su impulso era debido a la necesidad de desmentir que la delincuencia se hubiera incrementado en tamaña proporción, para justificar, con ello, la eficacia de la policía o de determinada institución del gobierno; “el problema no es el delito sino el miedo al delito”, se afirmaba; en otras, se pretendía demostrar que el delito se había incrementado mucho más de lo que reflejaban las estadísticas policiales, para criticar la gestión gubernamental, exigir mayores recursos, reclamar mayores competencias, etc.; finalmente, en otras, se debía a la necesidad de contar, cuando menos, con una fuente de información, por la dificultad de acceder a las estadísticas oficiales.

No son necesarias demasiadas palabras para advertir que, desde el comienzo, las encuestas de victimización nacen en el seno de una arena política entre distintos grupos de presión dentro de una misma sociedad o entre distintas instituciones de un mismo gobierno. Ello no las desmerece, simplemente nos recuerda que, cuando menos, en las ciencias sociales no hay

datos "neutrales". Lo cual, a mi entender, implica que la propia forma en que se recopilan a los datos debe, a su vez, ser sometida a examen.

Este estudio de las encuestas de victimización es el que ha permitido elaborar las siguientes objeciones críticas:

— Se ha repetido (pero debe insistirse) que las encuestas de victimización son incapaces de recoger los delitos de "cuello blanco" o los "delitos de los poderosos". En ocasiones este tipo de delitos ni siquiera figura en las encuestas, cuando se pregunta acerca de la victimización, pero también debe observarse que, aun cuando se preguntase, difícilmente se obtendría una respuesta afirmativa ya que la "víctima", como observa Box (1983:17), no sabe que ha sido objeto de delito.

Ello es debido a que la mayoría de la gente no percibe estas actividades como delictivas (p.ej. los pisos se derrumban debido a la aluminosis) y/o a su más difícil comprobación de que el resultado es debido a una actividad delictiva (p.ej. enfermedades como producto de delito ecológico o de imprudencia médica o laboral).

En definitiva, las encuestas de victimización tienden, ineludiblemente, a sobrerrepresentar el delito común.

— Pero ni siquiera este delito común aparece íntegramente recogido. Como observan Maguire-Pointing (1988:9) hay dos casos en los cuales es posible afirmar que existe una subrepresentación: el primero se refiere a las víctimas más vulnerables como, por ejemplo, niños, ancianos o los propios presos; las encuestas de victimización no acostumbran a preguntar a estos colectivos. El segundo ejemplo de subrepresentación se refiere a supuestos de victimización múltiple (p.ej. actos de vandalismo, faltas, etc.), en los cuales, por la escasa gravedad del delito, no se acostumbra a plasmar en las encuestas, a pesar de que la gravedad es considerable si se toma en consideración su continuidad.

— Se ha destacado insistentemente por el movimiento feminista que las encuestas de victimización acostumbran a concentrarse en las actividades realizadas en la "vía pública" y, con ello, minimizan los "delitos" acontecidos en el área privada, que quedan sin contabilizar como delitos y que afectan parti-

cularmente a mujeres y menores de edad. Incluso debe hacerse constar las dificultades de recoger las respuestas de la mujer cuando el entrevistador está preguntando a la mujer acerca de la violencia doméstica delante del marido. (Stanko, 1988:45).

— Adicionalmente existen toda una serie de problemas que si bien pueden ser englobados bajo el epigrafe de “fallos técnicos”, relativizan el valor de las encuestas de victimización. Ente estos se acostumbra a destacar que: la gente no se acuerda si ha sido o no víctima de un delito; la definición popular no coincide necesariamente con la definición técnica legal; sólo acostumbran a figurar los casos en que el delito se ha consumado; se pregunta en un período de tiempo limitado; las respuestas dependen, en ocasiones, de la actitud del entrevistador, etcétera.

Como Geis (1990:261) observa, no hay acuerdo científico ni siquiera respecto de los aspectos metodológicos claves, lo cual puede dar una indicación de lo disparatado de extraer conclusiones o comparar resultados entre diversos países.

— Finalmente, se destaca con preocupación que las encuestas de victimización pueden ser fácilmente cooptadas por los sectores políticos más partidarios de endurecer el derecho penal. Es cierto que de los datos no se extraen conclusiones políticas, pero también resulta fácil imaginar que una primera conclusión apresurada, frente al mayor índice de delitos develados por las encuestas de victimización, sea la necesidad de aumentar la represión policial o las penas.

En mi opinión los datos revelados por las encuestas de victimización permiten vislumbrar una fructífera agenda de estudio, esto es, no las concibo a ellas como un punto de llegada, sino, antes bien, de partida. A título de ejemplo: una primera área de estudio quizás fuese la constatación de que la “gente no se acuerda de los delitos”. Ello puede ser debido a que no se acuerde, pero también a que las definiciones no son invariantes o, dicho de otro modo, es posible que variables como el género, la clase social, la edad, etc., influyan en el momento de subsumir determinado comportamiento en un tipo delictivo. Debe observarse que, en ocasiones, el comportamiento delictivo está tan integrado en nuestra experiencia cotidiana, que difi-

cilmente se señalará que se ha sido víctima de un delito (p.ej. el acoso sexual a las mujeres, ataques racistas a los extranjeros, lesiones entre bandas juveniles, etc.) (Walklate, 1989:34).⁸

Pudiera pensarse que la gente "se acuerda" de los delitos más graves. Sin pretender negar una cierta lógica a esta aserción, lo que indudablemente sorprende cuando se examinan las estadísticas policiales y encuestas de victimización es que los más graves (en el sentido de que se han denunciado o se recuerdan) sean robos en o de los vehículos, utilización ilegítima de vehículos de motor, tirones, robo en el domicilio o comercio, tráfico y tenencia de drogas.

De nuevo a título de hipótesis, ello quizás se deba a: a) el tipo de gente normalmente asociada con su comisión, gente habitualmente perteneciente a sectores marginales y de los cuales se presume su peligrosidad, esto es, hay un miedo a la presunta violencia asociada con el delito común;⁹ b) el resto de problemas sociales no se leen en clave de delito y en este sentido es de interés estudiar la relación entre medios de comunicación, persecución policial, aplicación de la ley penal, existencia de instituciones alternativas, y la conciencia popular de qué es y qué no es delito; c) que el tipo de delitos denunciado aparece como el único contra el cual algo puede hacerse, mientras el resto son "desgracias", "accidentes" o simples "gafes" de la vida, esto es, quedan englobados en una ideología del desastre (Walklate, 1989:102).

La segunda área de estudio que puede plantearse es la pregunta de "¿por qué no denuncia la gente?". Normalmente, como afirma Steinhilber (1988:15), el jurista observa ello con preocupación y asume que este es un estado de cosas indesea-

8. Lo cual se aviene con lo observado por Geis (1990:262) de que acostumbra a ser la gente con un mayor nivel cultural la que presenta los mayores índices de victimización.

9. Y con ello no estoy sugiriendo que el miedo es "irracional". El miedo es miedo. Pero no por ello deja de tener interés investigar cuáles son los mecanismos que generan miedo. Es en este sentido que las encuestas de victimización destacan que no hay correlación entre las probabilidades matemáticas de ser víctima de un delito y el miedo que éste ocasiona.

bles, pero ello lleva implícito dos asunciones: que es buena la intervención del derecho penal, esto es, que la gente debería denunciar, y que el derecho penal sirve para enderezar las injusticias. Sin embargo, en opinión de Steinert, ello puede ser también sinónimo de que la gente maneja sus problemas al margen del derecho penal.

En esta línea las investigaciones, Hanak (1987) ha indicado que la gente no define la mayoría de sus problemas como delitos —aun cuando lo sean en sentido técnico-legal—, que, en consecuencia, recurre a otras estrategias distintas del derecho penal para hallarles solución, y que, cuando se produce el recurso al sistema penal, el interés que lo guía es bastante distinto de un interés retributivo, siendo las motivaciones fundamentales el registrar el delito (a efectos de reclamar a la compañía de seguros), o el de conseguir la devolución o reparación, o el conseguir una protección inmediata. En esta perspectiva, el no denunciar refleja una desconfianza, una discordancia entre lo que la gente espera conseguir y lo que sabe que puede conseguir si recurre al sistema penal.

La falta de denuncia puede indicar también una falta de poder o alienación. Determinados colectivos —travestis, gente sin hogar, grupos de mujeres, homosexuales— tienen más dificultades que otros en iniciar un procedimiento penal.

Es obvio que los temas apuntados son sólo hipótesis. Mi anotación obedece al interés en recordar un aspecto: las estadísticas policiales no sólo fueron cuestionadas por no reflejar la "cifra oscura" del delito, sino, también, por no estudiar los procesos de interpretación por los cuales se identificaban y definían determinados hechos como delito (Kitsuse-Cicourel, 1963). Se objetaba que el sistema penal, o el derecho penal, predeterminaba el ámbito de estudio, excluyendo ab initio determinados comportamientos, al no cuestionarse cómo adquiere el carácter de delito.

Asumir que todos sabemos lo que es delito, esto es, que hay una concordancia, una identificación "natural" entre problemas sociales graves y delitos —una muerte es una muerte, pero que ella sea considerada como delito, como baja en el combate, como una "pena" de muerte, o como una desgracia, no es "natural"—.

No cuestionarse qué respuesta requiere el delito y asumir que frente a los problemas así reconocidos, identificados y definidos como delito, la respuesta "natural" y mayoritaria es la denuncia a la policía y que la denuncia implica la demanda de una pena, de un castigo, en vez de otras soluciones, puede significar permanecer, por la vía de las encuestas de victimización, anclados en los estrechos confines marcados por el derecho y el sistema penal.

2. La posición de la víctima en el derecho penal y en el proceso

2.1. La victimodogmática

Ultimamente se ha hecho hincapié en el olvido¹⁰ 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 (especialmente Landrove, 1990; Peris Riera, 1989). 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".

Se señala que la víctima ha sido considerada por el derecho penal en la:

— Fase previa: así, el consentimiento de la víctima elimina el carácter delictivo de determinados comportamientos, o la provocación de la víctima puede conducir a una atenuación de la pena para el autor.

10. Actualmente se asiste, sin embargo, a un renovado interés. En español pueden verse Beristain-De La Cuesta (eds.) (1990); Gutiérrez-Alviz (1990); Landrove (1990); Maier (1991); Peris (1989).

— Fase ejecutiva: instituciones como la legítima defensa, la alevosía, o el abuso de superioridad o confianza.

— Fase de consumación: la institución del perdón, el requisito de perseguibilidad de determinados delitos, e incluso el pago de indemnización a la víctima está previsto como requisito previo a la concesión de la remisión condicional, o de la rehabilitación.

Junto a esta declaración de "olvido pero no tanto" surge la polémica acerca de la pregunta: ¿con qué objetivo debe tomarse en consideración a la víctima? De forma implícita y explícita en algunos autores,¹¹ pienso que puede afirmarse que la victimodogmática se preocupa de la contribución de la víctima en el delito y la repercusión que ello debe tener en la pena del autor, desde su total exención de responsabilidad, sobre la base del "principio de autoresponsabilidad" de la víctima, hasta una atenuación de la pena (Silva, 1989: 637).

El tema que debate la victimodogmática es dificultoso y no puede dilucidarse en una pocas líneas apresuradas que no harían justicia a la profundidad del debate.¹² Mi preocupación es exclusivamente precisar la relación de la victimodogmática con la victimología, debido a que la primera se presenta como integrada (?), continuadora (?), de los pasos de la victimología. Y en mi opinión, y a pesar de reconocer varias posiciones en el seno de la victimología, ello no es cierto.

Hay tres diferencias entre lo que se ha denominado "victimodogmática" y la victimología:

11. Explícitamente Peris (1989:49) y Silva (1989; 1990), quien además de ilustrar la discusión que se produce en el seno de la victimodogmática alemana respecto al tipo de delitos en los cuales el comportamiento de la víctima debe ser tomado en consideración, añade la importancia del comportamiento de la víctima en algunas figuras dogmáticas como la omisión, los delitos imprudentes y la imputación objetiva en los delitos dolosos.

12. La única reflexión que estoy en condiciones de realizar en estos momentos es la siguiente: la afirmación de que la víctima ha "precipitado" el delito no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo.

En primer lugar, pienso que puede afirmarse que una victimodogmática así entendida contrapone efectivamente los derechos de la víctima con los derechos del delincuente. No sé si ello es loable, o es una manifestación más de lo que se denomina "culpar a la víctima", pero lo que sí parece claro es que ello no es lo propugnado por la (nueva) victimología.

La contribución de la victimología se realiza fundamentalmente en la teoría de la pena, articulando un castigo al infractor que sirve *eo ipso* para satisfacer las necesidades de la víctima. Ello pretende conseguirse con la introducción de dos medidas: la compensación como castigo autónomo y el trabajo de utilidad social (*Community Service Orders*) para reparar el mal del delito a la víctima y a la sociedad.

Desde esta perspectiva los derechos de la víctima no aparecen contrapuestos al ofensor ya que a estas medidas se había llegado también desde la criminología, preocupada por establecer sanciones alternativas a la cárcel.

Una segunda característica de la victimodogmática es el sentimiento implícito de lamento cuando se da un excesivo protagonismo a la víctima (Peris, 1989:40), amparándose en el temor de que ello dé lugar a una demanda de penas excesivas. Late la asunción de una "víctima punitiva" y la presunción de un derecho penal que limita los anhelos punitivos de la víctima.

Sin embargo, ello conlleva una visión del derecho penal y de las víctimas cuyo reto constituye uno de los pilares fundamentales de esta (nueva) victimología. Esta no sólo no lamenta el protagonismo de la víctima, sino que se esfuerza en promoverlo.

De nuevo aparece una contraposición implícita de los derechos de las víctimas y de los ofensores: si la víctima tiene más poder, ello redundará en perjuicio del delincuente. En realidad, si algo destacan con práctica unanimidad los estudios victimológicos, es que la víctima es menos punitiva de lo que creen el resto de conciudadanos; y que la víctima en raras ocasiones desea un castigo cuando considera reparado el mal causado.

Por último, la victimodogmática sitúa un gran énfasis en las necesidades económicas de la víctima que deben ser cubiertas por el Estado (Peris, 1989:49). Se ha producido, como observa García Pablos, una cierta "mercantilización" de la víctima.

Y ello también parece diferente con lo propugnado por la (nueva) victimología que enfatiza que las necesidades que pretenden cubrirse no son sólo las económicas. Los que abogan por una mayor participación de la víctima en el proceso acenúan los derechos a la información, participación y protección para evitar una "victimización secundaria"; los que defienden experimentos de "mediación y reparación" pretenden fundamentalmente combatir los estereotipos y racionalizaciones de ambos, víctimas y ofensores. Superar el impacto emocional y el miedo a vivir, entender que el delincuente no es un energúmeno, rebatir la cosificación de categorías como "víctima" y "delincuente", destacar el valor del diálogo para que el ofensor confronte el sufrimiento de la víctima y el valor de la reparación realizada por el propio ofensor, etc.

En definitiva, la asunción de una víctima "culpable", "punitiva" y "mercantil" permitiría afirmar que la victimodogmática aparece, si mi juicio es acertado, más bien continuadora de algunas asunciones de la antigua victimología.

Ello no significa que no exista espacio para una victimodogmática. En mi opinión, una victimodogmática que pretenda aunar sus esfuerzos con los de la victimología debiera dedicarse a argüir los aspectos que más se oponen a la consideración de la víctima, o, como dice Roxin (1988), debiera legitimar con argumentos penales cuál es el fundamento de la participación de la víctima y mostrar que ello no se opone con los fines atribuidos al derecho penal.

Y en este punto es donde considero de vital importancia la contribución de Roxin de acuerdo con la cual una mayor presencia de la víctima —en concreto defiende la introducción de la compensación como medida penal junto a las penas y medidas de seguridad— no contradice los fines del derecho penal.

En opinión de Roxin, la compensación sólo sería incompatible con una teoría de la pena retributiva; sin embargo, esta teoría está descalificada en un régimen democrático, que no busca responder a un mal con el ocasionamiento de otro mal, sino que está movido por el interés de evitar futuros comportamientos delictivos.

De acuerdo con las teorías preventivas de la compensación

no se opone a ellas. Desde un punto de vista de la prevención especial, qué duda cabe sobre que el ofensor no se des-socializa tanto como con la pena de cárcel. En lo que respecta a la prevención general positiva, ésta pretende, si mi comprensión es acertada, confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico vulnerado por el delito, reafirmar las expectativas del ciudadano. Si éste es el objetivo, aparece, en efecto, necesario que la pena actúe como denuncia pública del mal realizado, que enfatice la vigencia del derecho vulnerado y la fuerza del ordenamiento jurídico capaz de reaccionar y responder a esta infracción. Pero este objetivo de denuncia pública, prevención general positiva, no exige una determinada severidad o intensidad de la pena, porque no pretende conseguir la función instrumental de intimidar mediante la pena,¹³ sino la de confirmar la vigencia y la fuerza del ordenamiento jurídico, lo cual se consigue cuando el autor responde por su hecho.

Finalmente, advierte Roxin que esta institución se aviene con el carácter de subsidiariedad preconizado respecto del derecho penal, que debe ser el último medio. Ciertamente es que podría objetarse que el derecho penal es el último instrumento cuando los demás han fallado y que por ello la compensación sigue sin ser función del derecho penal, pero en mi opinión una concepción generosa del principio de *ultima ratio* requiere no sólo que la intervención del derecho penal sea la última, sino, además, que la pena privativa de libertad sea la última pena en el catálogo de sanciones penales.

Es por estos motivos que considero loable la propuesta, ya aplicada en numerosos países europeos, de establecer la compensación económica como una penalidad independiente, porque ella se aviene con el fin de la prevención general positiva y no se contradice con el fin del derecho penal de "protección de bienes jurídicos", los cuales pueden ser "protegidos", en vez

13. Soy consciente de lo discutible de esta aserción pero también lo es su contraria, esto es, que el castigo previene, en la medida en que intimida, en relación a comportamientos delictivos futuros.

de por el castigo (del mal), por la compensación (del mal).

Admitida la adecuación de la compensación con los fines de la pena, es de suponer que su aplicación tropiece con una serie de problemas prácticos. Duff (1988:149), en su estudio de la compensación introducida en Inglaterra en 1972, señala:

a) La relación de la compensación con el castigo. ¿Es parte del castigo o no se toma en consideración? Sólo si la pena es una multa se toma en consideración su cuantía a efectos de establecer la compensación, pero si la pena es distinta de la multa no se permite su sustitución y entonces aparece como adicional a la pena. El resultado es paradójico, cuanto más grave es el delito menos posibilidades tiene la víctima de recibir la compensación.

b) Ello va unido al segundo problema detectado por Duff, esto es, que dicha medida no es del excesivo agrado de jueces y Tribunales; ellos tienen el convencimiento de que el proceso penal debe limitarse a imponer penas y recelan incluso de "quienes usan el proceso penal como medio de conseguir prestaciones civiles".

c) Un tercer tipo de problemas consiste en que la víctima tiene un rol totalmente pasivo, no acostumbra a ser llamada para dar evidencia, ni pueda hacer peticiones. Ello ha conducido, según Duff, a que en la práctica quien acostumbra a recibir compensaciones sean corporaciones, más avezadas en los trámites legales, pero no víctimas individuales.

d) Finalmente surgen una serie de problemas referidos a la capacidad económica del infractor.

En mi opinión todos estos problemas pueden ser remendados.

Es cierto que la objeción más repetida, al plantear la posibilidad de introducir la compensación como una "tercera vía", consiste en que "el delincuente es insolvente". No deja de acongojar, como señaló Christie (1977), una sociedad en la cual privar de libertad sea más fácil que privar de la propiedad. Y, en efecto, aparece insolvente sólo con la mera averiguación por medio de un oficio enviado a Hacienda (Declaración de Renta) y al Ayuntamiento (Contribución Urbana). Parece claro, en una primera aproximación, que ello da más insolvencia de la que

realmente existe, especialmente si se atiende a lo advertido por los Juzgados: siempre hay dinero para pagar la fianza. Pueden, en consecuencia, imaginarse nuevas posibilidades: modificación de la regulación de la insolvencia, que la suma no sea excesiva, la posibilidad de admitir plazos, etcétera.

También es cierto el problema de ponderación entre la pena y la compensación a la víctima. Sin embargo, pienso que este "resultado paradójico", al que alude Duff, es producto de la visión, hasta hoy predominante, acerca de que la compensación no es una respuesta adecuada a determinados delitos. En este sentido es indicativa la posición de Maier (1991:39) quien si bien se decide resueltamente por colocar la "reparación delante de la pena", excluye la posibilidad de la reparación para los delitos graves.

Igualmente pareciera posible articular medios de que la víctima manifieste su opinión respecto de lo que ella estime una compensación adecuada (por ejemplo el *Victim Statement Opinion* y el *Victim Impact Statement*). Sin embargo, llegado a esta solución se levantan voces que claman en contra de dejar la determinación de la pena en manos de la víctima, a pesar de que el único estudio que se realizó del funcionamiento de estas medidas demostró que las víctimas no pedían sentencias más elevadas (Kelly, 1990:173).

Estas dificultades son, como observa Duff (1988:149), producto del intento de integrar a la víctima en un sistema que está fundamentalmente basado en la relación entre el delincuente y el Estado; por ello, la discusión de estas dificultades no debieran hurtar el verdadero debate: ¿puede "civilizarse" el derecho penal? ¿Puede transformarse el derecho penal en un derecho orientado fundamentalmente a dar satisfacción a la víctima, a conseguir un acuerdo entre la víctima y el infractor, a conseguir una solución del conflicto?¹⁴

14. Ha sido frecuente esgrimir en contra de esta "civilización" del derecho penal las siguientes asunciones: el derecho civil es de naturaleza privada en tanto el derecho penal es público; la pena tiene un efecto preventivo; y la respuesta proporcionada del derecho penal evita la venganza privada desproporcionada. En mi opinión, ninguna de estas

Finalmente una "victimodogmática", o una victimología sensible a las posibilidades que ofrece el derecho penal, quizás pudiera sugerir cambios en algunos ámbitos que reforzasen la posición de la víctima. A título de ejemplo:

1. Aumentar el número de delitos que requieran previa denuncia para ser perseguibles. No es ineludiblemente negativo que la gente no denuncie, si existen otros mecanismos (compañías aseguradoras, por ejemplo) capaces de cubrir el mal.

2. Ampliar la eficacia del perdón, fundamentalmente en delitos patrimoniales (cheques, estafas). De nuevo soy plenamente consciente de la posibilidad de recrear la "venta de perdones", pero la cuestión fundamental, si se admite su adecuación, es cómo solucionar los problemas (intervención judicial, asociaciones de víctimas, etc.) que dicha institución plantea y no cómo anular dicha institución ante los problemas que plantea.

3. Posibilidad de reclamar la responsabilidad civil en el proceso penal. Ella está reconocida por el derecho penal español; sin embargo, es necesario, al igual que lo requiere la compensación, la modificación de los mecanismos reguladores de la declaración de insolvencia.

4. Incluir dentro del catálogo de sanciones, la reparación. Esta solución resulta más amplia que la compensación, en el sentido de que no se limita a términos estrictamente económicos (puede consistir en formas de trabajo social: *Community Service Order*, o en formas de aceptación de determinadas condiciones apuntadas por la víctima). Con ello se cumple el criterio retributivo —en la medida en que la persona es obligada a responder por el mal y repara a la víctima a su situación inicial y el criterio de prevención en la medida en que la sociedad y la víctima se consideran satisfechas por la imposición de la sanción (Wright, 1991:46).

5. También acertada me parece la propuesta recogida por Maier (1991:47) acerca de establecer un "procedimiento especial

premisas es indiscutible, fundamentarlas o retarlas puede ser una de las tareas pendientes de la victimodogmática.

de restitución o de conciliación", cuyo objetivo consiste, precisamente, en abrir la posibilidad de que víctima e infractor alcancen un acuerdo refrendado por el juez, que evite la imposición de una pena.

En este sentido, para concluir, pienso que una victimo-dogmática así orientada no estaría en contradicción con los derechos del infractor, ya que, en definitiva, estas medidas coinciden con las que son sugeridas por los estudiosos de las alternativas a la cárcel.¹⁵ Pienso que las "alternativas a la cárcel", que sitúan en primer término la satisfacción de la ofensa a la víctima, pueden ser, ambas, respetuosas de los derechos del infractor y atentas a los derechos y necesidades de las víctimas.

2.2. Derecho procesal penal

En mi opinión uno de los primeros en advertir el escaso rol atribuido a la víctima en el proceso penal fue el criminólogo noruego Nils Christie (1977), quien popularizó la expresión de que a la víctima se le "roba el conflicto". Con esta expresión Christie pretendía advertir el escaso poder de la víctima para iniciar, detener o modificar el resultado del proceso.

¿Cuál es la posición de la víctima en el proceso penal español?¹⁶

La víctima puede iniciar el proceso por una querella; tal poder se divide en querellas necesarias —se refieren sólo a los delitos de injuria y calumnia; y las querellas que hacen referencia a los delitos semiprivados —en estos la víctima puede o no iniciar el proceso, pero éste, una vez iniciado, no depende de la víctima.

En el resto de casos, la víctima puede presentar denuncia, excepto si ha sido testigo, en cuyo caso tiene la obligación de presentar denuncia.

15. Más extensamente en Larrauri (1991a).

16. Este apartado hubiera sido de imposible elaboración sin la paciente ayuda de los Magistrados Luis Grieria y Joan Uria.

La primera cuestión destacable es la siguiente: si la víctima denuncia en la Comisaría, ello no significa necesariamente que quiera emprender un proceso penal. No obstante, una vez denunciado el hecho, a la víctima le es imposible sustraerse ya del proceso penal.

Si la víctima ha sido testigo del suceso, pueden surgir las siguientes dificultades:

— Que no sea llamada por el Ministerio Fiscal ni por el abogado defensor. En este supuesto se privaría a la víctima no sólo de la posibilidad de testimoniar, sino, asimismo, de la posibilidad de conocer cualquier incidencia del proceso que la afecte o su resolución.

— En el supuesto de que, efectivamente, sea llamada como testigo, no está previsto como un derecho de la víctima la asistencia de letrado. La víctima puede requerir sus servicios, pero, excepto en el supuesto de que goce del beneficio de justicia gratuita, esta asistencia correrá a cargo de la propia víctima.

— Finalmente, desconoce nuestra legislación la necesidad incorporada en la legislación norteamericana (*Witness Protection Act*), de proteger a la víctima testigo de cargo: desde las elementales precauciones para que no sea intimidada en el acto del juicio por la cercanía del acusado, hasta unas medidas policiales de protección. Ello se ha pretendido remediar como viene siendo habitual, con la introducción de un nuevo tipo penal que castiga al que intente intimidar a un testigo (art. 325 bis), pero, irónicamente, su miedo a declarar y su negativa a hacerlo pueden transformarla de víctima en autora de un delito (art. 372).

Si la víctima *no ha sido testigo*, obtener la mínima información o participación en el proceso requiere que se constituya en parte. Se puede legítimamente preguntar qué alicientes tiene la víctima para constituirse en parte de un proceso en el cual deberá, amén de otras molestias, cargar con los gastos de la asistencia letrada y en el cual, frecuentemente, se verá privada de la satisfacción de sus intereses, debido al escaso margen de maniobra puesto a disposición del juez y debido a la "mecanicidad" con que son concedidas las declaraciones de insolvencia.

La nueva Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que ha

modificado el proceso penal, ha pretendido dar una especial relevancia a las víctimas. Sin embargo, sólo tres son las medidas destacadas por Peris (1989), ninguna de las cuales permite augurar el retorno de la "edad dorada" de las víctimas.

En primer lugar, se prevé la ejecución provisional de la responsabilidad civil. Ello presenta las siguientes dificultades: a) la víctima debe, previamente, haberse constituido en parte; de lo contrario ni siquiera está previsto notificarle la sentencia; b) la víctima debe prestar a su vez fianza; c) (de nuevo) la imposibilidad de ejecutar, debido a la declaración de insolvencia del acusado.

La segunda medida pareciera, aun cuando indirectamente el escrito conjunto de conformidad del Ministerio Fiscal, el abogado defensor y el acusador. Este escrito de conformidad, mediante el cual se elimina el acto del juicio oral y se dicta directamente sentencia, podría propiciar la negociación entre la víctima y el acusado.¹⁷

La tercera medida que puede, en opinión de Peris (1989), favorecer la posición de la víctima es la renuncia al recurso de apelación. Pero, además de que ello sólo es aplicable en el procedimiento abreviado, sólo indirectamente favorece a la víctima, en cuanto propicia una celeridad de la resolución, mas ignora que es la propia resolución lo que es insatisfactorio para la víctima y no sólo su tardanza.

En conclusión, no parece que la situación de las víctimas en el proceso penal aun después de la reforma, haya mejorado sustancialmente. Evitar la "victimización secundaria", ocasionada por el sistema penal, parece requerir unas mayores reformas del derecho penal (apartado 2.1.) y del proceso penal.

Por ello sería conveniente acoger las recomendaciones del Convenio Europeo sobre la Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (1983) y la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985), tendentes a mejorar el trato que

17. Se ha perdido la ocasión para regular el sobreseimiento amparado en razones de oportunidad, el cual podría admitir la reparación de la víctima (Gimeno Sendra, cit. por Peris, 1989:77).

recibe la víctima. De estas declaraciones, así como de diversas investigaciones, se desprende la procedencia de adoptar las siguientes medidas:

a) A un nivel policial:

Recordemos que ésta acostumbra a ser la primera instancia a la que la víctima recurre; de ahí su extrema importancia para la víctima; y para la policía, que necesita su colaboración.

— derecho a recibir información de todos los servicios asistenciales o jurídicos existentes;

— derecho a una protección y ayuda inmediata (p.ej. arreglar una puerta, préstamo de dinero, asistencia médica);

b) A un nivel procesal:

b1) medidas tendentes a evitar la "victimización secundaria" producida por el escaso tacto del sistema penal:

— salas separadas, posibilidad de declarar por video, resarcimiento de los gastos ocasionados;

— protección de la vida privada en el interrogatorio y protección de la integridad física.

b2) Medidas tendentes a incrementar el rol de la víctima en el proceso y evitar la desconfianza hacia el sistema penal, plasmada en frases como: "entran por una puerta y salen por la otra";

— derecho a estar informada sobre el proceso: de su resolución así como de incidencias que puedan afectarla (p.ej. remisión condicional);

— asistencia letrada gratuita;

— mayor participación en la resolución del proceso mediante el *Victim Impact Statement* y *Victim Statement Opinion*.

Debe recordarse que toda "solución" comporta nuevos problemas. Una mayor participación de las víctimas puede comportar una mayor desigualdad de las sentencias, y una mayor presión sobre la víctima que, quizás, quiere olvidar lo sucedido y no participar más en el procedimiento. Pero pareciera cierto que también hay víctimas que desean participar y del mismo modo que se señala que al no castigar puede abrir el peligro de las venganzas privadas, la falta de participación en el proceso penal puede también provocar reacciones espontáneas, al margen del proceso penal.

2.3. Iniciativas de Reparación y Mediación¹⁸

Hasta el momento he resumido las iniciativas que se puede adoptar en el seno del sistema penal existente, para mejorar la situación de las víctimas. Es necesario prestar atención a experiencias alternativas que se están desarrollando, fundamentalmente en EE.UU. (*Institute for Mediation and Conflict Resolution*, 1970), Canadá, Australia, Inglaterra (*Forum dor Iniatives of Reparation and Mediation*, 1984), y que han sido extendidas a otros países europeos.¹⁹

La labor de estos Centros de Reparación y Mediación consiste en mediar entre el ofensor y la víctima, para intentar llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Estos centros parten de diversas premisas:

En primer lugar, afirman que el castigo es ineficaz e ilegítimo. Ineficaz porque no consigue su objetivo, cual es la reducción del delito: en efecto, es corriente la afirmación de que el delito es un producto de muchas causas (condiciones sociales, familiares, socialización, estructuras de oportunidad, posición subordinada, etc.), para luego aportar una única "solución" —el castigo— que no guarda relación con las causas apuntadas; es corriente afirmar que no está demostrado que la severidad — en vez de la certeza o celeridad— del castigo consiga un cambio de conductas, para luego presumir que, si no existiese la cárcel, existirían más delitos. Tomarse en serio estas proposiciones implica, como detalladamente expresa Wright (1991), desvincular la relación entre delito y castigo, significa discutir seriamente estrategias de reducción del delito y reservar al castigo el papel simbólico de denuncia, denuncia que se cumple cuando se obliga a reparar el mal, en lugar de imponer otro mal.

18. La información que se proporciona al respecto puede verse en el excelente libro de Wright (1991:48-77). En español puede verse Dünkler (1990:113-143).

19. En Catalunya existe desde 1990 un Centro de Mediación impulsado por la Dirección General de Justicia Juvenil (Generalitat de Catalunya).

Y es ilegítimo porque implica infligir un mal como medio de solucionar los problemas sociales —y el delito es uno de ellos—. El mensaje reside en que la violencia, la imposición de una “solución” que no respeta la opinión de los afectados, que no se preocupa por convencer, es aceptable siempre y cuando la realice el Estado; el castigo es ilegítimo porque sustrae el verdadero debate, acerca de que no sabemos qué hacer con el delito, aun cuando estemos convencidos de que no nos gusta; y es ilegítimo porque, en fin, sigue basando, en gran medida, su justificación en la consecución de objetivos que está lejos de conseguir.²⁰

Una segunda premisa es el énfasis en el proceso de resolución de todo conflicto. Existe un interés en la confrontación entre víctima e infractor, para que ambos cuestionen las asunciones, estereotipos y racionalizaciones. Así puede ser de interés que el delincuente se confronte con el sufrimiento causado, del mismo modo que puede ser útil para la víctima el ver el lado humano de la persona que sólo ha conocido como energúmeno, esto es, eliminar la imagen hostil. En síntesis, se realza el valor terapéutico del proceso que permite establecer el diálogo como una vía de solución, antes que las soluciones autoritarias, jerárquicas e impuestas. Se recuerda que las necesidades de la víctima no son sólo económicas: la víctima, normalmente, queda sometida a un estado de perplejidad —¿por qué a mí?— y de temor, que es necesario solucionar, porque ello afectará la calidad de su vida futura.

Finalmente, existe interés en recrear un sentimiento de vecindad, para que la gente se involucre en la resolución de los conflictos que la afectan, en lugar de dejarlos en manos de profesionales que se “apropian” del conflicto.

No todos los centros en funcionamiento siguen las mismas pautas, pero siguiendo los criterios de Wright (1991:85) podríamos clasificarlos del siguiente modo:

20. Me atrevería a opinar, a pesar de la complejidad del tema, que criterios exclusivos de utilidad no convertirían el castigo en legítimo. También la tortura puede ser útil y ello no obsta a que haya sido prohibida por la Constitución, en razón de nuestros valores sociales y culturales.

— Por su relación con los tribunales:

Independientes: fundan todo el proceso sobre bases totalmente voluntarias; voluntaria es la presencia de la gente, voluntario es el cumplimiento del acuerdo.

Semi-independientes: el caso entra en el sistema penal pero puede derivarse en cualquier estadio (policial, durante el proceso, en el cumplimiento de condena)²¹ de forma incondicional al centro de mediación.

Dependientes: son los tribunales los que remiten los casos después de enjuiciarlos y antes de la condena al centro de mediación para intentar llegar a un acuerdo, acuerdo que, en el supuesto de no alcanzarse o de vulnerarse, dará pie a una nueva intervención del sistema penal formal.

— Por su estructura y casos admitidos: en algunos los mediadores son estudiantes de derecho voluntarios, en otros son voluntarios de la vecindad, en otros son agentes especializados (psicólogos, asistentes sociales).

En lo que respecta a los casos abordados no hay una limitación de principio. Si bien muchos de ellos se concentran en delitos no violentos (delitos contra consumidores, estafas, delitos laborales, vivienda, etc.) otros admiten casos violentos (en particular violencia doméstica). Por último, otros centran su actividad en actos realizados por gente joven.

— Respecto del método de resolución existen unos principios básicos: la cuestión no reside en dirimir culpas ni culpables, sino en alcanzar una solución; los conflictos son normales, pero la violencia no es, en ningún caso, aceptable; el proceso por el que se llega a un acuerdo cumple una función tan importante como el propio acuerdo.

Más allá de estos principios existe diversidad de métodos: en unos se realizan encuentros cara a cara entre la víctima y el ofensor; en otros, son reuniones entre diversos grupos de

21. Dünkel (1990:118-120) advierte también sobre la posibilidad de una conciliación pre-judicial. Ello puede conseguirse mediante una más amplia regulación del "arrepentimiento activo" en los Códigos Penales, o bien introduciendo el principio de oportunidad (*versus* el de legalidad) en la persecución policial y actuación de la Fiscalía.

víctimas y ofensores; en algunos actúan los mediadores sin necesidad de realizar encuentros.

Las medidas adoptadas acostumbran a consistir en una disculpa a la víctima,²² la reparación del daño causado a la propia víctima, o algún tipo de trabajo social.

Debido a la diversidad de centros con su propia dinámica, es difícil establecer criterios únicos de evaluación. Sin embargo, las evaluaciones acostumbran a recoger: cuánta gente acude; cuántos acuerdos consiguen; si quedan satisfechas las víctimas y ofensores de la experiencia; si son cumplidos los acuerdos; si importan los prejuicios y las racionalizaciones de ambos; si sirven como alternativa al sistema penal, esto es, si consiguen derivar a los ofensores hacia afuera de él.

De acuerdo con Wright, determinados principios propios del sistema penal no sirven para evaluar estos centros de mediación. Así, por ejemplo, el principio de igualdad no se considera como un valor a mantener. Tampoco la disminución del delito ni la evitación de la reincidencia, porque, precisamente, éste no es el objetivo de la sanción.²³

La experiencia positiva de estos centros no puede ocultar que estos se enfrentan aún con graves problemas. Siguiendo de nuevo a Wright (1991:66-77) podríamos indicar:

1 — En la práctica no está claro su relación con el sistema penal formal. Si el objetivo es colaborar con los tribunales, ello puede producir una serie de efectos colaterales negativos, destacadamente: la participación del infractor puede no ser voluntaria desde el momento en que pende sobre su cabeza la

22. Como acertadamente afirman los mediadores catalanes no debe subvalorarse esta medida. Ello implica que el joven asume su acto -en palabras de Matza (1964) no está neutralizando su responsabilidad por el hecho realizado-; y el joven asume que puede realizar algo por lo cual será valorado positivamente, algo que él/ella hace produce efectos que escapan de la predestinación que ha gobernado hasta el momento su existencia, "todo no es un pastel en la vida".

23. Otras evaluaciones recogidas por Dünkler (1990:137) aprecian sin embargo como dato positivo una menor reincidencia de los jóvenes que han participado en alternativas de mediación y reparación.

amenaza de la pena: los derechos del ofensor pueden ser vulnerados implícitamente, al declararse culpable del acto, para poder participar en la iniciativa de mediación y reparación; se puede conculcar principios que son tomados en consideración si se tratara de un castigo (p.ej.: proporcionalidad); pueden servir para aumentar la capacidad del sistema penal formal en la medida en que se deriven sólo “casos menores” o los casos de gente pobre, la cual, se afirma, se ve privada de la protección del sistema de justicia formal.

Vinculado a ello surge el problema de la “extensión de la red”, esto es, que el incumplimiento de los acuerdos sea la base para una pena de cárcel a un comportamiento inicial que no le hubiera sido impuesta, o que la mediación se añada a una pena impuesta por los tribunales.

Parece cierto que todos estos problemas subsistirán en tanto se opere con un sistema dual, híbrido, que parece ser hoy el único posible; de forma similar a lo que sucede en el tema de las “alternativas a la cárcel”, estos problemas requieren una especial sensibilidad respecto de los derechos y garantías, y un énfasis en el hecho de que las alternativas sean configuradas como sustitutos, en lugar de como añadidos.

2 — Un segundo problema es la existencia de grandes diferencias de poder entre las partes involucradas: unos admiten, o incluso recomiendan, la presencia de abogados que asesoren a las partes; otros no aceptan algunos casos individuales en los cuales la diferencia de poder es excesiva y animan la creación de una organización de todos los afectados; otros, finalmente, en el supuesto de desigualdad, pueden no admitir el caso y enviarlo al sistema penal formal.

3 — También problemática aparece la posibilidad de que esta participación le añada “stress” a la víctima. Aun cuando la participación de la víctima en la mediación es voluntaria, puede efectivamente ser un motivo de pesar el saber que la condena del infractor depende de que ella acepte participar en la mediación y reparación.²⁴

24. Wright (1991) añade también el problema de conseguir efectiva-

Sin negar el listado de problemas, considero acertada la opinión final de Wright (1991:133) "Ambas perspectivas, (justicia) tradicional y (justicia) restauradora tienen sus ventajas y desventajas; cuando menos es posible que los métodos constructivos y restauradores tengan menos efectos colaterales negativos. La única forma de saberlo es probarlo. La propuesta no consiste en una repentina inversión del sistema, o en construir un sistema ideal, sino en realizar un cambio gradual de dirección: la reparación como única sanción podría ser introducida para los casos menores, y si es aceptada, extenderse a los casos más graves. Este proceso no iría más allá de lo que fuera aceptable para el público en general y por las propias víctimas y ofensores."

Frente a la diversidad de delitos existentes, con muy poco en común, excepto el hecho de estar (casi) todos en un mismo Código, con la diversidad de personas involucradas en actividades delictivas, parece admisible reclamar una diversificación de respuestas más imaginativas que la construcción de nuevas cárceles, las cuales no son defendidas ni por sus constructores y quedan masificadas apenas son inauguradas.

3. La asistencia social a la víctima

3.1. Los fondos de compensación a la víctima

En los últimos años se ha establecido en numerosos países unos fondos de compensación estatales para paliar las necesidades económicas de las víctimas de delitos violentos.

mente involucrar a la comunidad y el riesgo de constituir centros comunitarios conducidos por profesionales. Ello no es negativo si el objetivo es conseguir la mediación, pero si si el objetivo es conseguir la participación de la gente.

Excepto en Inglaterra y en EE.UU., donde la base voluntaria de los proyectos es objeto de permanente discusión, temo que en el resto de países, incluido el experimento de Catalunya, se ha optado por un modelo decididamente institucional.

Antes de detallar su funcionamiento, debemos examinar de dónde surge el derecho del ciudadano a reclamar la participación del Estado. Ello es, en principio, sencillo de responder: desde el momento en que el Estado asume como monopolio la defensa del ciudadano, es el Estado el responsable de sufragar los gastos que su falta de defensa ha ocasionado. A esta explicación se le une el hecho de que, como la mayoría de los delincuentes no son apresados y/o son insolventes, es necesaria la intervención del Estado para que la víctima no sea abandonada a su suerte.

Una segunda reflexión es más paradójica: por un lado, los movimientos de víctimas parecen apuntar a la idea de que el "conflicto pertenece a la víctima"; se trata, en cierta medida, de conseguir que los ciudadanos recuperen la iniciativa, en definitiva, de privatizar los conflictos sustrayéndolos de la administración, altamente insatisfactoria, del Estado. Pero ello aparece unido con una mayor exigencia al Estado de que responda frente a los problemas de las víctimas.

Un breve examen del funcionamiento de dichos fondos ha sido realizado por Duff (1988:151), quien en su estudio del *Criminal Injuries Compensation Scheme*, creado en Inglaterra en 1964, observa los siguientes inconvenientes: está limitado a que sea definido técnicamente como delito (aspecto discutido éste, en la legislación inglesa, cuando el quien realiza el acto es un inculpable); adicionalmente se limita a las víctimas del delito violento,²⁵ siendo la definición de "violento" problemática (p.ej. la infracción de una norma sanitaria puede producir un resultado violento de muerte); no son claros los criterios por los cuales se decide qué víctimas "merecen" y cuáles no; tampoco son claros los criterios por los que se delimita la suma a pagar; finalmente, existen toda una serie de dificultades administrativas: ¿qué organismo es el competente para decidirlo?, ¿qué

25. La razón por la cual se excluyen los delitos contra la propiedad es porque se parte de la premisa -incierta- de que las personas tienen ya sus bienes asegurados.

ayuda tiene la víctima para llenar los formularios?, ¿cuándo y cómo debe hacerse efectiva?; y todo ello unido al hecho de que la mayoría de las víctimas desconocen la existencia de este Fondo.

En definitiva, puede señalarse como grandes problemas la inexistencia de un derecho de la víctima a percibir esta compensación, las limitaciones respecto del tipo de delitos y del tipo de víctimas, y las dificultades técnicas y grandes retrasos en su pago. Esta situación es la que ha conducido a la paradoja de que, en Holanda, las víctimas más insatisfechas son las que han recurrido a este fondo, hasta el punto de que los Servicios de Ayuda a la Víctima han decidido no aconsejarlo (van Dijk, 1988).

En España también existe un Fondo de Compensación limitado a las víctimas del terrorismo. Se creó por L.O.9/1984, y está regulado actualmente por R.D.1311/1988 de 28 de octubre (Peris, 1989:74).

Las características de esta ayuda, destacadas por estudiosos (Landrove, 1990:123; Peris, 1989:75), son las siguientes: se establece una indemnización para las víctimas de delitos de terrorismo que hayan sufrido "daños corporales"; se establece el carácter no subsidiario de las ayudas del Estado en cuanto se declara que son compatibles con el sistema general de seguridad social. Estas ayudas se resuelven por medio de un expediente administrativo, lo cual puede llevar a valoraciones distintas entre el ámbito penal y el administrativo.

Desconozco la existencia de estudios que evalúen su funcionamiento; sin embargo, en una primera aproximación aparecen mencionables: no se configura la asistencia como un derecho de la víctima sino como una prestación del Estado; se limita a víctimas del terrorismo²⁶ y a los daños corporales sufridos; y existe un vacío legal que dificulta el cobro de dichas indemnizaciones a los menores de edad. (La Vanguardia, 27 de octubre, 1991).

26. Existe, al parecer (ver El País, 7 de junio, 1991), un anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Justicia en el que se prevé la ampliación a las víctimas de los delitos violentos.

3.2. Otras iniciativas asistenciales

Finalmente, se deben mencionar otras iniciativas asistenciales a la víctima. En concreto, en la ciudad de Barcelona (junto a Valencia y Palma de Mallorca), siguiendo, con matices, el modelo europeo de Centros de Asistencia a la Víctima, existe el Servicio de asistencia a la víctima del delito (S.A.V.D.).

Este servicio²⁷ está compuesto, fundamentalmente, por asistentes sociales, psicólogos y abogados. Su tarea principal es la de proporcionar una información a la víctima, una intervención directa y la derivación al resto de servicios sociales existentes.

El problema fundamental de este centro parece ser, en primer lugar, el que la víctima tenga conocimiento de su existencia del hecho que la convierte en tal; las víctimas suelen ser informadas por la policía o por los juzgados (como parece ser el caso de Valencia). Sin embargo, ello plantea la problemática acerca de cuáles son las víctimas remitidas a estos centros, o, expresado de otro modo, sobre la base de qué criterios se clasifica a las víctimas.

Un estudio (Corbett-Maguire, 1988:27) del funcionamiento de estos centros, en Inglaterra, planteaba como grave objeción el hecho de que la policía sólo acostumbra a remitir a ellos a la "víctima inocente"; el perfil era el de una anciana víctima de robo que no conoce al autor.

Para paliar esta selección, algunos centros han conseguido que la policía les remita la lista íntegra de personas victimizadas. Ello, si bien ha sido visto como un avance, ha trasladado la problemática al interior de dichos servicios.

En efecto, parece imposible para el centro atender a todas las víctimas, especialmente cuando estos hacen una política de "puertas afuera", esto es, cuando su tarea consiste en visitar a la víctima, en vez de esperar su visita.

Estas visitas, a su vez, plantean otro cúmulo de problemas,

27. La información ha sido proporcionada por S.A.V.D. Area de Afers Socials i Joventut. Ajuntament de Barcelona.

como el hecho de ser espontáneas o concertadas, por gente de la vecindad o por profesionales, etcétera.

Un problema adicional que se plantea, especialmente en Inglaterra, es la "institucionalización" de aquello que, hasta ahora, era un servicio voluntario prestado por miembros de la vecindad (*Victim Support Scheme*), precisamente para soslayar el sentimiento de que "todo el mundo pasa" y contribuir a disminuir el sentimiento de soledad en que se halla la víctima.

En España, debido a que estos servicios han nacido ya institucionalizados,²⁸ la polémica acerca de admitir profesionales, recibir subvenciones y las cargas que ello comporta es inexistente.

Finalmente, por su especificidad debiera mencionarse a las Casas de acogida de mujeres maltratadas. A diferencia de los servicios de asistencia a la víctima, éstas han permanecido, cuando menos en Inglaterra, más independientes de los organismos municipales o estatales.

Esta mayor autonomía obedece, probablemente, a diversos factores. Por un lado, la diversidad de medidas (*Repe crisis centers, incest survivors groups, hot-lines*) creadas bajo el ímpetu del movimiento feminista, no están concebidas exclusivamente como medidas asistenciales o de ayuda a la mujer victimizada; antes bien, ellas pretenden ejercer una labor educativa, de presión y de combate contra las actuales estructuras familiares y sociales. Incluso la denominación de "víctima" es sustituida por la de "*survivors*" (sobreviviente); no son "víctimas", son supervivientes que han librado un combate y han sobrevivido.

A esta distinta concepción se une también una tradicional desconfianza hacia el sistema penal, en especial hacia los policías y los tribunales. No se rechaza su intervención, a la inversa, se exige que se tome en serio a los delitos contra las mujeres, pero se observa como esta intervención penal acostumbra a producir una "segunda victimización": el trato, las preguntas, todas ellas dirigidas a cuestionar la moralidad de la

28. El único movimiento formado por ciudadanos parece ser el Movimiento de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

mujer y demasiado prestas a admitir que la mujer ha “provocado” el hecho o no se ha “resistido” suficientemente.

Un último factor de esta menor institucionalización quizás obedezca a la distinta concepción de los factores que propician la victimización. En tanto continúan los estudios en el seno de la victimología, que pretenden elaborar un listado de rasgos de las personas victimizadas (los estudios del “*lifestyle*”, por ejemplo), los estudios feministas han identificado ya tempranamente el principal factor que contribuye a la victimización de las mujeres: su ausencia de poder, su posición subordinada en las relaciones familiares y sociales, que la convierten en víctima propiciatoria.

Por esta razón, las campañas de prevención del delito deben reconocer su insuficiencia al dirigirse a un público femenino, que ya adopta de forma instintiva y rutinaria todas estas precauciones (Stanko, 1990); y los tradicionales consejos, ayuda y asistencia a las víctimas —femeninas—, que se caracterizan en un gran número de ocasiones por conocer y tener relaciones con el agresor. No son víctimas culpables, pero tampoco son víctimas iguales.

Bibliografía

- Alabart-Aragay-Sabaté (1991) “La información para la política municipal de prevención de la delincuencia” en *Seminario Internacional. Instrumentos y metodología para el conocimiento del fenómeno delictuencial*, Institut D’Estudie Metropolitans de Barcelona.
- Beristain, A.-De la Cuesta, J.L. (eds.) (1990) *Victimología*. San Sebastián, Universidad del País Vasco.
- Box, S. (1983) *Power, crime and mystification*, Londres, Tavistock Publications Ltd.
- Corbett, C.-Maguire, M. (1988) “The value and limitations of Victims Support Schemes” en Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of Crime. A New Deal?*, Milton Keynes, Philadelphia: Open University Press.
- Christie, N. (1977) “Conflicts as Property” en *The British Jour-*

- nal of Criminology*, vol 17, n.1.
- Duff, P. (1988) "The victim movement and legal reform" en Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of Crime. A New Deal?*, Milton Keynes, Philadelphia, Open University Press.
- Dünkel, F. (1990) "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños" en Beristain, A.-De la Cuesta, J.L. (eds.), *Victimología*, San Sebastián, Universidad del País Vasco.
- García Pablos, A. (1988) *Manual de Criminología*, Madrid, Espasa universidad.
- Geis, G. (1990) "Crime Victim. Practices and Prospects" en Lurigio, A.J.-Skogan, W.G.-Davis, R.C. (eds.), *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*, Londres:Sage.
- Gutierrez Alvi, F. (1991) "Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima" en *Poder Judicial*, n. 18.
- Hanak, G. (1987) "Ethnographie der Konfliktverarbeitung" en *Kriminalsoziologische Bibliographie*, Heft 56/57.
- Kelly, D. (1990) "Victim participation in the criminal justice system" en Lurigio, A.J.-Skogan, W.G.-Davis, R.C. (eds.), *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*, Londres, Sage.
- Kitsuse, J.-Cicourel, A. (1963) "A note on the uses of official statistics" en *Social Problems*.
- Landrove, G. (1990) *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Larrauri, E. (1991a) "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal Español" en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. 1.
- (1991b) *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid, Siglo XXI.
- Lurigio, A.J.-Skogan, W.G.-Davis, R.C. (eds.), *Victims of Crime. Problems, Policies, and Programs*, Londres, Sage.
- Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of Crime. A New Deal?*, Milton Keynes, Philadelphia, Open University Press.
- Maier, J. (1991) "La víctima y el sistema penal" en *Jueces para la Democracia*, n. 12.
- Matza, D. (1964) *Delinquency and Drift*, Nueva York, John Wiley & Sons.
- Peris Riera, J. (1989) *Proyecciones Penales de la Victimología*.

- Valencia, Generalitat Valenciana.
- Peters, T. (1990) "Criminología y Victimología" en Beristain, A.-De la Cuesta, J.L. (eds.), *Victimología*, San Sebastián, Universidad del País Vasco.
- Roxin, C. (1988) "Die Stellung des Opfers im Strafsystem" en *Recht und Politik*, n. 2, ps. 69-76.
- Schneider, H.J. (1989) "La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal" en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Ed. Instituto Vasco de Criminología.
- Silva, J. (1989) "Consideraciones Victimológicas en la teoría del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática" en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Ed. Instituto Vasco de Criminología.
- (1990) "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho Penal" en Beristain, A.-De la Cuesta, J.L. (eds.), *Victimología*, San Sebastián, Universidad del País Vasco.
- Stanko, E. (1988) "Hidden violence against women" en Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of Crime. A New Deal?*, Milton Keynes, Philadelphia: Open University Press.
- (1990) "When precaution is normal: a feminist critique of crime prevention" en Gelsthorpe, L.-Morris, A. (eds.), *Feminist perspectives in criminology*, Buckingham, Open University Press.
- Steinert, H. (1988) "Thesen zu Zivil- und Strafrecht als Herrschaft" en *Kriminalsoziologische Bibliographie*.
- van Dijk (1988) "Ideological trends within the victims movement: an international perspective" en Maguire, M. & Pointing, J. (eds.), *Victims of Crime. A New Deal?*, Milton Keynes, Philadelphia, Open University Press.
- Walklate, S. (1989) *Victimology*. Londres, Unwin Hyman.
- Wright, M. (1991) *Justice for Victims and Offenders*. Milton Keynes, Philadelphia, Open University Press.

**Se terminó de imprimir
en Editorial Alfa Beta S.A.
Melián 3136 Capital Federal
en el mes de Julio de 1992**